Direttore scientifico
Giuseppe Cassano

Comitato Scientifico
Fabio Addis
Maria A. Astone
Fabio Basile
Rocco Blaiotta
Mirzia Bianca
Alberto Cadoppi
Ilaria A. Caggiano
Michele Caianiello
Giovanni Canzio
Giovanna Capilli
Andrea Carinci
Paolo Cendon
Alberto Cisterna
Renato Clarizia
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Cristiano Cupelli
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Filippo Dinacci
Francesco Di Ciommo
Fabio Elefante
Guerino Fares
Francesco Fimmanò
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Alberto M. Gambino
Eugenio Gaudio
Lucilla Gatt
Arturo Iadecola
Francesco Introna
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupária
Adelmo Manna
Antonella Marandola
Pier Giuseppe Monateri
Antonio Musio
Anna Carla Nazzaro
Mauro Orlandi
Angelo G. Orofino
Lorenzo Picotti
Nicola Pisani
Francesco Pizzetti
Carmine Punzi
Lucia Risicato
Marco Rossetti
Ugo Ruffolo
Piero Sandulli
Maurizio Santise
Livia Saporito
Giorgio Spangher
Pasquale Stanzione
Claudio Scognamiglio
Bruno Tassone
Raffaele Torino
Giacomo Travaglino
Livio Tronconi
Mario Trimarchi
Antonio F. Uricchio
Virginia Zambrano

DIRITTO E SANITÀ

RESPONSABILITÀ SANITARIA
RISCHIO CLINICO E VALORE DELLA PERSONA

Fascicolo unico – Annuale (30.4.2025)
ISSN 29748844

- Keep Calm: se la causalità non è strumento di allocazione dei risarcimenti sul soggetto economicamente forte e solvibile
  di Giuseppe Cassano
- Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo (con particolare riguardo alla responsabilità sanitaria)
  di Bruno Tassone
- La Tabella Unica Nazionale (TUN) del risarcimento del danno alla salute per lesioni di non lieve entità è legge dello Stato. Analisi e prospettive future
  di Filippo Martini e Maurizio Hazan
- Responsabilità medica: in vigore il decreto che individua i requisiti minimi delle polizze assicurative
  di Anna Bogliolo
- La responsabilità medica alla prova dell'IA
  di Gaetana Natale e Federico D'Orazio
- Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica
  di Alfio Guido Grasso
- Le implicazioni etiche e legali dell'intelligenza artificiale nel contenzioso sanitario
  di Francesca Toppetti
- Diritto all'oblio in ambito sanitario: bilanciamento tra opposti interessi
  di Carmelo Romeo
- L'oblio oncologico: un diritto a più dimensioni
  di Enzo Maria Tripodi e Filippo Loré
- Procreazione medicalmente assistita e consenso informato
  di Samantha Caminiti
- Trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca medica: esenzione dal consenso. L'orientamento tracciato dall'Autorità e le prospettive alla luce del novellato art. 110 GDPR
  di Sofia Pelizzari
- Informazione e autorizzazione al trattamento sanitario: modelli e profili differenziati di responsabilità
  di Stefania Pia Perrino
- Obblighi di trasparenza degli *health influencer*, responsabilità delle industrie alimentari e rischi sanitari
  di Angela Mendola
- Impiego di sistemi d'intelligenza artificiale in medicina e digitalizzazione dei dati sanitari: possibili profili di rilevanza penale
  di Lorenzo Picotti
- La stima del danno da morte anticipata: una proposta metodologica
  di Francesco Carraro e Carmelo Galipò
- La straordinaria risorsa, ancora poco conosciuta, della pianificazione condivisa delle cure
  di Daniele Rodriguez e Anna Aprile
- L'Intelligenza Artificiale in corsia: rischi, responsabilità e futuro della medicina
  di Fabrizio Paonessa

GLI OSSERVATORI DI GIURISPRUDENZA

- CASSAZIONE CIVILE
  a cura di Giacomo Travaglino
- IL MERITO CIVILE
  a cura di Giuseppe Cassano
- CASSAZIONE PENALE
  a cura di Francesco G. Catullo
- CONSIGLIO DI STATO E TAR
  a cura di Maurizio Santise
- CORTE DEI CONTI
  a cura di Arturo Iadecola

gius DIRITTO IN FORMAZIONE

visibilia ex invisibilibus
European School of Economics

Direttore scientifico
Giuseppe Cassano

Comitato Scientifico
Fabio Addis
Maria A. Astone
Fabio Basile
Rocco Blaiotta
Mirzia Bianca
Alberto Cadoppi
Ilaria A. Caggiano
Michele Caianiello
Giovanni Canzio
Giovanna Capilli
Andrea Carinci
Paolo Cendon
Alberto Cisterna
Renato Clarizia
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Cristiano Cupelli
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Filippo Dinacci
Francesco Di Ciommo
Fabio Elefante
Guerino Fares
Francesco Fimmanò
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Alberto M. Gambino
Eugenio Gaudio
Lucilla Gatt
Arturo Iadecola
Francesco Introna
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupária
Adelmo Manna
Antonella Marandola
Pier Giuseppe Monateri
Antonio Musio
Anna Carla Nazzaro
Mauro Orlandi
Angelo G. Orofino
Lorenzo Picotti
Nicola Pisani
Francesco Pizzetti
Carmine Punzi
Lucia Risicato
Marco Rossetti
Ugo Ruffolo
Piero Sandulli
Maurizio Santise
Livia Saporito
Giorgio Spangher
Pasquale Stanzione
Claudio Scognamiglio
Bruno Tassone
Raffaele Torino
Giacomo Travaglino
Livio Tronconi
Mario Trimarchi
Antonio F. Uricchio
Virginia Zambrano

DIRITTO E SANITÀ

RESPONSABILITÀ SANITARIA
RISCHIO CLINICO E VALORE DELLA PERSONA

Fascicolo unico – Annuale (30.4.2025)
ISSN 29748844

- Keep Calm: se la causalità non è strumento di allocazione dei risarcimenti sul soggetto economicamente forte e solvibile
  di Giuseppe Cassano
- Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo (con particolare riguardo alla responsabilità sanitaria)
  di Bruno Tassone
- La Tabella Unica Nazionale (TUN) del risarcimento del danno alla salute per lesioni di non lieve entità è legge dello Stato. Analisi e prospettive future
  di Filippo Martini e Maurizio Hazan
- Responsabilità medica: in vigore il decreto che individua i requisiti minimi delle polizze assicurative
  di Anna Bogliolo
- La responsabilità medica alla prova dell'IA
  di Gaetana Natale e Federico D'Orazio
- Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica
  di Alfio Guido Grasso
- Le implicazioni etiche e legali dell'intelligenza artificiale nel contenzioso sanitario
  di Francesca Toppetti
- Diritto all'oblio in ambito sanitario: bilanciamento tra opposti interessi
  di Carmelo Romeo
- L'oblio oncologico: un diritto a più dimensioni
  di Enzo Maria Tripodi e Filippo Loré
- Procreazione medicalmente assistita e consenso informato
  di Samantha Caminiti
- Trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca medica: esenzione dal consenso. L'orientamento tracciato dall'Autorità e le prospettive alla luce del novellato art. 110 GDPR
  di Sofia Pelizzari
- Informazione e autorizzazione al trattamento sanitario: modelli e profili differenziati di responsabilità
  di Stefania Pia Perrino
- Obblighi di trasparenza degli *health influencer*, responsabilità delle industrie alimentari e rischi sanitari
  di Angela Mendola
- Impiego di sistemi d'intelligenza artificiale in medicina e digitalizzazione dei dati sanitari: possibili profili di rilevanza penale
  di Lorenzo Picotti
- La stima del danno da morte anticipata: una proposta metodologica
  di Francesco Carraro e Carmelo Galipò
- La straordinaria risorsa, ancora poco conosciuta, della pianificazione condivisa delle cure
  di Daniele Rodriguez e Anna Aprile
- L'Intelligenza Artificiale in corsia: rischi, responsabilità e futuro della medicina
  di Fabrizio Paonessa

GLI OSSERVATORI DI GIURISPRUDENZA

- CASSAZIONE CIVILE
  a cura di Giacomo Travaglino
- IL MERITO CIVILE
  a cura di Giuseppe Cassano
- CASSAZIONE PENALE
  a cura di Francesco G. Catullo
- CONSIGLIO DI STATO E TAR
  a cura di Maurizio Santise
- CORTE DEI CONTI
  a cura di Arturo Iadecola

Keep Calm: se la causalità non è strumento di allocazione dei risarcimenti sul soggetto economicamente forte e solvibile

di **Giuseppe Cassano**

Sommario: 1. La Suprema Corte sul tema delle morte dei lavoratori a causa dell'amianto. - 2. La responsabilità datoriale. - 3. *Iudex peritus peritorum*. E l'onere della prova? - 4. La questione della responsabilità solidale. - 5. Successione di datori e individuazione del soggetto responsabile.

Abstract: Nell'ipotesi di malattia ad eziologia multifattoriale, il nesso di causalità relativo all'origine professionale della malattia non può essere oggetto di semplici presunzioni tratte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma necessita di una concreta e specifica dimostrazione che può essere data anche in termini di probabilità sulla base della particolarità della fattispecie; è, tuttavia, necessario acquisire il dato della cd. probabilità qualificata, da verificarsi attraverso ulteriori elementi, come ad esempio i dati epidemiologici, idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale.

1. La Suprema Corte sul tema delle morte dei lavoratori a causa dell'amianto

Con una recente ordinanza la Suprema Corte (sez. lav., ord., 24 ottobre 2024, n. 27572; Pres. A. Manna, Rel. G. Michelini) torna ad occuparsi del tema, sempre attuale nel nostro Paese, delle morte dei lavoratori a causa dell'amianto[1] fissando, in punto di diritto, l'importante principio per cui l'accertato ingente abuso tabagico da parte del lavoratore (nella specie, poi deceduto) incide sul quantum del risarcimento trovando immediata e diretta applicazione la norma dell'art. 1227, I, c.c.[2].

La Corte muove dall'affermazione per cui nelle ipotesi di concorso della condotta colposa del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso, l'espressione "fatto colposo" – cui ricorre il Legislatore nella menzionata norma codicistica - non è riferita all'elemento psicologico della colpa, dovendo essere intesa, propriamente, come sinonimo di un "comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive o dettata dalla comune prudenza".

E, in questa accezione di "fatto colposo", deve farsi rientrare a pieno titolo il "fumo attivo" che, secondo la Corte, costituisce "un atto di volizione libero, consapevole e autonomo" di un soggetto dotato di capacità di agire; di conseguenza il risarcimento del danno va proporzionalmente ridotto in ragione dell'entità percentuale dell'efficienza causale del comportamento della vittima[3].

Per addivenire alla cennata conclusione la Corte sottolinea come la materia degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali sia regolata – quanto al rapporto causale tra evento e danno - dall'art. 41 c.p., per cui trova applicazione il principio dell'equivalenza delle condizioni, secondo cui deve essere riconosciuta efficienza causale ad ogni antecedente che abbia contribuito, anche in maniera indiretta e remota, alla produzione dell'evento, salvo che il nesso eziologico venga interrotto dalla sopravvenienza di un fattore sufficiente, da solo, a produrre l'evento, tale da far degradare le cause antecedenti a semplici occasioni[4].

---

[1] ANGELINI, *Risarcimento dei danni da perdita dei rapporti parentali ai congiunti di un lavoratore morto per mesiotelioma da esposizione ad amianto*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2023, 4, p. II, 801 ss.; BARTOLI, *Il nodo irrisolto della sentenza Franzese e le conseguenze nefaste nei processi d'amianto*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2022, 4, 1071 ss.; CECCHI, *Prescrizione ed equo processo, in una vicenda di morte da amianto*, in *Diritto penale e processo*, 2024, 7, 953 ss.; FINOCCHIARO, *La responsabilità penale per mesotelioma pleurico causato dall'esposizione ad amianto: una patologia di sistema*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2021, 1, 161 ss.; TULLINI, *Patologie da amianto e risarcimento del danno differenziale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2023, 1, p. II, 131 ss..

[2] In senso conforme v. più di recente: Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 2025, n. 11168; App. Bologna, sez. lav., 31 gennaio 2025, n. 19; App. Messina, sez. lav., 17 gennaio 2025, n. 21. In dottrina sull'art. 1227 c.c. si segnalano: CAFFIO, *Infortuni sul lavoro (anche da Covid-19) e concorso colposo del lavoratore: la chimera dell'applicabilità dell'art. 1227 c.c.*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, f. 12, 1166 ss.; COSTANZA, *Limiti di responsabilità dell'intermediario finanziario e l'art. 1227 c.c.*, in *Le Società*, 2024, n. 4, 474 ss.; FINCO, *La responsabilità dell'intermediario finanziario: l'applicabilità dell'art. 1227 c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2023, n. 2, , parte II, 278 ss.; POLI, *Giudicato interno sulla misura del concorso di colpa ex art. 1227 c.c.?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, n. 1, 235 ss..

[3] Ciò tanto in relazione al danno iure proprio, quanto al danno iure hereditatis (Cass. civ., sez. lav., ord., 24 ottobre 2024, n. 27584; Cass. civ., sez. III, ord., 19 febbraio 2020, n. 4178; Cass. civ., sez. III, 21 gennaio 2020, n. 1165; Cass. civ., sez. III, ord., 1 febbraio 2018, n. 2483; Cass. civ., sez. VI-3, ord., 26 aprile 2017, n. 10220; Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2017, n. 9349; Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2017, n. 4208).

[4] <<Il principio dell'equivalenza delle condizioni non fa venir meno la necessità dalla prova del nesso di causalità, il cui onere rimane, secondo i principi generali, a carico del danneggiato che chiede il risarcimento. Solo una volta provato tale nesso di causalità (non necessariamente secondo un canone rigoroso di certezza o quasi certezza, essendo sufficiente l'attenuato criterio del più probabile che non), la compresenza di altre "cause sopravvenute" - sia pure anch'esse più probabili che non - non basta ad escludere l'efficacia causale del fattore che determina la responsabilità del convenuto, a meno che non risulti con certezza l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta (Cass. nn. 27952/2018; 6105/2015; 23990/2014). In forza del principio in questione, la concausa estranea sopravvenuta non deve aggravare

Resta inteso, poi, che nelle ipotesi di malattie ad eziologia multifattoriale, il nesso di causalità[5] relativo all'origine professionale della malattia non può essere oggetto di semplici presunzioni tratte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma necessita di una concreta e specifica dimostrazione che può essere data anche in termini di probabilità sulla base della particolarità della fattispecie.
Ferma restando la necessità di acquisire il dato della cd. probabilità qualificata, da verificarsi attraverso ulteriori elementi, come ad esempio – sottolinea ancora la Corte - i dati epidemiologici, idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale[6].

2. La responsabilità datoriale

Il provvedimento in commento, come anticipato, si innesta sul tema dell'inalazione delle fibre di amianto sul luogo di lavoro e delle conseguenti morti, dopo lunghi periodi di malattia e sofferenza, dei lavoratori con conseguente sconvolgimento della quotidianità dei familiari[7].

Tema, questo, che registra diversi interventi, per lo più riconducibili alla giurisprudenza di merito, in cui – passando attraverso un'inaccettabile oggettivizzazione della responsabilità ex art. 2087 c.c.[8] – si è ricondotta alla responsabilità del datore, di fatto, ogni morte per "amianto", a volte anche se intervenuta decine di anni dopo il pensionamento del lavoratore.
La questione della relazione tra amianto e malattia dei lavoratori, a ben vedere, non può prescindere dall'accertamento del dato storico e fattuale - cioè del contatto del lavoratore con fibre di amianto aerodisperse - contatto che deve essere qualificato, all'esito del giudizio, in termini di efficienza causale, altrimenti si avrebbe l'inaccettabile conseguenza che anche una presenza insignificante di nanoparticelle in un ambiente farebbe scattare la presunzione

---

l'onere probatorio posto a carico del danneggiato, ma deve essere anch'essa oggetto di specifica dimostrazione, quanto meno in termini di probabilità, in relazione alla sua attitudine causale rispetto all'evento morboso>> (Cass. civ., sez. lav., ord., 25 dicembre 2024, n. 34435; v. anche: Cass. civ., sez. lav., ord., 12 gennaio 2023, n. 678; Cass. civ., sez. lav., 12 giugno 2019, n. 15762; Cass. civ., sez. lav., 31 ottobre 2018, n. 27952).

[5] L'accoglimento d'una domanda di risarcimento del danno richiede l'accertamento di due nessi di causalità: a) il nesso tra la condotta e l'evento di danno inteso come lesione di un interesse giuridicamente tutelato (nesso di causalità materiale); b) il nesso tra l'evento di danno e le conseguenze dannose risarcibili (nesso di causalità giuridica).
L'accertamento del primo dei due nessi suddetti si rende necessario per stabilire se vi sia responsabilità ed a chi vada imputata; l'accertamento del secondo nesso serve a stabilire la misura del risarcimento. Il nesso di causalità materiale è dunque un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità; il nesso di causalità giuridica consente di individuare e selezionare le conseguenze dannose risarcibili dell'evento. In definitiva, il sistema della legge (gli artt. 40 e 41 c.p. da un lato, l'art. 1223 c.c. dall'altro) impone la distinzione tra l'imputazione causale dell'evento di danno e la successiva indagine volta all'individuazione e quantificazione delle singole conseguenze pregiudizievoli (App.. Venezia, sez. lav., 9 gennaio 2025, n. 638; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28986; Cass. civ., sez. III, ord., 5 novembre 2024, n. 28458).

[6] Si consideri che le fibre di amianto inalate possono produrre principalmente le seguenti patologie: l'asbestosi (patologia non tumorale del polmone), il carcinoma (patologia tumorale del polmone), il mesotelioma (patologia tumorale della pleura o del peritoneo), tumori del tratto gastro-intestinale, della laringe e di altre sedi.
Il carcinoma polmonare è in rapporto sicuro con l'amianto solo se vi è asbestosi o l'evidenza di un'affezione pleurica causata dall'amianto, in quanto in difetto di tali evenienze, il suddetto tumore può essere conseguenza, ad esempio, del fumo di sigarette. Il che presuppone obiettivi riscontri anatomo-patologici e il rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni in quantità rilevanti.

[7] Il Piano Nazionale Amianto (PNA) del marzo 2013, cui si è pervenuti a conclusione della Seconda Conferenza Governativa Amianto, organizzata ai sensi della L. n. 257/1992 (22-24 novembre 2012), evidenzia che "le fibre di amianto interagiscono in maniera sinergica con altri cancerogeni, in particolare con il fumo di tabacco nel causare il tumore polmonare (che comunque può svilupparsi anche nei non fumatori)" e che, in particolare, tra i tumori a "bassa frazione eziologica" - i quali hanno anche importanti cause extralavorative - rientra, ad esempio il tumore polmonare, "per la maggior parte correlato al fumo di sigaretta". Inoltre, si è sottolineata la necessità, al fine di una corretta individuazione dei soggetti che contraggono malattie amianto-correlate, di definire in modo dettagliato, e puntuale, presupposti e condizioni delle diverse patologie riscontrate, onde stabilire i casi in cui le patologie sono state contratte "in ambito familiare" (Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 2013, n. 18267; più di recente Cass. pen., sez. IV, 24 luglio 2023, n. 31812 chiude con l'assoluzione degli imputati una complessa vicenda giudiziaria relativa alla morte di un lavoratore-fumatore sul rilievo dell'assenza del nesso di causa tra la asbestosi polmonare da inalazione di amianto e il decesso dello stesso lavoratore, avvenuto per collasso cardiocircolatorio all'età di quasi settantotto anni, quando era in pensione da più di venti anni e non più esposto alle inalazioni di amianto da trenta).

[8] ALBI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità del datore di lavoro nella fase della pandemia*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, f. 12, 1117 ss.; CECCARELLI, *Mal d'ufficio o responsabilità datoriale: quando l'onere della prova fa la differenza*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, f. 3, 1555 ss.; CECCARELLI, *"Mobbing" e risarcimento del danno*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2020, f. 1, 401 ss.; DI CARLUCCIO, *La mobile frontiera della responsabilità ex art 2087 c.c.: ambiente di lavoro "stressogeno" e danni alla salute del lavoratore nella più recente giurisprudenza*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2024, 5, p. II, 1161 ss.; FERRARI, *Responsabilità dell'impresa, nel paradigma dell'art. 2087 c.c., per malattie professionali contratte da lavoratori dipendenti di altre imprese*, in *Il Foro italiano*, 2023, 3, p. I, 840 ss.; LANZARA, *L'obbligazione di sicurezza ex art. 2087 c.c.: la natura contrattuale della responsabilità datoriale ed il riparto dell'onere probatorio per il risarcimento del danno*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2021, f. 1, 256 ss.; PELLEGRINI, *L'onere della prova nella responsabilità ex art. 2087 c.c. e gli obblighi di protezione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 6, 749 ss.; SCHIRALDI, *La sicurezza e la salute del lavoratore ai tempi del Covid-19. I profili di natura sindacale*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, f. 3, 282 ss.. La formulazione dell'art. 2087 c.c. non implica un obbligo assoluto per il datore di lavoro di rispettare ogni cautela possibile e diretta ad evitare qualsiasi danno al fine di garantire così un ambiente di lavoro a "rischio zero" quando, di per sé, il pericolo di una lavorazione, o di un'attrezzatura, non sia eliminabile; al contempo non può pretendersi l'adozione di accorgimenti per fronteggiare evenienze infortunistiche ragionevolmente impensabili (Cass. civ., sez. lav., 27 febbraio 2017, n. 4970). E dunque (Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2016, n. 12347; Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 2016, n. 11981) non si può automaticamente presupporre, dal semplice verificarsi del danno, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate, ma è necessario, piuttosto, che la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinati obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto.

per quanto riguarda il nesso causale (App. Firenze, sez. lav., 31 ottobre 2023, n. 567)[9].

Nel giudizi di questo tipo il Giudice di merito si affida, doverosamente, al sapere scientifico dei consulti di ufficio (cui sono chieste indagini in ordine alla nocività dell'ambiente lavorativo e di tipo medico-legale) per cui il sapere scientifico gioca un ruolo fondamentale nel giudizio.

In via di estrema sintesi i quesiti posti dal Giudice al CTU sono sovente formulati nei termini di accertare se, a livello probabilistico o di certezza, una determinata patologia possa essere ricondotta all'inalazione di fibre di amianto.

E spesso i consulenti, all'esito del loro lavoro, esprimono un giudizio dubitativo nel senso della non emersione di alcun dato clinico utile per risolvere in termini di "probabilità", o "certezza", il dilemma se la patologia sia riferibile all'esposizione all'amianto o, piuttosto, ad altro fattore (tra cui – per tornare all'argomentare della Cassazione nell'ordinanza qui in esame - il tabagismo).

Orbene, fermo restando che per giustificare l'esclusione della responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c., è sufficiente, avuto riguardo al caso concreto, la configurazione di una esposizione alle fibre di amianto come un antecedente privo, in concreto, di efficienza causale rispetto alla malattia tumorale – e che la suddetta esclusione di responsabilità datoriale, non comporta l'individuazione, da parte del Giudice, degli altri fattori che abbiano dato origine alla malattia – è da sottolineare come, dal punto di vista scientifico, sia sempre molto difficile determinare con nettezza i fattori cui attribuire una valenza causale esclusiva nell'insorgenza della patologia tumorale (in genere), e del carcinoma polmonare (in particolare), benché sia assodato che sia l'abitudine al fumo di sigarette, sia la familiarità, per le malattie neoplastiche abbiano un ruolo importante, per quanto non sicuramente esclusivo.

Da tanto consegue che, in presenza di una accertata esposizione all'amianto (sempre che la stessa abbia avuto rilievo di concausa) e in presenza di altre concause parimenti dannose, opera l'art. 1227 c.c. afferente il concorso di colpa del danneggiato che viene ad incidere, in termini di percentuale di responsabilità, sul concreto ammontare del quantum risarcitorio concretamente dovuto dal (co)responsabile[10].

A questo punto del nostro argomentare si rende opportuno, quanto doveroso, soffermarsi su tre temi di indagine che attengono, in via di estrema sintesi, al rapporto tra Giudice e sapere scientifico, all'onere della prova e, infine, alla individuazione, in termini di certezza, del soggetto responsabile.

3. *Iudex peritus peritorum.* E l'onere della prova?

È ampiamente condivisa l'affermazione per cui è consentito al Giudice di merito disattendere le argomentazioni tecniche svolte nella propria relazione dal consulente tecnico d'ufficio sia quando le motivazioni siano intimamente contraddittorie, sia quando il Giudice sostituisca ad esse altre argomentazioni, tratte da proprie personali cognizioni tecniche: in entrambi i casi, l'unico onere per il Giudice è quello di un'adeguata motivazione, esente da vizi logici ed errori di diritto[11].

Se, dunque, le valutazioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio non hanno efficacia vincolante per il Giudice, tuttavia, egli può legittimamente disattenderle soltanto attraverso una valutazione critica, che sia ancorata alle risultanze processuali e risulti congruamente e logicamente motivata, dovendo indicare gli elementi di cui si è avvalso per ritenere erronei gli argomenti sui quali il consulente si è basato, ovvero gli elementi probatori, i criteri di valutazione e gli argomenti logico-giuridici per addivenire alla decisione contrastante con il parere del C.T.U., nonché, trattandosi di una questione meramente tecnica, fornendo adeguata dimostrazione di aver potuto risolvere, sulla base di corretti criteri e di cognizioni proprie, tutti i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione.

Nei rapporti tra la decisione del Giudice e le determinazioni derivanti dalla perizia d'ufficio, valga quindi il principio di diritto per cui il Giudice ha piena libertà dì apprezzamento delle risultanze della perizia ma, al contempo, tale libertà è temperata dall'obbligo di motivazione.

Quando si è in presenza, poi, di tesi scientifiche contrapposte, l'adesione alle conclusioni del perito d'ufficio può ritenersi adeguatamente motivata ove il Giudice ne indichi

---

[9] Non si dimentichi che molti decessi per tumore polmonare avvenuti in questi anni fanno riferimento a lavoratori che hanno prestato il loro servizio diversi decenni fa. Gli anni 60 e 70 del secondo scorso, in particolare, sono quelli in cui in cui, nel nostro Paese, si faceva un gran uso dell'amianto nei più svariati settori. Dai freni delle autovetture, alle tute dei Vigili del Fuoco, dai manicotti dei tubi antincendio, ai carrelli portabombe allocati nella parte inferiore degli aerei miliari, fino alle vernici che si usavano nelle abitazioni, tutto conteneva (a volte anche come additivo) amianto. Nel settore del trasporto persone e merci via mare, poi, si registrava il ricorso all'amianto per diverse parti delle navi. Così ad esempio i gruppi elettrogeni, al fine di evitare il rischio incendio, avevano componenti in amianto usato come isolante. Ma il più comune, e diffuso, utilizzo dell'amianto avveniva in edilizia (sia pubblica che privata): i sistemi frenanti degli ascensori erano composti da amianto; moltissime coperture erano di cemento-amianto (idem per controsoffitti, isolamenti dei sottotetti, pavimenti in vinil-amianto, divisori, tamponature e pannelli in genere); come anche vari componenti delle caldaie o delle centrali termiche contenevano amianto. Non solo. Gli stessi serbatoi di scorta dell'acqua potabile, i tubi di adduzione, nonché le relative flange erano in amianto. Canne fumarie, ma anche guanti e presine per camini, barbecue e forni, erano realizzati facendo largamente uso dell'amianto.

[10] App. Lecce, sez. lav., 21 aprile 2023, n. 330.

[11] CARLIZZI, *Iudex peritus peritorum*, in *Diritto Penale Contemporaneo* – Riv. Trim., 2017, 2, 27 ss.; CELANI, *La Corte Suprema alle prese con un caso di "bad science": il giudizio di affidabilità scientifica tra i rischi di volgarizzazione e di acritica accettazione del sapere tecnico*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2019, 4, 1532 ss.; FACCIOLONGO, *Lesioni colpose gravi - Colpa medica - Prova scientifica - Good science, bad science- Perizia - Iudex peritus peritorum*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2022, 3, 761 ss.; IURILLI, *Responsabilità professionale medica, nesso di causalità omissiva e funzione del giudice quale "peritus peritorum"*, in *La Responsabilità civile*, 2007, 11, 874 ss.; MOCCHEGIANI, *Sapere scientifico e ruolo del giudice. Primi appunti (Scientific Knowledge and the role of the Judge: preliminary reflections)*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 3, 571 ss.; PONTONIO, *La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria pubblica: ma il giudice è veramente "peritus peritorum"?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1994, 1, 161 ss..

l'attendibilità, mostrando di non aver ignorato le conclusioni dei consulenti tecnici di parte [12].

La Cassazione, da parte sua, non è giudice del sapere scientifico ed è solo chiamata a valutare la correttezza metodologica dell'approccio del Giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile, verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni utilizzate ai fini della spiegazione del fatto, di modo che il Giudice di legittimità non può operare una differente valutazione degli esiti di una consulenza, trattandosi di un accertamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato[13].

Ed allora, avuto riguardo alle vicende di danno da amianto in cui, come anticipato, il sapere scientifico gioca un ruolo principale (anche in considerazione delle diverse tesi che si contrappongono) occorre chiedersi quale decisione potrà correttamente assumere il Giudice quando all'esito della disposta C.T.U. rimanga incerta l'origine di una malattia professionale.

La risposta al quesito va ricercata all'interno del sistema che regola l'onere della prova nel processo civile (anche innanzi al Giudice del Lavoro) e cioè a dire alla luce dell'art. 2697 c.c. per cui la domanda deve essere rigettata quando il ricorrente non abbia assolto all'onere della prova su esso incombente[14].

La decisione di condanna, nell'ipotesi di malattia ad eziologia multifattoriale, passa necessariamente attraverso l'accertamento che la condotta serbata dal datore di lavoro sia stata quella che, più probabilmente di altre, si pone alla base del danno avendolo cagionato.

D'altronde non vi è spazio nel sistema della responsabilità civile per una condanna in assenza di un causalità provata in giudizio.

Ma, sul punto, diverse sono le pronunce con cui i Giudici disattendendo il cennato principio, che si pone quale cardine di sistema, addivengono a condanne al risarcimento danni alla luce della violazione delle disposizioni cautelari e generali del D.P.R. n. 547/1955 e D.P.R. n. 303/1956 senza domandarsi se l'adozione delle stesse – in riferimento al tema della salubrità dell'ambiente di lavoro e al contrasto alla dispersione in aria delle fibre di amianto - avrebbe o meno evitato le conseguenze di danno per il lavoratore[15].

A tal proposito si segnala la pronuncia resa dal Tribunale di Napoli, sez. lav., 22 novembre 2023, n. 7031 che fa riferimento all'art. 21 del citato D.P.R. n. 303 (che si limita a dettare "Norme generali per l'igiene del lavoro") per fondare la sua condanna risarcitoria per morte da amianto[16].

In tale ultima disposizione si è (era) stabilito che, nei lavori che danno normalmente luogo alla formazione di polveri di qualsiasi specie, il datore di lavoro deve adottare quei provvedimenti atti a impedirne o ridurne, "per quanto è possibile", lo sviluppo e la diffusione nell'ambiente.

Da tale norma, unitamente ad altre di cui al medesimo testo normativo, ha fatto discendere la conclusione per cui, nel caso concreto, sussisteva una ipotesi di inadempimento del disposto di cui all'art. 2087 c.c. in forza del quale – si legge nella sentenza del Giudice partenopeo – "all'imprenditore si impone di adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro".

Il ragionamento operato dal Giudice non è condivisibile laddove si consideri che l'art. 21 cit. non è stato dettato in riferimento alle polveri di amianto, bensì per tutte le polveri moleste diffuse nell'ambiente in quantitativi considerevoli.

Né la stessa norma si appalesa immediatamente riferibile alla polluzione di piccolissime fibre come quelle dell'asbesto, non percepibili con l'inalazione.

Il tutto fermo restando che il comportamento cautelare allora richiesto dal Legislatore non era quello di eliminare l'aerodispersione, bensì quello di contenerla entro definiti limiti quantitativi.

In definitiva, l'art. 21 non conteneva una regola cautelare da far valere quale statuto degli obblighi datoriali in materia di aerodispersione di particelle di amianto, rappresentando piuttosto un mero principio generale che imponeva al datore di lavoro la ricerca e l'adeguamento tecnico nel contenimento delle polveri nei luoghi di lavoro[17].

Emerge così, con evidenza, la genericità della fonte dell'obbligo (art. 21 cit.), "pensata", ormai quasi 70 anni fa, in relazione al problema di ridurre la presenza di polveri fisicamente avvertibili e oggettivamente moleste sia quantitativamente che qualitativamente; sicchè – lo si ripete -

---

[12] Trib. Santa Maria Capua Vetere, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 4157.

[13] Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2025, n. 10865; Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2018, n. 22022.

[14] È qui opportuno sottolineare che la patologia comunemente identificata come "tumore del polmone" non fa parte delle cd. malattie tabellate, ossia quelle ad eziologia professionale presunta, rinvenendosi nell'elenco delle malattie di possibile origine lavorativa (previsto dall'art. 139 D.P.R. n. 1124/1965, come integrato dall'art. 10 D.Lgs. n. 38/2000). Con la precisazione secondo cui "ove la malattia non rientri nella previsione tabellare, oppure non vi rientri l'attività lavorativa svolta, o non sussistano tutti i presupposti richiesti dalla tabella per far rientrare l'attività stessa all'interno della sua previsione, l'esistenza del nesso di causalità tra attività professionale svolta ed insorgenza della malattia deve essere dimostrata, secondo gli ordinari criteri di ripartizione dell'onere della prova, dal prestatore assicurato" (Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 2015, n. 4993). in Cass. civ., sez. III, ord. 13 giugno 2023, n. 16903 si osserva: <<in caso di domanda di danno da infortunio sul lavoro il riparto degli oneri probatori si pone negli stessi termini dell'art. 1218 c.c. circa l'inadempimento delle obbligazioni, da ciò discendendo che il lavoratore il quale lamenti di aver subito un danno da infortunio sul lavoro deve allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, l'esistenza del danno ed il nesso causale tra quest'ultimo e la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare la dipendenza del danno da causa a lui non imputabile e, cioè, di aver adempiuto interamente all'obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure, per evitare il danno>>.

[15] App. Ancona, sez. lav., 13 marzo 2025, n. 98; Trib. Gorizia, sez. lav., 21 novembre 2023, n. 209; Trib. Genova, sez. lav., 15 settembre 2023, n. 468; Trib. Taranto, sez. lav., 21 ottobre 2022, n. 2128; Trib. Parma, sez. lav., 30 agosto 2022, n. 54.

[16] Fortemente critica in dottrina la posizione assunta da CASSANO, *Morti per amianto": il rischio di introdurre una nuova forma di responsabilità oggettiva*, in <*https://www.altalex.com/documents/news/2024/03/14/morti-amianto-rischio-introdurre-nuova-forma-responsabilita-oggettiva*>.

[17] Cass. pen., sez. IV, 27 aprile 2018, n. 18384.

essa non può essere applicata all'aerodispersione di fibre di amianto.
La disposizione dell'art. 21 ha poi un contenuto precettivo modale non puntualmente individuato: essa necessita della etero-integrazione operata attraverso le conoscenze scientifiche disponibili al tempo in cui deve (doveva) farsene applicazione.
Questo è il senso del richiamo ai provvedimenti atti a impedire, o ridurre, "per quanto possibile" lo sviluppo e la diffusione delle polveri nell'ambiente di lavoro[18].
Che una disposizione come l'art. 21 cit. non si possa validamente invocare per una "polvere" tanto micidiale e mortale quale l'amianto, la cui inalazione anche di poche fibre è idonea a innescare un processo cancerogenico, si evince anche dal fatto che, progressivamente, lo stesso Legislatore è giunto ad imporre la soglia della "tolleranza zero"[19].
Non è quindi possibile invocare quale fonte precauzionale l'osservanza di una disposizione che, pure nella sua più ampia interpretazione e applicazione, si riferisce ad una situazione di tutt'altra natura rispetto a quella oggetto della aerodispersione di fibre di amianto, e la cui scrupolosa applicazione non avrebbe in alcun modo sortito l'effetto desiderato (al di là della inattuabilità nel caso concreto).
Basti a tal proposito osservare che tutte le operazioni di bonifica dei siti inquinati dall'amianto vengono oggi eseguite da soggetti isolati dall'esterno con dotazioni -tute e maschere respiratorie- degne di quelle viste indosso ai medici a contatto con pazienti "covid-19", o in situazioni ancora peggiori.

4. La questione della responsabilità solidale

Ma non è tutto. Anche la disciplina della responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. è declinata in termini del tutto anomali rispetto ai principi generali quando si parla di danni da amianto.
Sul punto occorre muovere dal presupposto per cui il primo comma di tale norma, come noto, stabilisce che, se il fatto dannoso è imputabile a più persone, ciascuna è obbligata in solido al risarcimento del danno[20].
Pertanto, il presupposto della solidarietà risarcitoria è che il danno sia unico e che esso sia eziologicamente ricollegabile a più persone, avuto riguardo indifferentemente a condotte commissive o omissive, dolose o colpose (ovvero imputabili per responsabilità oggettiva), o ancora al diverso titolo (contrattuale o extracontrattuale) cui ciascuno dei responsabili è tenuto[21].
Si è invece al di fuori dell'area della solidarietà allorché le più condotte (commissive od omissive) abbiano cagionato danni autonomamente identificabili.
Non occorre, poi, che le diverse condotte si inquadrino in un piano unitario, non essendo previsto che il danno scaturisca da una condotta comune o previamente concordata tra i danneggianti; conseguentemente, essi sono tenuto in solido, concorrendone i presupposti, anche se abbiano agito - o siano loro riferibili le condizioni fondanti le rispettive responsabilità – autonomamente o ignorando l'azione altrui [22].
Orbene, l'operatività della teoria scientifica "trigger dose", per cui ai fini della contrazione del mesotelioma pleurico rileva la sola esposizione iniziale all'asbesto (attribuendosi l'insorgenza della malattia ad una dose killer, risultando irrilevanti sul piano eziologico le ulteriori fibre eventualmente inalate), impone l'indispensabilità dell'accertamento del momento in cui si verifica tale esposizione iniziale.
Questa può avvenire, almeno in via generale, in tre momenti della vita di una persona: prima dell'inizio dell'attività lavorativa; durante l'attività lavorativa (con la necessità di individuare presso quale datore di lavoro nel caso in cui se ne siano succeduti diversi); durante la pensione.
L'accertamento del momento dell'inalazione della dose killer si accompagna all'individuazione del soggetto titolare della posizione di garanzia nei confronti di chi si ammali (e quindi se accade in età lavorativa tale soggetto – al netto dell'accertamento della responsabilità ex art. 2087 c.c. – sarà il datore di lavoro) e impedisce, mettendola fuori gioco, la fattispecie ex art. 2055 c.c. giacchè il fatto dannoso è ascrivibile a un solo soggetto.

5. Successione di datori e individuazione del soggetto responsabile

A riprova di un'applicazione non corretta dell'art. 2055 c.c. nei casi di danno da amianto si veda Trib. Roma, sez. III lav., 10 settembre 2024, n. 8708 [23].

---

[18] È peraltro frequente, come noto, la scelta del Legislatore, nel caso di attività pericolose, di imporre determinate cautele idonee a ridurre il rischio facendo riferimento a criteri generici che possono di volta in volta essere specificati con il richiamo alle cautele che la scienza, l'esperienza e l'evoluzione tecnologica dell'epoca sono in grado di suggerire. Nelle attività pericolose consentite (e questo vale anche per le attività non di tipo lavorativo) l'agente deve attivare le misure preventive che le conoscenze del momento consentono di ritenere le più idonee ad evitare il verificarsi di eventi dannosi.

[19] Si vedano le disposizioni di cui alla L. 27 marzo 1992, n. 257 ("Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto"), di cui al D.M. Sanità 6 settembre 1994 (Normative e metodologie tecniche di applicazione dell'art. 6, comma 3, e dell'art. 12, comma 2, della legge 27 marzo 1992, n. 257, relativa alla cessazione dell'impiego dell'amianto) e di cui agli artt. 251 ss. D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ("tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro").

[20] D'Adda Alessandro, La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche, in Rivista di diritto civile, 2016, 2, 279 ss.; Gnani Alessandro, Gli artt.1306 e 2055 c.c. rettamente intesi, in Danno e responsabilità, 2010, 3, 259 ss.; Simonini Gianfranco, Colpa Oggettiva e causalità nell'art. 2055 c.c., in Contratto e impresa, 2014, 2, 442 ss..

[21] Trib. Cassino, 19 marzo 2024, n. 453; Cass. civ., sez. III, ord., 6 settembre 2023, n. 25970; Cass. civ., sez. I, ord., 12 gennaio 2023, n. 664; Cass. civ., sez. I, ord., 11 gennaio 2023, n. 664; Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2022, n. 13143.

[22] Cass. civ., sez. III, ord., 15 ottobre 2024, n. 26736; Cass. civ., s.u., 27 aprile 2022, n. 13143; Cass. civ., sez. I, 10 settembre 2007, n. 18939; Cass. civ., sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.

[23] La vicenda portata all'esame del Giudice capitolino consiste, in via di estrema sintesi, nella richiesta risarcitoria formulata dai familiari-eredi di un lavoratore deceduto per mesotelioma nei confronti dell'ultimo datore di lavoro (una nota raffineria di petrolio); richiesta accolta dall'adito Magistrato che ha così accordato ai ricorrenti un cospicuo risarcimento. Il Giudice capitolino espressamente fonda la condanna sull'art. 2055 c.c. osservando che quando il danno "come nel caso di specie, è concausato dalla condotta di più soggetti, questi ne rispondono per intero ed in solido con gli altri, salvo ovviamente il regresso nei confronti dei coobbligati. Tale responsabilità dei coautori del danno finale sussiste ed è solidale sia quando essi abbiano agito con condotte concorrenti, sia quando il danno finale sia il frutto di condotte, come nel caso di specie, tra loro

Sin dalla sua primissima lettura la dottrina[24] non ha mancato di sollevare più di un dubbio proprio con riferimento alla solidarietà passiva e, ancora, quanto all'operatività del litisconsorzio nel processo civile.

Il Giudice capitolino, nella vicenda sottoposta al suo esame, per addivenire alla pronunciata sentenza di condanna avrebbe dovuto individuare e vagliare singolarmente le condotte tenute da tutti i soggetti che si assumevano coinvolti nella causazione dei danni lamentati dal lavoratore (rectius, dagli eredi-ricorrenti)[25] e cioè adire di tutti i datori di lavoro nel tempo succedutisi.

La responsabilità solidale per l'intero danno stabilita dal primo comma dell'art. 2055 c.c. obbliga il Giudice, quando sia stata a tal fine formulata apposita domanda, all'accertamento e all'attribuzione delle rispettive quote di ripartizione della colpa, potendosi applicare il criterio sussidiario della parità delle cause, di cui all'ultimo comma dello stessa norma, solo se non sia possibile provare le diverse entità degli apporti causali e residui perciò una situazione di dubbio oggettivo e reale [26].

Il che si traduce necessariamente, sul piano processuale, nella necessità di un giudizio fondato su un contraddittorio esteso a tutti i possibili danneggianti (e cioè, si ripete, a tutti i possibili datori lavoro susseguitisi nella vita lavorativa del dipendente poi ammalatosi)[27].

Nel caso in cui risulti impossibile (come nella vicenda all'esame del Giudice del lavoro di Roma) l'individuazione del momento di innesco irreversibile della malattia, che rende causalmente irrilevante ogni esposizione successiva a tale momento, ai fini del riconoscimento della responsabilità del datore di lavoro è necessaria l'integrale, o quasi integrale, sovrapposizione temporale tra la durata dell'attività lavorativa della vittima e la durata della posizione di garanzia rivestita dal datore di lavoro convenuto in giudizio [28].

Quando dunque non sia processualmente possibile individuare il failure time[29] la soluzione univoca può raggiungersi solo nel caso dell'unicità del garante (ipotesi nella quale non si pone neppure la necessità di ricercare, e di collocare temporalmente, il momento in cui le successive esposizioni all'amianto perdono rilevanza patogenetica).

Questo argomentare – proprio della giurisprudenza penale [30] – è un faro che orienta l'interprete e, ancora prima il Giudice civile in sede di assegnazione del risarcimento danni.

Quando, al contrario, sia pacifico e incontestabile il succedersi di una pluralità di garanti (datori di lavoro) in costanza di esposizione all'amianto della vittima, la possibilità di argomentare su basi scientifiche l'affermazione individuale di responsabilità è prioritariamente, e necessariamente, legata alla soluzione del problema di fondo, costituito dalla possibilità, o meno, di individuare, anche sul piano temporale, il discrimen tra la fase di induzione e quella di progressione (latenza clinica), in modo da accertare (e da argomentare) la sovrapponibilità almeno parziale fra la posizione di garanzia concretamente assunta dal soggetto convenuto con richiesta di danni e il protrarsi di un'esposizione all'amianto causalmente rilevante nel progredire delle patologie contratte dal lavoratore danneggiato.

S'intende che tale problema di fondo può trovare adeguata soluzione, nell'ambito della singola vicenda processuale, selezionando e quindi individuando la legge scientifica di copertura ritenuta idonea, facendo buon governo, in sede applicativa, dei principi che la sorreggono e dando veste argomentativa alla soluzione così raggiunta, alla luce delle emergenze fattuali ricavabili dall'istruttoria e caratterizzanti il

---

indipendenti".

È affermazione del Giudice quella per cui "la patologia tumorale non era (omissis) già stata contratta dal (omissis) prima dell'assunzione da parte della resistente, essendo insorta a lunga distanza di tempo rispetto alla risoluzione del rapporto di lavoro con quest'ultima". Così facendo il Giudice disattende non solo i risultati cui perviene la letteratura medica mondiale – che, quanto alla questione è concorde nell'assegnare un peso maggiore alle esposizioni più remote - sia quelli cui era approdato il suo stesso CTU che conclude il suo argomentare ritenendo "irrisolvibile" la questione relativa a quando sia insorta la patologia.

[24] TASSONE, *Successione di diversi datori di lavoro, danni da amianto e responsabilità ex art. 2087 c.c.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2025, 1 ss.; TASSONE, *Prime riflessioni su una recente sentenza in tema di danni da amianto*, in *Danno e Resp*., 2025, 1, 108 ss.; CASSANO, *Sviste giurisprudenziali in tema di solidarietà passiva e (a caduta) sul litisconsorzio necessario*, in *Responsabilità sanitaria Rischio clinico e valore della persona*, 2025.

[25] Fermo restando che la graduazione delle colpe tra più possibili danneggianti ha una mera funzione di ripartizione interna tra i coobbligati della somma versata a titolo di risarcimento del danno, e non elide affatto la solidarietà tra loro esistente (Cass. civ., sez. III, ord., 22 luglio 2024, n. 20170).

[26] Cass. civ., sez. II, ord., 27 settembre 2017, n. 22672.

[27] Con la precisazione che, in presenza di fatti imputabili a più persone, coevi o succedutisi nel tempo, deve essere riconosciuta a tutti un'efficacia causativa del danno, ove abbiano determinato una situazione tale che, senza l'uno o l'altro di essi, l'evento non si sarebbe verificato, mentre deve attribuirsi il rango di causa efficiente esclusiva ad uno solo dei fatti imputabili quando lo stesso, inserendosi quale causa sopravvenuta nella serie causale, interrompa il nesso eziologico tra l'evento dannoso e gli altri fatti, ovvero quando il medesimo, esaurendo sin dall'origine e per forza propria la serie causale, riveli l'inesistenza, negli altri fatti, del valore di concausa e li releghi al livello di occasioni estranee (Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2024, n. 8778).

[28] Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 25532.

[29] Sul piano della causalità generale dell'esposizione all'amianto, la teoria dose-correlata, prescelta e accreditata in particolare dalla III Consensus Conference, indica il susseguirsi di due fasi distinte: - quella della cd. "induzione" (a sua volta distinta in iniziazione e promozione) in cui ogni successiva esposizione è rilevante sul piano causale ai fini del prodursi del mesotelioma pleurico maligno; - e quella della cd. "progressione" (o latenza clinica) in cui il processo carcinogenetico è irreversibile e ogni successiva esposizione all'amianto è ormai irrilevante. Lo spartiacque fra tali due fasi – ossia il momento in cui termina la fase dell'induzione e inizia quella della progressione – è costituito dal cd. "*failure time*", che segna il momento a partire dal quale le ulteriori esposizioni all'amianto sono prive di rilevanza causale. Nel caso in cui le vittime (lavoratori) siano state esposte all'amianto per periodi assai prolungati in cui si siano succeduti più titolari di posizioni di garanzia (id est, più datori di lavoro) occorre stabilire se sia possibile affermare che l'ultimo periodo di lavoro sia sovrapponibile in tutto, o in parte, con la fase dell'induzione: quesito alla cui risposta è legata, sul piano logico, la possibilità di attribuire rilievo eziologico alle condotte commissive od omissive attribuite al datore in quella fase. In altre parole, la questione è costituita dalla possibilità, o meno, di dare una collocazione temporale sufficientemente precisa al failure time, sulla base di una legge scientifica di copertura che possa dirsi univocamente conducente in tal senso, o quanto meno su una consolidata regola di esperienza.

[30] Cass. pen., sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 34341.

caso concreto, nell'ambito delle quali collocare i suddetti principi.

In questo contesto il tema di indagine, per la formazione della prova e l'accertamento delle responsabilità, deve necessariamente essere filtrato attraverso la norma processuale dell'art. 102 c.p.c. (litisconsorzio necessario) quando i datori di lavoro siano più di uno[31].

Intervenuta sulla corretta esegesi di tale disposizione codicistica più volte la Suprema Corte ha sottolineato che il litisconsorzio e, correlativamente, l'ampiezza del contraddittorio si misurano nel concreto con riguardo alle domande proposte e agli effetti che l'eventuale accoglimento delle domande produce nella sfera di altri soggetti coinvolti. Con la conseguenza che questi ultimi dovranno necessariamente partecipare al processo ogni volta che la pronuncia domandata abbia effetti sulla loro posizione giuridica e ciò anche nell'interesse della parte attrice ad ottenere una pronuncia *utiliter data*, ovverosia tale da poter essere efficacemente opposta a tutti coloro cui la vicenda giuridica è inscindibilmente comune [32].

[31] BARILE, *Il litisconsorzio unitario o quasi-necessario: il giudizio uno e unico a pluralità di parti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, 3, 871 ss.; CAPOLUPO, *Litisconsorzio necessario: permangono i dubbi anche dopo la riforma*, in *Il Fisco*, 2024, 12, 1134 ss.; GIUFFRÈ, *Mancato rispetto del litisconsorzio necessario*, in *Le Società*, 2023, 2, 250 ss.; LA BATTAGLIA, *Litisconsorzio necessario*, in *Il Corriere giuridico*, 2021, 1, 138 ss.; PROTO PISANI, *Processo e terzi: brevi note sui limiti soggettivi del giudicato e sul litisconsorzio necessario*, in *Rivista di diritto processuale*, 2020, 4, 1662 ss.

[32] Cass. civ., sez. lav., ord., 9 novembre 2018, n. 28766; Cass. civ., sez. lav., 17 gennaio 2017, n. 988; Cass. civ., sez. lav., 1 agosto 2016, n. 15981. Resta inteso, peraltro, che tale norma riveste la qualifica giuridica di norma "in bianco" (così rimettendo all'interprete ampi margini entro cui ricondurre singole ipotesi concrete all'istituto del litisconsorzio necessario) e, al tempo stesso, di norma "di rinvio", che rinvia cioè ad altre norme che impongono la partecipazione necessaria di una pluralità di parti.

Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo (con particolare riguardo alla responsabilità sanitaria)

di **Bruno Tassone**

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'avvento del "più probabile che no" nell'ordinamento italiano. 3. Il "più probabile che no" e il rilievo (dell'assenza) di spiegazioni alternative. 4. La versione debole del "più probabile che no" e la sua concezione "qualitativa". 5. (*Segue*) L'apprezzamento "matematico" del peso della prova e le catene causali complesse al cospetto delle presunzioni. 6. Causalità materiale e causalità giuridica nel prisma del "più probabile che no" e un quesito: è esso applicabile al ragionamento presuntivo? 7. Cenni all'area tipica del "più probabile che no". 8. Riflessioni sparse sulla "gravità, precisione e concordanza" delle presunzioni e nuove prospettive di ricerca.

Abstract: Nel mettere il criterio del "più probabile che non" in relazione alla elaborazione sviluppatasi in tema di ragionamento presuntivo e presunzioni, il saggio muove dall'evoluzione del suddetto criterio nell'ordinamento italiano e dalle diverse nozioni che di esso sono state elaborate al fine di affrontare alcuni temi meno esplorati dal formante dottrinale e giurisprudenziale. In specie, si tratta del regime processuale (in termini di onere della prova) delle spiegazioni alternative dell'evento di danno, dell'apprezzamento matematico del peso delle evidenze istruttorie e della eventuale omologazione del ragionamento causalistico che riguarda sia l'accertamento del nesso di causa sia l'applicazione delle presunzioni semplici. Infine, il lavoro si conclude con l'illustrazione di un possibile schema volto a definire la sfera applicativa del "più probabile che non" e delle nuove prospettive di ricerca aperte dalla riflessione portata all'attenzione del lettore.

1. Introduzione

Nell'affrontare la relazione fra il "più probabile che no" e il ragionamento presuntivo un primo e legittimo quesito attiene alle ragioni per le quali il tema viene a porsi, con la preliminare notazione per cui esso attiene perlopiù alle presunzioni c.d. "semplici", cui si farà di qui in avanti prevalente riferimento (senza aggettivi)[1].

In effetti, considerando che per alcune note decisioni delle Sezioni Unite di taluni anni or sono detto criterio indica solo lo standard probatorio da applicare in sede civile per affermare o no la sussistenza del nesso secondo la teoria della *condicio* (con i temperamenti derivanti dalla causalità adeguata o dalla "similare c.d. regolarità causale"), e che le presunzioni potrebbero intendersi come unicamente volte a dare la dimostrazione dei "fatti" in relazione ai quali porsi successivamente il problema del legame eziologico con il danno-evento (come emerge dal chiaro esempio dell'imputato che ha parcheggiato la vettura nella rimessa sottostante all'abitazione in cui, nel medesimo torno di tempo, l'omicidio è stato consumato), il presente contributo potrebbe arrestarsi qui[2]; o, semmai, svilupparsi attraverso la ricognizione delle tesi dottrinarie e giurisprudenziali concernenti i due elementi di detta relazione, spingendosi al massimo alla ricerca di possibili assonanze e divergenze.

Tuttavia, basta poco a notare che le presunzioni talvolta assumono un'importanza decisiva per affermare la stessa sussistenza del danno-conseguenza, fino ai confini del *damnum in re ipsa*[3]; talaltra lo divengono pure per la dimostrazione del primo segmento dell'accertamento causale (per chi accoglie la teoria del doppio nesso) o che, comunque, sono usate quale basilare argomento per la sua affermazione ovvero – secondo un elemento che caratterizza soprattutto l'istituto delle presunzioni legali *iuris tantum* – per generare un'inversione dell'onere della prova[4]: cui aggiungere che,

(*) Viene qui ripubblicato il saggio "*Il ragionamento presuntivo e il più probabile che non*", già in S. Patti e R. Poli (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 323-368, con l'aggiunta di minimali aggiornamenti giurisprudenziali e l'evidenziazione, nel titolo, del fatto che molte decisioni in materia riguardano la *medical malpractice*.

[1] Sulla distinzione fra presunzioni semplici e presunzioni legali, *iuris tantum* e *iuris et de iure*, da ultimo S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 891 ss.

[2] Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 576, 577, 578, 581, 582 e 584, che si leggono, fra le altre, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453, con nota di A. PALMIERI, ove una ampia "mappa" sui loro contenuti, mentre l'esempio di cui nel testo è tratto da G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 103.

[3] Con riserva di offrire maggiori ragguagli di qui a breve, sul punto S. PATTI, *Note in tema di presunzioni*, cit., p. 892 ss., che per vari rilievi critici sulle limitate possibilità di difesa date al convenuto con riferimento alla prova contraria.

[4] Premesso che anche solo una minimale rassegna degli usi delle presunzioni ai fini della prova dell'*an* richiederebbe ben altro spazio, davvero *exempli gratia* essi si registrano rispetto all'applicazione dell'art. 2236 c.c. non solo sul piano dell'elemento soggettivo, sì da affermare che l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di *routine* fa presumere la sussistenza del rapporto di causalità (fra le tante, Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 546); in tema di diritto all'autodeterminazione (nel contesto del "progetto sanità", Cass. 11 novembre 2019, n. 28985, in R. PARDOLESI (a cura di), *Responsabilità sanitaria in cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento*, in *Foro it. - Gli speciali*, n. 1 del 2020, c. 42); in tema di consenso informato (per tutte, Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, fra le molte in *Foro it.*, 2016, I, c. 494); in tema di interventi nosocomiali (Cass. 9 luglio 2020, n. 14615, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2020, nonché Cass. 15 settembre 2020, n. 19188, in *Foro it., Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*); in tema di responsabilità del conduttore per il deterioramento del bene

secondo una recente decisione, quelle legali sono desumibili anche per implicito dalla normativa preposta alla regolazione di un certo settore individuato dal legislatore, il che allarga lo spettro applicativo delle inversioni dell'onere della prova (con approccio ampiamente criticato non solo in Italia)[5].

Inoltre, una indagine sulla relazione fra il "più probabile che no" e il ragionamento presuntivo si appalesa assai più promettente – e il taglio del presente lavoro più interessante – alla luce di talune considerazioni di sistema.

In primo luogo, non solo le regole afferenti al "più probabile che no" ma pure quelle che disciplinano le presunzioni sono interessate da ragionamenti "probabilistici", il che peraltro vale, allargando lo sguardo, anche per le regole in tema di dolo contrattuale o di avveramento della condizione: sicché l'indagine *de qua* potrebbe offrire altresì un contributo in detti ambiti, inducendo anzi a domandarsi fino a che punto lo standard che ne deriva sia generalizzabile rispetto alle relazioni fra privati (fatta salva l'operatività delle prove legali e di talune eccezioni, secondo quanto proposto da un'autorevole dottrina processualistica)[6].

Un passo più in là – ponendoci su un piano più specifico – tale indagine porta immediatamente a evidenziare che la decisione di legittimità che ha definito una delle più complesse controversie degli ultimi anni in tema di responsabilità civile, ha affermato che il "più probabile che no" si applica anche alla causalità giuridica e ai fini del governo delle presunzioni, probabilmente riprendendo la tesi poco prima ribadita da Michele Taruffo, cui espressamente si richiama una precedente pronuncia[7]. Del resto, la stessa prova si appoggia nel suo complesso a logiche inferenziali, il che pone un'evidente comunanza di questioni e induce a formulare subito l'ipotesi per cui la considerazione della relazione in parola può essere mutuamente arricchente[8].

In secondo luogo, il "più probabile che no" costituisce ormai – per così dire – *jus receptum*, ma al contempo presenta una serie di nodi non ancora sciolti: sicché, sulla medesima linea, il confronto con l'elaborazione inerente alle presunzioni può valere sia a mettere meglio in evidenza i problemi che lo stesso solleva, sia a cercare più consapevolmente una soluzione a taluni di essi.

In terzo luogo, ciò può valere a parti invertite anche per la disciplina delle presunzioni, almeno stando all'autorevole voce per cui taluni aspetti della stessa non sono stati oggetto di un sufficiente approfondimento, nonostante i numerosi contributi dedicati al tema[9].

Infine, di nuovo allargando lo sguardo, può essere utile indagare la relazione oggetto del presente lavoro per almeno altre due ragioni, sempre di sistema.

Un'attenta riflessione sulla causalità fa notare che solo di recente la dottrina civilistica ha iniziato a studiare i c.d. "regimi processuali" dell'elemento oggettivo, ossia l'influenza che le regole processuali hanno sulla definizione del regime sostanziale realmente applicato. Per rendersene conto basta

---

(Cass. 15 marzo 2018, n. 6387, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3656, con nota di S. PATTI, *Restituzione dell'immobile locato e prova del danno da deterioramento*); in tema di responsabilità degli amministratori, laddove la prova della colpa, soprattutto se grave, fa presumere la sussistenza dell'elemento oggettivo (per ampi riferimenti, S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 601 ss.); sempre in tema di responsabilità degli amministratori, quando l'azione è esercitata dagli organi delle procedure e anche la prova di elementi che afferiscono al danno fa presumere l'esistenza dle nesso, come avviene in base al criterio dello "sbilancio fallimentare", nonostante le precisazioni offerte dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, fra le altre in *Foro it.*, 2016, I, c. 272, con nota di M. FABIANI, *La determinazione causale del danno nelle azioni di responsabilità sociali e il ripudio delle semplificazioni*), secondo una traiettoria in parte fatta propria dalla novella dell'art. 2476 c.c., che secondo alcuni ha introdotto, anche per gli amministratori di s.r.l., il criterio dei "netti patrimoniali" per tutti, M. ZINNO, *Risarcimento dei danni e criteri di liquidazione nelle azioni di responsabilità*, in A. CAIAFA (a cura di), *Codice della crisi e dell'insolvenza della impresa*, t. IV, Roma, 2020, p. 543 ss.).

[5] Da ultimo, Cass. 17 aprile 2020, n. 7905, in *Danno resp.*, 2021, 192, con nota di S. FOTI, *La presunzione legale come tecnica di allocazione della prova del nesso di causalità nel sistema dell'intermediazione finanziaria*, ove altri riferimenti, la quale afferma che la presunzione *iuris tantum* ricavabile dalla normativa di settore riguarda il legame eziologico fra l'inadempimento agli obblighi informativi gravanti sull'intermediario finanziario e il danno, peraltro addebitando al secondo giudice di aver "attribuito capacità indiziante a circostanze del tutto prive di valore inferenziale, successivamente utilizzate ai fini del giudizio controfattuale presuntivo", quali il "profilo di rischio" del cliente e la sua "buona conoscenza del mercato finanziario". Da notare, fra le altre cose, che tale orientamento estende alla fase esecutiva del rapporto il regime fissato dalle c.d. "sentenze Rodorf" per la c.d. fase pre-*trade* sussumibile nell'art. 1337 c.c. (Cass., Sez. Un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, fra le altre in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*). Per una critica a tale *modus procedendi*, nella letteratura di lingua inglese, già A. KEANE, *The Modem Law of Evidence*, Londra, 1985, p. 470 ss., mentre in Italia M. TARUFFO, *Il regime probatorio: i principi generali*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 1 ss.

[6] Nel rinviare per la configurabilità di alcune eccezioni alle riflessioni di C. CONSOLO, *Al «cuore» dell'esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1535 ss., sulla "efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte" degli artifici e raggiri, Cass., Sez. Lav., 3 agosto 2016, n. 16214, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3455, mentre sulla "incidenza causale" della condotta della controparte negoziale, anche omissiva, sul mancato avveramento della condizione, Trib. Milano, 21 luglio 2017, n. 8200, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*. Con riserva di riprendere più oltre la questione del rilievo di detti ragionamenti rispetto alle presunzioni, per Cass. 6 febbraio 2019, n. 3513, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Presunzione*, n. 1, "non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*".

[7] Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, fra gli altri annotata da B. TASSONE, *Il caso CIR-Fininvest e il nesso causale in cassazione*, in *Danno resp.*, 2014, p. 174 ss., nonché M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 1107 ss. e, ancora prima ID., *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 1992, p. 448. Nel senso che "[i]l criterio della probabilità prevalente fonda anche il sistema logico-operativo della prova presuntiva (secondo la dottrina che più di ogni altra ha esaminato l'argomento, con riferimento al requisito della «gravità»)", Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2064.

[8] Assai di recente PATTI, *Note in tema di presunzioni*, cit., p. 899, che richiama il risalente insegnamento di M. PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, p. 187 ss., cui *adde* TARUFFO, *La valutazione delle* prove, in ID., La *prova nel processo civile*, cit., 220 ss.

[9] Sul punto sempre PATTI, *Note in tema di presunzioni*, cit., pp. 891-892.

osservare, schematicamente, che il nesso di causa è stato in giurisprudenza affermato in base:

1) alla semplice assenza di spiegazioni alternative, secondo la logica per cui se *in genere* il fattore X è alla base della conseguenza Y secondo legge scientifica Z, l'assenza di quelle spiegazioni corrobora la conclusione per cui X è causa di Y nel caso specie[10];

2) all'inversione dell'*onus probandi* di recente stabilito con riferimento alla responsabilità contrattuale per le obbligazioni di "*facere*" professionale, basata su una norma, cioè l'art. 1218 c.c., espressa in termini a sua volta probatori e sempre tali da esprimere una logica "binaria"[11];

3) alle c.d. presunzioni giurisprudenziali, elaborate per classi di casi e non per singoli eventi (sicché le "presunzioni" vengono in definitiva ad assumere i connotati della generalità e astrattezza), muovendo ad esempio dalla considerazione per cui siccome un certo intervento *solitamente* riesce, se non è così è il debitore a dover spiegare cosa è accaduto[12];

4) alla natura routinaria dell'intervento stesso (già citata in nota)[13];

5) alla "idoneità della condotta" a cagionare il danno[14];

6) alla *res ipsa loquitur* di origine anglosassone, che presenta marcate assonanze con la *Anscheinsbeweis* di matrice tedesca[15];

7) alla vicinanza della prova e al danno evidenziale, di nuovo tributari delle elaborazioni svolte in altri quadranti[16];

8) appunto alla prova indiziaria e/o presuntiva, ricordando che per le Sezioni Unite anche una sola presunzione (o meglio, si dovrebbe dire, l'univocità degli indizi che ad essa danno corpo, secondo la prevalente tesi dottrinaria) può valere, in certe condizioni, a fondare la decisione[17];

9) al danno *in re ipsa*, cui si nega cittadinanza, ma che trova applicazione ora "di fatto", ad esempio in relazione alla liquidazione della componente morale del danno non patrimoniale, ora "in diritto" in tema di proprietà, cui aggiungere che proprio nel tentativo di comporre il conflitto la Cassazione ha dato alle presunzioni un enorme rilievo, anche nel contesto contrattuale[18];

10) ad altre inversioni dell'onere della prova specificamente elaborate, ad esempio in tema di consenso informato della gestante o di infezioni nosocomiali, nonché, di

---

[10] Si confrontino Cass. 11 gennaio 2005, n. 22894, in *Foro it.*, Rep. 2005, vece *Professioni* intellettuali, n. 215, la quale afferma che, con riguardo alla sussistenza del nesso fra lesione personale e condotta del medico, "la ricorrenza del rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica *qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti*" (corsivo aggiunto); nonché Cass. 29 agosto 2013, n. 19873, in *banca dati De Iure*, per la quale – in un caso in cui non era stato provato il nesso fra la peritonite conseguente ad un negligente intervento e la condizione di sterilità lamentata dalla vittima – "sarebbe stato onere dell'odierna ricorrente provare la mancata riferibilità della condizione di sterilità ad altre cause, pregresse o esterne, idonee a far ritenere la riconducibilità della condizione stessa al fatto dei sanitari".

[11] Premesso che secondo l'art. 1218 c.c. «[i]l debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, *se non prova* che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile» (corsivo aggiunto), sul primo aspetto ancora S. PATTI, *Delle prove – Artt. 2697-2739*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-GALGANO*, Bologna, 2015, 161 ss., mentre sul secondo sia permesso richiamare B. TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, 2ª ed., Torino, 2020, p. 102 ss.

[12] Per vari riferimenti, M. FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità medica*, in *Contratto impr.*, 2014, p. 100 ss., PATTI, *Delle prove*, cit., p. 109 ss., M. TARUFFO, *Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 233 ss., e – andando alle origini della elaborazione – G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 135 ss.

[13] Si veda anche Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 173, resa in tema di omessa diagnosi di una patologia tumorale, cioè in un contesto in cui è in verità difficile che la logica di cui nel testo possa operare, a riprova della incidenza dei "regimi processuali" del nesso sulle regole realmente applicate.

[14] Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *Resp. e ris.*, 2005, fasc. 2, p. 44, in tema di scelta fra parto naturale e cesareo.

[15] Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 580, con nota di E. GUERINONI, *«Vecchio» e «nuovo» nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni*, in tema di ipossia e ritardo nel parto cesareo, con accertamento della irrilevanza di altro evento di asfissia. Sulle origini della categoria, U. BRECCIA, *La colpa professionale*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, 1988, Padova, p. 318 ss. Sull'uso dell'accertamento *prima facie* nel diritto tedesco, E. DEUTSCH, *Causalitè: Dèbats*, in O. GUILLOD (a cura di), *Colloque: Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurigo, 1991, p. 157 ss., nonché R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Milano, 2ª ed., 2017, p. 214 ss., PATTI, *Delle prove*, cit., p. 188 ss., nonché M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1992, p. 739 ss., ove anche interessanti riflessioni sulle "costellazioni di indizi".

[16] Ancora nel contesto del "progetto sanità", Cass. 13 novembre 2019, n. 29331, Cass. 14 novembre 2019, n. 29498, e Cass. 14 novembre 2019, n. 29502, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., c. 169. Al riguardo, è appena il caso di notare che il principio della vicinanza della prova è oggetto di critiche ad opera di una parte autorevole della dottrina. Fra i tanti, F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, 461 ss., E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, 276 ss., nonché M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi ...*, in *Contr. impr.*, 2016, 360 ss. Sull'*evidential damage*, per tutti, A. PORAT e A. STEIN, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford, 2001, *passim*.

[17] Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-75, la prima delle quali si legge fra le tante in *Danno resp.*, 2009, 19, mentre sul tema di cui nel testo, di nuovo PATTI, *Note in tema di presunzioni*, cit., 915 ss.

[18] In tema di diffamazione e di diritti reali, rispettivamente, Cass. 18 novembre 2014, n. 24474, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, e Cass. 12 maggio 2010, n. 11486, in *Guida dir.*, 2010, fasc. 24, p. 62. Come anticipato nel testo, il risalente insegnamento basato sull'idea che tale danno sia *in re ipsa* viene riletto nel 2013 nel senso che il proprietario è sempre tenuto a dare dimostrazione del pregiudizio sofferto, dandosi però grande importanza alle presunzioni (Cass. 17 giugno 2013, n. 15111, in *Foro it.*, 2013, voce *Danni civili*, n. 276, in motivazione, per cui il danno da occupazione abusiva non può ritenersi "*in re ipsa*", mentre per il tentativo di coniugare la formula del danno *in re ipsa* con le presunzioni, sempre in materia di illegittima occupazione, Cass. 16 aprile 2013, n. 9137, *id.*, Rep. 2013, voce *cit.*, n. 277). Infine, nel contesto contrattuale e con riferimento alla ritardata restituzione di un immobile, Cass. 4 dicembre 2018, n. 31233, in *Foro it.*, 2019, I, c. 874.

recente, in tema di danno subito dall'alunno di un istituto scolastico[19].

Di qui, dunque, l'interesse per la relazione di cui sopra anche in una prospettiva più ampia, cui si accompagna – è una delle proposte altrove formulate – la proposta di "riassorbire" molte delle regole enunciate in via operazionale in uno schema di massima teso a definire l'area tipica del "più probabile che no" accanto a quella della *chance*: la quale rimane estranea alle considerazioni qui svolte e alla quale non si dedicherà una separata attenzione (così come non lo si farà rispetto alla responsabilità contrattuale), ma il cui simbiotico legame con la causalità non può essere negato qualsiasi sia la ricostruzione prescelta dall'interprete, sicché qualche minimale riferimento ad essa non si potrà omettere[20].

Inoltre, una riflessione di fondo attiene al fatto che lo stesso fondamento del "più probabile che no" non pare sufficientemente approfondito dalla dottrina[21]. E che qui lo studio delle presunzioni possa dare un contributo non risponde ad una ipotesi futuribile, sol che si consideri come un'attenta voce ha proposto di invertire la prospettiva, sì da affermare che al criterio è da preferire il canone della "evidente verosimiglianza del fatto" corrispondente ad un "alto grado di credibilità razionale del discorso del giudice", che trova il proprio punto di riferimento proprio nella valutazione della gravità, precisione e concordanza delle presunzioni di cui agli artt. 2729 c.c. e 192 c.p.p.[22].

Ovviamente, non si pretende qui di dare risposta a tutti gli interrogativi posti, ma si spera – per converso – di gettare una nuova luce su alcuni di essi e di porre le basi per future ricerche.

Con tale premessa, dunque, la prima parte del presente lavoro sarà volta a riassumere lo stato dell'arte circa il "più probabile che no", per metterlo poi in relazione con il ragionamento presuntivo e – infine – per cercare di trarre qualche conclusione seguendo le direttrici che si sono illustrate.

2. L'avvento del "più probabile che no" nell'ordinamento italiano

Ancorché non sia questa la sede per ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza italiana sul nesso di causa, è noto che ad essa ha dato una fortissima accelerazione la celeberrima sentenza *Franzese*[23]: la quale – per quanto interessa – ha comportato un irrigidimento dei criteri di accertamento della causalità rispetto all'orientamento maggioritario invalso nella Quarta Sezione penale[24]. Posto che prima di tale pronuncia una logica probabilistica era seguita anche dalla giurisprudenza civile, l'introduzione del "più probabile che no" – così come, per inciso, la stessa nascita delle *chances* di salvezza o guarigione, da intendere quale vera e propria risposta "sistemica" agli argini posti all'uso della causalità generale – si spiega verosimilmente quale contrappeso all'"oltre ogni ragionevole dubbio", peraltro codificato di lì a breve dall'art. 533 c.p.p.[25].

In effetti, una pronuncia del 2007 adotta il "più probabile che no" nell'elaborare la rilevante (anche se dopo qualche anno dismessa) teoria della "scala discendente", per la quale la causalità è da definire in ragione dei parametri della quasi

---

[19] Nel richiamare per i due citati contesti i riferimenti già offerti, per il terzo si veda la recentissima Cass. 17 marzo 2021, n. 7410, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, che a fronte della caduta di un alunno "non individuata nel tempo e nel luogo", onera l'istituto della ricostruzione di quanto avvenuto nel plesso scolastico.

[20] Per un verso, si è convinti che anche rispetto alla responsabilità contrattuale andrebbe messa da parte la regola sulla inversione dell'onere della prova cui si è accennato – che, peraltro, costituisce sostanzialmente un *unicum* nel panorama comparatistico –, anche lavorando sulle "convergenze" fra i due tipi di responsabilità. Per l'altro verso, non si condivide il modello dominante per cui occorre verificare se le probabilità di evitare un pregiudizio o conseguire un beneficio (che sostanziano la *chance*) siano state elise secondo il "più probabile che no", perché pensando alle fattispecie più ricorrenti (nel caso del paziente che aveva *chances* di sopravvivenza del 30% ove il medico fosse tempestivamente, correttamente e/o *tout court* intervenuto, in quello dell'impresa che ha visto aggiudicare l'appalto per trattativa privata invece che tramite una gara o in quello del dipendente illegittimamente escluso dalla prova tesa ad un avanzamento di carriera) la condotta del convenuto ha fatto venir meno quelle *chances* in misura prossima alla certezza. Non essendovi qui lo spazio per altre riflessioni, sia permesso rinviare ancora a TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., *passim*.

[21] Ad esempio, il tema non viene indagato nemmeno in uno fra i migliori saggi più di recente apparsi, quale è quello di F. PIRAINO, *Il nesso di causa*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 399 ss., nel quale vi è solo qualche riferimento al pensiero di Federico STELLA sul punto, che sarà più oltre ricordato.

[22] R. POLI, *Gli standard della prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, c. 2524 ss., che – con ampi riferimenti alla rilettura dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – ritiene il "più probabile che non […] eccessivamente schematico e semplicistico", "superfluo", "tautologico", "autoreferenziale", "vago ed indeterminato", "improprio", "erroneo", "pericoloso", "occultatore", "inadatto", "arbitrario"; ID., *Logica e razionalità nella ricostruzione giudiziale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 515 ss., ove si precisa che secondo il canone proposto il "quadro probatorio […] significa, normalmente, vale a dire secondo l'*id quod plerumque accidit* – misurato sulla base delle regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo –, verità/esistenza del fatto ignoto da provare" (p. 545); ID. *Il ragionamento probatorio (funzione, struttura, esiti, sindacabilità)*, in A. SIMONS, A. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A. PÉREZ RAGONE, P.H. DOS SANTOS LUCON, *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, San Paolo, 2020, p. 1079 ss., ove si precisa che non si vede "sulla base di quale principio si potrebbe prevedere per la parte onerata di poter provare di meno, o di dovere provare di più di quanto accade normalmente nel mondo a giustificazione della propria domanda giudiziale" (p. 1102); nonché ID., *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in cassazione*, in AA.VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti - Atti del XXXII Convegno Nazionale, Messina, 27-28 settembre 2019*, 2021, Bologna, p. 375 ss., ove si precisa che "[l]a prova dell'*id quod plerumque accidit* deve essere intesa nel senso di implicare una valutazione [per cui] in presenza di tutti gli elementi di prova disponibili nel caso concreto (antecedenti), normalmente si verifica il fatto incerto e oggetto di prova (conseguenza) [con] valutazione radicata e fondata sul singolo caso concreto e non in astratto" (p. 433).

[23] Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, fra le tante in *Foro it.*, 2002, II, c. 601.

[24] Sugli orientamenti di cui nel testo, B. TASSONE e D. NICOTRA, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale in sede civile e penale*, nota a Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, in *Danno resp.*, 2007, p. 319 ss.

[25] Sulla nascita delle *chances* di salvezza o guarigione, Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, fra le altre in *Foro it.*, 2004, c. 1403, con nota di F. D'ALESSANDRO, *La perdita di* chances *secondo la Cassazione civile: una tutela della «vittima» effettiva e praticabile*.

certezza ovvero dell'alto grado di credibilità razionale (in sede penale), della probabilità relativa (in sede di accertamento del nesso di causa "ordinario") e della mera possibilità (ai fini dell'applicazione della perdita di *chances*)[26]: mentre le Sezioni Unite affermeranno, nel contesto del primo intervento nomofilattico del 2008, che quanto muta tra il processo penale e civile è solo la regola probatoria, dacché nel primo vige quella della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel secondo quella, appunto, del "più probabile che no"[27].

Rispetto all'arresto da ultimo citato occorre però mettere in evidenza – seppur per sommi capi – due profili problematici.

Il primo riguarda l'idea che il "più probabile che no" possa costituire un mero standard coniugabile con qualsivoglia teoria causale, come se esso fosse un semplice strumento volto a calibrare gli esiti di una costruzione, di suo, idonea a risolvere "uno dei più antichi ossimori dell'intero ordinamento penale e civile", come afferma una rilevante decisione del 2005, in linea con l'*incipit* di un libro che scriverà il suo estensore[28]: cioè come se, se si passa l'immagine, la teoria causale fosse costituita dalla scala Mercalli basata sulla valutazione dell'intensità di un terremoto osservando gli effetti che esso produce sulla superficie terrestre e il "più probabile che no" solo il metro per stabilire il grado dell'evento rilevante a fini giuridici[29].

Tuttavia, è facile rilevare che, per un verso, un gruppo di Autori via via più numeroso ha messo in luce come sia impossibile costruire una teoria causale *bonne a tout faire* o, comunque, formulato affermazioni in linea con un'idea sempre più diffusa, non solo in Italia, se del caso proponendo l'impiego della responsabilità proporzionale per fronteggiare – nei limiti del possibile – i problemi che il nesso presenta oppure perché ritenuta preferibile da varie angolazioni[30]; dall'altro, come la *condicio* e suoi derivati costituiscano più un modo di "pensare" la causalità, che una vera e propria teoria, seriamente dubitando del fatto che essa abbia un reale valore euristico[31]: fatta salva la possibilità di usare l'una e gli altri per delimitare l'eccessivo spettro – o introdurre correttivi a uno spettro troppo angusto – dell'ordinario modo di concepire la causalità[32].

Del resto, proprio la pronuncia che ha dato avvio alla riflessione attualmente in corso nella Terza Sezione civile afferma che "la dottrina elabora un numero «imprecisato» di teorie sull'argomento, ma che esse sono complessivamente riducibili ad una «*restricted area*» costituita da cinque «macrogruppi», cioè *condicio sine qua non*, causalità adeguata, prevedibilità dell'evento, scopo della norma violata e signoria dell'uomo sul fatto, mentre la giurisprudenza rimane perlopiù legata alla teoria della *condicio* con il temperamento della causa prossima", formulando poi proposizioni in linea con l'idea sopra espressa[33].

---

[26] Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, fra le altre in *Corr. giur.*, 2008, p. 35, con nota di M. BONA, *Il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*, la quale enuncia una costruzione definitivamente messa da parte ancora nel contesto del "progetto sanità" da Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., c. 98 ss.

[27] Così il lungo *iter* motivazionale di Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 576, 581, 582 e 584, cit.

[28] Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, fra le altre in *Corr. giur.*, 2006, p. 257, con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, nonché G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, p. 13 ss.

[29] Per una lucida esposizione di tale approccio, R.M. DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso causale*, nota a Cass. 29 gennaio 2018, n. 2061, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 588 ss.

[30] Senza pretese di completezza e senza poter esaminare le sfumature che caratterizzano il pensiero dei singoli Autori, G. ALPA, *Sistemi di* compensation *e nuove tendenze della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1592 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità – Dalla* condicio sine qua non *alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012, 3ª ed., p. 205 ss.; P. CENDON, *Causalità e incertezza (Rashomon)*, Vicalvi (FR), 2015, pp. 11 ss. e 80 ss.; M. INFANTINO, *La causalità*, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Napoli, 2012, *passim*; U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e* welfare *del danneggiato*, Bologna, 1992, p. 326 ss., P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. III, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 145 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile – Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 87 ss.; nonché A. VIOLANTE, *Causalità flessibile come limite di risarcibilità nella responsabilità oggettiva*, in *Danno resp.*, 1999, p. 1177 ss., nonché V. ZENO ZENCOVICH, *Nesso causale (una prospettiva gius-realista)*, in *Dir. & Innovazione*, 2008, p. 7 ss. Fuori dai confini nazionali, G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno: gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, trad. it. S. Rodotà, Milano, 1996, p. 200 ss., H.L.A. HART e T. HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford, 1985, p. 488 ss., PORAT e STEIN, *Tort Liability under Uncertainty*, cit., p. 16 ss., nonché J. STAPLETON, *Choosing What We Mean by "Causation" in the Law*, (2008) Modern Law Review 73, p. 433 ss. Sulla responsabilità proporzionale, CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., *passim*, L. NOCCO, *Il «sincretismo causale» e la politica del diritto*, Torino, 2010, *passim*, R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Padova, 2007, *passim*, e – in misura più attenuata – R.E. CERCHIA, *Uno per tutti, tutti per uno – Itinerari della responsabilità solidale in diritto comparato*, Milano, 2009, pp. 91-94, 265-271 e 235-238, cui sia consentito aggiungere B. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile – Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2007, p. 265 ss. Nella stessa direzione i contributi pubblicati in U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Le «nuove» obbligazioni solidali – Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, collana *I quaderni della rivista di diritto civile*, Milano, 2015, nonché G. COMANDÈ e L. NOCCO, *Proportional Liability as an Application of the Precautionary Principle – Comparative Analysis of the Italian Experience*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2013, p. 2 ss., da ultimo G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1365-1366, e ancora R. PUCELLA, *Il perimetro dell'accertamento causale tra colpa, concause e danno risarcibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1112 ss.

[31] Invero, sebbene la *condicio* risponda al modello dominante in molti ordinamenti, sia nel contesto penale che in quello civile, tale teoria definisce la causalità sotto il profilo strutturale evocando la necessità di valersi di un procedimento logico che, per poter funzionare in concreto, richiede a monte la disponibilità di informazioni precise circa la regolarità delle interazioni tra i fattori presi in considerazione. E proprio da qui deriva – fra l'altro – l'esigenza di "riempirla" con conoscenze scientifiche. In sostanza, per dire che senza X non vi sarebbe stato Y, occorre conoscere *prima* la relazione che sussiste tra i due, dunque fra la causa e l'effetto. Sembra dunque doversi concordare con chi ritiene che – come già detto – si tratti più di un intuitivo e condivisibile modo di ragionare che di una vera e propria teoria, come ad esempio sostiene V. PASCALI, *Causalità e inferenza nel diritto e nella prassi giuridica*, Milano, 2011, p. 68 ss., cui *adde* PIRAINO, *Il nesso di causa*, cit., p. 408 ss., ove altri riferimenti.

[32] Su tale modo di usare le teorie causali sia permesso rinviare a TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., 208 ss.

[33] Secondo Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit., ne deriva che "quello del nesso causale, problema ermeneutico pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura, pare destinato inevitabilmente a risolversi

Ne discende, in questa chiave, che il "più probabile che no" è in realtà divenuto una *modalità* per articolare un ragionamento probatorio sulla causalità e di qui l'ulteriore interesse per un confronto con il "ragionamento presuntivo": prima di affrontare il quale occorre però verificare se davvero il livello dello standard non influisca sui temi e problemi del nesso, sì da poter incidere anche sul modo in cui si applicano le presunzioni.

D'altronde, fra le innumerevoli decisioni che rendono operativo il criterio, molte non menzionano punto la teoria sulla causalità applicabile[34]; pochissime evocano la *condicio* (a conferma dell'assunto per cui essa esprime più un modo di pensare la causalità che una vera e propria teoria)[35]; mentre fra quelle – le più numerose – che richiamano la causalità adeguata, alcune la "assimilano" al "più probabile che no"[36]; e altre si limitano a ricordare il citato passo delle Sezioni Unite[37].

3. Il "più probabile che no e il rilievo (dell'assenza) di spiegazioni alternative

L'idea per cui il livello dello standard non influisce sui temi e problemi del nesso (assumendo esso solo una valenza quantitativa) è tanto consolidata, quanto – a veder bene – ingenua: pur potendosi condividere che, su un diverso e più generale piano, la probabilità logica vale a individuare uno "schema razionale" o un "criterio metodologico" della decisione giudiziaria[38].

Volendo fare un solo esempio, peraltro idoneo a riallacciare il discorso ad una delle questioni toccate di scorcio in premessa, un passaggio della citata sentenza *Franzese* attribuisce uno specifico rilievo all'assenza di spiegazioni alternative, dacché "l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta […] *rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo*,

---

entro i (più pragmatici) confini di una dimensione «storica», o, se si vuole, di politica del diritto" e che "il nesso diviene misura del dovere posto a carico dell'agente […] da ricostruirsi sulla base dello scopo della norma violata, di quel dovere di avvedutezza comportamentale […] che si estende sino alla previsione delle conseguenze a loro volta normalmente ipotizzabili in mancanza di tale avvedutezza", sicché tale dovere "di volta in volta individuerà i termini dell'astratta prevedibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all'agente secondo un principio guida che potrebbe essere formulato, all'incirca, in termini di rispondenza, da parte dell'autore del fatto illecito, delle conseguenze che «normalmente» discendono dal suo atto a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (la c.d. teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*)".

[34] Scegliendo fra le più recenti, per Cass., Sez. Lav., 3 febbraio 2021, n. 2474, in *Foro it.*, *Le banche dati*, voce *Cassazione civile*, "la sussistenza del nesso causale […] deve essere valutata secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del «più probabile che non»"; per Cass. 8 febbraio 2021, n. 2907, *ibid.*, "[i]l giudizio prognostico legato alla preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non» si applica non solo all'accertamento del nesso causale tra l'omissione e l'evento di danno ma anche all'accertamento del rapporto tra il danno e le conseguenze dannose risarcibili"; per Cass. 22 febbraio 2021, n. 4652, *ibid.*, "nel sottosistema civilistico il nesso di causalità (materiale) de[ve] consistere nella relazione probabilistica concreta intercorrente tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del «più probabile che non»".

[35] All'interno delle centinaia di sentenze in cui il "più probabile che no" è citato nella parte motiva, si contano sulle dita quelle che menzionano la *condicio*. In ordine di tempo, Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit.; Cass. 28 luglio 2011, n. 16543, in *Giust. civ*., 2013, I, p. 1169; Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, in *Giur. it.*, 2014, c. 2153, con nota di B. TASSONE, *L'accertamento del nesso di causalità e il "caso Ustica"*; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, cit.; Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit. (ove peraltro si indica la *condicio* come una "teoria rifiutata"); Cass. 10 aprile 2015, n. 7197, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cass. 11 febbraio 2016, n. 2757, *ibid.*; Cass. 22 giugno 2017, n. 15534, *id.*, 2017, I, c. 2242; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25113, in *Corr. giur*., 2019, p. 71; Cass. 27 settembre 2018, n. 23197, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2018 (in cui l'analisi risulta più approfondita che in altre); Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13246, *id.*, 2019 (ove pure varie considerazioni sulle teorie causali), Cass. 15 ottobre 2019, n. 25936, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *cit.* (una delle poche in cui si afferma che il "«più probabile che non» […] non costituisce un modello autonomo di accertamento di quel nesso" e "quale che sia il criterio di accertamento del nesso causale che si intende utilizzare [esso] è compatibile con qualsiasi modello di ricostruzione del nesso di causa"); Cass. 25 agosto 2020, n. 17681, *ibid.*; Cass. 6 luglio 2020, n. 13872, *id.*, 2020, I, c. 3467 (ove ancora varie considerazioni sulle teorie causali); Cass. 12 febbraio 2020, n. 3371, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*; nonché Cass. 15 aprile 2021, n. 10038, *ibid.* (in cui peraltro si sostiene che il criterio "è ispirato dalla normalità causale").

[36] Con riferimento alle decisioni in tema di causalità adeguata, perlopiù richiamata come temperamento all'ordinario modo di operare del nesso senza, si noti, far riferimento anche alla *condicio* (ad esempio, Cass. 10 settembre 2019, n. 22519, in *Foro it., Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*), non vi è spazio in questa sede né per passarle in rassegna, né per isolare quelle in cui il temperamento gioca un effettivo ruolo. Qui ci limitiamo a sottolineare che, come anticipato, essa viene talvolta "assimilata" al "più probabile che no": fra le più recenti, Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128, in *Foro it.*, 2020, I, c. 1595, con nota di R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Sulla «fine della storia» della responsabilità da «facere» professionale*, per la quale "nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale […] secondo il criterio del «più probabile che non» [sicché] *secondo i principi sopra esposti*, essendo stata dimostrata la complessiva negligenza medica [ne deriva che] secondo il principio di causalità adeguata *sopra richiamato*, sarebbe stato onere del medico provare il contrario" (corsivi aggiunti); Cass. 12 maggio 2021, n. 12683, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*, per la quale il nesso "è regolato dagli artt. 40 e 41 c.p., che dettano il criterio della causalità adeguata, in sede civile intesa come «il più probabile che non»"; Cass., Sez. Un., 16 maggio 2019, n. 13246, cit., per la quale il "giudizio oggettivizzato di normalità statistica" va riferito ai "principi di causalità adeguata elaborati da questa Corte fin da Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 576, «più probabile che non»".

[37] Ad esempio, Cass. 10 gennaio 2017, n. 255., in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio Cassazione *civile*, Cass. 10 settembre 2019, n. 22520, *id.*, 2020, I, c. 620, nonché Cass. 12 settembre 2019, n. 22729, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*

[38] Sul punto, DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso*, cit., 591. Fra i lavori che valorizzano l'importanza dell'uso dell'epistemologia ai fini della valutazione della prova è d'obbligo citare J. FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007, trad. it. G.B. Ratti, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, 144 ss., S. HAACK, *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, Cambridge, 2014 (parzialmente edito in lingua italiana con il titolo *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, 2015, trad. it. F. Esposito), nonché D. CANALE e G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2020.

comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa", in forza di un "ragionamento probatorio che abbia altresì *escluso l'interferenza di fattori alternativi*" (corsivo aggiunto)[39].

Ebbene, anche lasciando da parte l'interessante elaborazione penalistica, rispetto al governo dell'incertezza il riferimento alla necessità di escludere fattori causali alternativi risulta evidentemente più problematico di quanto la sua enunciazione non faccia a prima vista credere[40]. In una battuta, appare subito chiaro come non sia secondario stabilire chi e a quali condizioni, fra le parti del giudizio, debba dimostrare che *non* vi sia una (perlomeno più convincente) spiegazione eziologica differente dell'evento (di danno) rispetto a quella enunciata dall'attore; oppure se tale onere incomba sul medesimo; e, ancora, cosa accada in mancanza di dati affidanti sul punto.

In realtà, è possibile ritenere che già in sede penale la statuizione delle Sezioni Unite non debba essere sempre spinta fino a porre sulla pubblica accusa una "prova negativa", ma – ecco il punto – il giudice non può evitare di porsi "d'ufficio" il relativo problema[41]. E la stessa, se è appropriata al modo in cui la causalità viene disciplinata in quel contesto, non pare "ricevibile" in quello civile, dove la gestione dei suddetti fattori deve aver luogo in base ad altre regole: il che appunto dimostra che nel passaggio dal *beyond any reasonable doubt* al *more likely than not* consacrato nel 2008, il diverso standard che dovrebbe caratterizzare l'accertamento di un nesso inteso in modo unitario incide invece sulla sua dimensione sostanziale.

A ogni modo, non sono tardate ricadute – magari inconsapevoli – nell'ambito che qui ci occupa, per giunta sottoscritte anche da una parte della dottrina[42].

Al riguardo, un punto di equilibrio si potrebbe trovare affermando che non spetta al giudice civile far pendere l'ago della bilancia in favore del convenuto (andando d'ufficio alla ricerca di diverse spiegazioni causali) o dell'attore (usando la loro assenza per trarre argomento in favore di un nesso non dimostrato): tanto è vero che una recente voce ha affermato che (in mancanza di leggi scientifiche universali o a esse assimilabili) la individuazione e la prova di circostanze che rendono inapplicabili le leggi scientifiche "antagoniste" va ricondotta ai fatti costitutivi e non a quelli impeditivi[43].

Ancora, a riprova della complessità (ma pure della necessità) di una indagine volta a scandagliare i reali modelli di ragionamento probatorio applicati (e a rifuggire dall'idea per cui il "più probabile che no" ponga solo un problema di standard), mette conto osservare che in sede penale l'incertezza sull'incidenza delle concause deve determinare l'esito assolutorio, mentre in sede civile una tesi afferma che essa deve portare all'accoglimento della domanda (stando ad un certo modo di rapportarle al "più probabile che no") e un'altra sostiene che la prova del nesso è raggiunta solo ove si possa possibile escludere *con certezza* il rilievo dei possibili decorsi alternativi dell'evento lesivo[44]. Inoltre, sempre all'interno del contesto civile viene in esponente una ulteriore discrasia, perlomeno ponendo mente al nuovo modello basato sulle "menomazioni concorrenti" quando le concause naturali "umane" (costituite da un pregresso stato invalidante)

---

[39] Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

[40] Peraltro, anche in sede penale la formula di cui nel testo si è prestata a diversi utilizzi, perché mentre essa caratterizza ora il gravoso onere probatorio incombente sull'accusa, in altri tempi il connubio fra statistiche e assenza di spiegazioni alternative è valso a concedere alle prime un'efficacia che le prime non avevano, inducendo di poi a chiedersi come si potessero escludere cause estranee quando non si conoscevano nemmeno e pienamente quelle rilevanti nel caso di specie. Secondo alcuni, infatti, tale inidoneità poteva ad esempio derivare proprio dall'accoglimento della tesi che esclude ogni utilizzabilità dei decorsi alternativi in sede di accertamento del nesso rispetto alla condotta (omissiva) del sanitario: ad esempio L. MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 493 ss., con posizione condivisa altresì da F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per* medical malpractice, in *Corr. merito*, 2006, p. 964 ss. Tuttavia, pure rispetto al contesto per cui sono state pensate le regole enunciate dalle Sezioni Unite non sono andate esenti da critiche, fra l'altro – e per quanto qui interessa – circa l'inidoneità a impedire l'affermazione di responsabilità *solo* in presenza di una legge di copertura (quasi) universale: per tutti, F. STELLA, *Giustizia e modernità – La protezione dell'innocente e la difesa delle vittime*, 3ª ed., Milano, 2003, p. 240 ss.

[41] Quanto al secondo profilo, per F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 468, "il giudice deve sempre porsi il problema di una spiegazione alternativa […] anche se la difesa non lo fa", dato che "la logica è un potere di ufficio del giudice". Quanto al primo, ricorda che la stessa accusa si potrà ad esempio avvalere di leggi a) scientifiche universali o probabilistiche dotate di un assai elevato grado di conferma (cioè quasi-universali), b) dotate di una sufficiente corroborazione e sottoposte a idonee verifiche volte a provarne la popperiana non falsificabilità, c) munite del consenso generale della comunità scientifica e d) opportunamente calate nel caso concreto, per cui "l'intervento di altre possibili cause è praticamente inesistente", STELLA *Giustizia e modernità*, cit., pp. 372-374.

[42] Per la giurisprudenza in argomento si vedano le decisioni citate alla nota 10. In dottrina, per tutti, M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, 3ª ed., Padova, 2021, p. 388, il quale sostiene che "per affermare l'esistenza del nesso di causa devono trovare risposta affermativa questi tre interrogativi: (a) l'antecedente causale è confermato dalla statistica? (b) le peculiarità del caso concreto sono coerenti con le statistiche e/o con leggi scientifiche? (c) *mancano altre possibili cause nel caso concreto?* L'antecedente che soddisfi tutti e tre questi requisiti è la causa «più probabile che no»" (corsivo aggiunto). Si veda anche D. CHINDEMI, *La responsabilità del medico e della struttura pubblica e privata*, Torino, 2018, p. 355, secondo il quale il criterio "è stato interpretato […] quale possibilità più alta rispetto ad altre di minori probabilità […], *pur occorrendo la convinzione da parte del giudice che tale probabilità sia stata quella causativa del danno*" (corsivo aggiunto).

[43] GIOIA, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 1358-1359.

[44] Nel senso che il danneggiato dà la prova del nesso "quando, da un lato, *non vi sia certezza* che il danno [nella specie] cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento lo avrebbe evitato" (sempre corsivo aggiunto), Cass. 9 giugno 2016, n. 11789, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, secondo uno schema proposto anche da altre decisioni, fra le quali Cass. 9 giugno 2011, n. 12686, in *Danno resp.*, 2013, p. 633, con nota di B. TASSONE, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, nonché Cass. n. 3874/2011, inedita, esaminata da S. BARONE, *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della legge n. 24/2017*, in C. CONSOLO (a cura di), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, Torino, 2018, p. 24 ss. Per la lettura della giurisprudenza in materia nel secondo senso di cui nel testo, GIOIA, *La prova del nesso causale*, cit., p. 1358, mentre sul modo in cui opera l'incertezza circa le spiegazioni alternative nei due contesti si veda anche POLI, *Logica del giudizio di fatto*, cit., 439.

interagiscano con gli effetti della condotta del convenuto[45]: perché qui lo stesso si fa carico (almeno in parte) del danno, pur se la sua condotta integra la causa che lo ha cagionato – per certo – con una incidenza minoritaria[46].

In ultimo, non è questa la sede per approfondire i "meriti" del "più probabile che no", fra cui quello di poter essere usato per costruire un argine ad alcune declinazioni del libero convincimento del giudice tese a spingerlo verso il vero e proprio arbitrio, nonché lo stimolo a riporre una particolare attenzione nella stesura della motivazione[47]: se non a configurare un onere motivazionale "rafforzato"[48]. Qui ci si limita a ricordare che, in qualche misura ribaltando la logica che presidia l'operatività dell'oltre ogni ragionevole dubbio in sede penale, si potrebbe sostenere che l'autonomia del giudice civile è per certi versi – paradossalmente – minore. Se il giudice penale deve assolvere l'imputato anche quando le prove inducono a ritenerlo responsabile ma non hanno carattere "schiacciante", analoga facoltà non è lasciata a quello civile: il cui giudizio presenterà un minor scarto, per così dire, fra la "coerenza epistemica" dei dati raccolti e la decisione, il che costituisce un ulteriore profilo sotto il quale il "più probabile che no" non pone solo una questione di standard[49].

Dunque, il discorso si deve spostare sul modo in cui il giudice gestisce il patrimonio conoscitivo acquisito tramite l'istruttoria – ad esempio, come si vedrà nel prossimo paragrafo, per stabilire se ciò avviene tramite un apprezzamento "a stadi" dei vari anelli della catena causale o tramite una loro valutazione di insieme –, senza che il giudice stesso abbia troppo agio nell'avallare un'eccessiva divaricazione fra le risultanze istruttorie e la sua stessa decisione.

4. La versione debole del "più probabile che no" e la sua concezione "qualitativa"

Sempre l'evoluzione giurisprudenziale sulle concause – all'interno della rassegna offerta sui temi e problemi del "più probabile che no" – porta poi in esponente una questione di estremo rilievo.

Mentre una nota decisone di qualche anno fa, in linea con qualche sentenza intervenuta vari lustri or sono, aveva contrastato il tradizionale e rigido orientamento inerente alla loro irrilevanza, sì da concludere che il "frazionamento della responsabilità non è estraneo al sistema positivo", di lì a poco la possibilità di affrancare il danneggiante dal ristoro della parte di pregiudizio riconducibile alla concausa naturale operando sul piano dell'*an debeautur* viene esclusa, secondo uno schema motivazionale ripreso da un importante arresto del 2016, confermato nel 2018, nonché dalle due decisioni rese nel contesto del "progetto sanità" del 2019[50].

Ciò premesso, Cass. n. 15991/2011 deve essere qui ricordata per la dirompente affermazione (la quale verrà ripresa anche dalle altre pronunce fra un momento citate) per cui la probabilità alla base dell'accertamento del nesso può essere persino inferiore al 50%. Si sostiene cioè che "la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica non conduc[e] *ipso facto* alla aberrante regola del 50% *plus unum*, bensì alla compiuta valutazione dell'evidenza del probabile": per cui (seppur con un esempio caratterizzato da un errore matematico si precisa che) "se, in tema di danni da trasfusione di sangue infetto, le possibili concause appaiono plurime e quantificabili in misura di dieci, ciascuna con un'incidenza probabilistica pari al 3%, mentre la trasfusione attinge al grado di probabilità pari al 40%, non per questo la domanda risarcitoria sarà per ciò solo rigettata […] o geneticamente trasmutata in risarcimento da chance perduta" (essendo però

---

[45] Cass. 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, entrambe in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in Cassazione*, cit., c. 214, con note di B. TASSONE, *La Cassazione e le cause naturali 2.0. O forse no*, di U. VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, e di D. RONCALI, *Preesistenze e danno differenziale. Riflessioni medico-legali a margine di Cass. civ., 28986/19*, altresì annotate da D. AMRAM, *La persona, le "forzose rinunce" e l'algebra: qualche considerazione all'indomani delle sentenze di San Martino 2019*, in *Danno resp.*, 2020, p. 49 ss., e da R. PUCELLA, *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità e risarcimento tra concause di "lesione" e concause di "menomazione"*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 295 ss.

[46] Lo rileva VIOLANTE, *Concause e preesistenze*, cit., p. 262 ss.

[47] Nel rinviare ancora a TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., p. 208 ss., è appena il caso di ricordare che secondo una recente pronuncia proprio tale elemento della sentenza (nonostante la riformulazione in senso restrittivo del n. 5 dell'art. 360 c.p.c.), può costituire il grimaldello per sindacare in sede di legittimità, entro certi termini, la CTU (di là dal vaglio che può essere compiuto sulla motivazione pure ai sensi del n. 4): il riferimento è a Cass. 17 ottobre 2019, n. 26307, in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., c. 289, con nota di G. GIOIA, *L'accertamento della responsabilità medica affidato al consulente*, ove altri riferimenti sugli orientamenti inerenti all'art. 360 n. 5 c.p.c., oltre che sulla letteratura in tema di motivazione (c. 301 ss.), cui *adde* R. POLI, *La prova scientifica e il suo controllo in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1223 ss. e, più di recente, nonché con specifico riferimento al tema del nesso causale, ID., *Logica del giudizio di fatto*, cit., p.441 ss.

[48] Premesso che per la considerazione a tenore della quale la motivazione è spesso un *posterius* rispetto alla decisione sono ancora attuali le pagine di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 101 ss., in base ad un certo modo di intendere il criterio il giudice, nel momento di farne applicazione, dovrà domandare a se stesso se davvero la probabilità prevalente è presente in ogni momento della sua valutazione; e, ancora, immaginare già in sede di valutazione delle prove se ne potrà dare adeguatamente conto quando stenderà la sentenza, anche per consentire un'eventuale correzione del giudizio in sede di impugnazione, il che porta a respingere l'idea che la sua applicazione implichi un minor rigore rispetto a detta valutazione, la quale ha luogo su un piano diverso dalla formazione del giudizio.

[49] L'espressione "atecnica" di cui nel testo vale a non entrare nel dibattito sul modo di intendere il criterio, assai vivace fra i penalisti. Per ampi riferimenti, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 195 ss.

[50] Rispettivamente, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, fra le altre in *Danno resp.*, 2010, p. 372, con note di M. CAPECCHI, *Il* revirement *della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 c.c.: si apre una nuova stagione nel rapporto tra nesso causale e risarcimento del danno?*, e di B. TASSONE, *Il frazionamento della responsabilità secondo la cassazione e in prospettiva di comparazione*; Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, fra le altre in *Corr. giur.*, 2011, p. 1672, con nota di M. BONA, *La cassazione rigetta il «modello della causalità proporzionale»*; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893, fra le altre in *Foro it.*, 2016, I, c. 1741, con nota di B. TASSONE, *Negligenza medica e pregressa situazione patologica*, nonché Cass. 21 agosto 2018, n. 20829, fra le altre in *id.*, 2019, I, c. 1384, sempre con nota di B. TASSONE, *Ancora su negligenza medica e pregressa situazione patologica*; infine, Cass. 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, cit.

evidente che la somma delle cause ammonta al 40 + [3 x 10]%, dunque al 70%, e non al 100%).

Di poi, la Cassazione torna sul carattere relativo del "più probabile che no" nel caso relativo al disastro aereo di Ustica, il quale richiedeva valutazioni eziologiche complesse[51]; in una decisione assai rilevante per il tema dell'inversione della prova del nesso nella responsabilità contrattuale, in cui la condotta dei sanitari costituiva una sola delle tre possibili cause del danno[52]; nonché – sebbene *in obiter* – in una delle sentenze dell'11 novembre 2019[53].

Passando ad altro ma connesso aspetto, una recente decisione affronta – nel caso Marcora – la delicata questione del rapporto fra la "scomposizione" degli anelli della catena causale e il "più probabile che no", ancora in una fattispecie decisamente complessa[54].

In specie, la Suprema Corte afferma che l'accertamento del nesso di causa impone di valutare tutte e nel loro complesso le risultanze istruttorie acquisite e di non segmentare artificialmente quella catena, sì da diluire, in ultima analisi, la valenza delle prime: secondo regole di estremo rilievo per affrontare le situazioni in cui viene in rilievo una c.d. causalità "verticale" – sulla quale si tornerà nel paragrafo che segue –, cioè una linea eziologica di svolgimento degli eventi causalmente rilevanti che non ha luogo in un unico contesto spazio-temporale[55].

Le indicazioni fornite rispetto al corretto *modus procedendi* del criterio sono però molto scarne e proprio gli interrogativi circa gli schemi decisori da applicare in tali contesti sollevano problemi che vanno ben oltre quelli affrontati dalla sentenza, non essendo ad esempio chiaro quanto possa e debba essere "rarefatta" la ricostruzione della vicenda.

In proposito, è ricorrente la massima per cui l'adozione del "più probabile che no" si delinea in un'analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie, sicché la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del singolo caso, senza limitarsi ad un meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 51%, ma facendosi luogo ad una compiuta valutazione dell'evidenza del probabile[56].

Del resto, un similare orientamento si riscontra anche in tema di presunzioni, rispetto alle quali si afferma che il giudice "è tenuto a seguire un procedimento che si articola

---

[51] Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, cit., la quale conduce il giudice del rinvio ad accogliere anche la domanda del fideiussore, mentre in un separato procedimento viene accolta quella dell'Amministrazione Straordinaria della compagnia aerea a seguito di un'ulteriore decisione di legittimità (rispettivamente, App. Roma, 6.9.2019, n. 5404, *inedita*, resa all'esito del giudizio R.G. n. 5681/2014, nonché Cass. 6 dicembre 2018, n. 31546, in *banca dati Pluris*, e App. Roma, 22 aprile 2020, n. 2013, *inedita*, resa all'esito del giudizio R.G. n. 1711/2019). Per quanto qui interessa, i giudici di legittimità affermano a chiare lettere che "nella comparazione delle diverse concause, ove sufficienti a concorrere a determinare l'evento e senza che una sola assuma con evidenza un'efficacia esclusiva al riguardo, il giudice del merito dovrà, anche in questo caso, con una valutazione di merito, valutare quale di esse appaia «più probabile che non» rispetto a ciascuna delle altre a determinare l'evento ed attribuire a quella l'efficacia determinante ai fini della responsabilità".

[52] Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, c. 562, in cui la Suprema Corte non si accontenta di considerare che, se le cause della patologia possono essere con certezza tre e con altrettanta certezza non è dato di sapere quale di esse abbia portato alla sua insorgenza, la spiegazione che si appunta sulla condotta dei sanitari non supera una soglia probabilistica all'incirca del 33%, per definizione inferiore a quella che attinge alla preponderanza dell'evidenza, il che già varrebbe a concludere che viene applicata la versione debole del criterio: infatti, la Cassazione sente ulteriormente il bisogno di precisare che *ciascuna* delle altre due è più probabilmente della terza alla base del pregiudizio subìto dal minore.

[53] Cass. 11 novembre 2019, n. 28986, cit., laddove afferma che sul piano della prova la regola della "preponderanza dell'evidenza" si applica "valutando se tra l'evento lesivo e le conseguenze dannose da esso causate sussista un legame probabilistico «relativo»: se, cioè, tra tutte le cause astrattamente idonee a produrre il danno, l'evento lesivo rappresenti la meno improbabile nel caso specifico".

[54] Cass. 20 giugno 2019, n. 16581, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, la quale interviene a valle di un precedente contenzioso in cui erano stati accertati con sentenze passate in giudicato i gravi inadempimenti della P.A. nell'ambito dello svolgimento di rapporti obbligatori paritetici derivanti dal riconoscimento dei benefici di cui alle leggi nn. 219/1981 e 120/1987, per il rilancio delle zone colpite dal terremoto dell'Irpinia del 1980 (Cass., Sez. Un., 19 aprile 2010, n. 9218, in *banca dati Pluris*, Cass. 1° marzo 2012, n. 3229, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*, e Cass. 7 settembre 2016, n. 17680, *id.*, *Le banche dati*, voce *cit.*), afferenti (a) alla illegittima revoca dei contributi e (b) al mancato trasferimento del terreno e del sovrastante opificio, la cui costruzione era stata solo parzialmente finanziata, il che aveva fra le altre cose inciso sull'indebitamento di una delle due società che avevano fatto richiesta dei benefici. In specie, la società che aveva investito nella costruzione dello stabilimento non aveva potuto trasformare il debito bancario a breve termine senza garanzie ipotecarie in un più vantaggioso credito fondiario a lungo termine, facendosi carico per quasi venti anni di interessi superiori al 10%. Poiché le due società erano state soccombenti, il fideiussore – anche socio e amministratore delle stesse – avviava un nuovo giudizio, dolendosi della perdita integrale del suo ingente patrimonio personale a causa dell'escussione delle garanzie prestate a favore delle società, poi fallite. I giudici del merito respingevano però la domanda ritenendo che "la catena di causalità prospettata" dall'attore si componesse di anelli la cui singola sussistenza non risultava provata, con riferimento (*i*) al legame fra gli inadempimenti e la contrazione dei mutui da parte della società garantita dallo stesso attore, (*ii*) alla necessità di questa di ricorrere al credito, (*iii*) comunque alla impossibilità della medesima di disporre altrimenti di una garanzia reale sì da dover sostenere più gravosi interessi, (*iv*) al fatto che tale maggior onere – derivante dal "differenziale tra il tasso di interesse corrisposto e quello in ipotesi corrispondibile" – ne aveva provocato il fallimento.

[55] Nella specie tali regole si ritenevano violate perché il secondo giudice aveva in sostanza eluso la valutazione circa l'idoneità della condotta della P.A. a provocare il dissesto di detta società – per via del mancato abbattimento degli interessi sul credito – e l'esistenza di altre cause più credibilmente idonee a cagionarlo, ovviamente in modo indipendente.

[56] Cass. 12 ottobre 2018, n. 25365, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cass. 21 aprile 2016, n. 8035, in *Guida dir.*, 2016, fasc. 29, p. 38; Cass. 31 marzo 2016, n. 6215, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cass. 25 marzo 2016, n. 5961, *ibid.*; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893, cit.; Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, cit.; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, cit.; Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, cit.; Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Danno resp.*, 2013, p. 649, con nota di TASSONE, *Concause,* cit.; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694, cit.; Cass. civ., 8 luglio 2010, n. 16123, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1691; Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1779, con nota di P. ZIVIZ, *La «questione morale»*; Cass. 11 maggio 2009, n. 10743, fra le altre in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1276, con nota di A. QUERCI, *Un ulteriore passo in avanti verso l'autonomizzazione della responsabilità della struttura sanitaria (pubblica)*; Cass. 18 novembre 2008, n. 27337, in *Foro it.*, 2009, I, c. 767; Cass. 13 giugno 2008, n. 15986, in *Giudice di pace*, 2009, p. 27; nonché Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582, cit.

necessariamente in due momenti valutativi: in primo luogo, occorre una valutazione analitica degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza e conservare, invece, quelli che, presi singolarmente, presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, è doverosa una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati per accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno o alcuni di essi"[57].

E la prima massima merita di essere ricordata anche perché essa consente di mettere in evidenza un ulteriore profilo: la Suprema Corte è tanto costante nel predicare l'esigenza che la causalità generale non rimanga tale e sia tarata sulla fattispecie concreta, quanto silente sia sul modo in cui ciò debba avvenire e sia su cosa accade quando tale possibilità non sussiste (il che consentirà di menzionare in chiusura un primo schema alternativo di riferimento).

A ogni modo, qui interessa sottolineare come il *corpus* giurisprudenziale fino a ora formatosi faccia anche emergere con nitidezza la preferenza per un vaglio di natura non matematica, senza ulteriori specificazioni, con l'avallo di buona parte dei commentatori. Esso – in sostanza – risponde al miglior convincimento che il giudice riesce a farsi circa la sussistenza del nesso, del resto in linea con la prevalente accezione che il criterio ha nei sistemi d'origine, cioè in quelli di *Common Law*[58]: pur se non mancano voci che invece sembrano prediligere un vaglio matematico[59]; e altre che negano l'ammissibilità del criterio o gli muovono critiche[60]; anche nella dottrina processualistica[61].

In ultimo, il discorso sulla versione debole del "più probabile che no" viene ripreso da una recente decisione, cioè Cass. n. 13872/2020, secondo la quale la c.d. preponderanza dell'evidenza costituisce la combinazione di due regole, (a) quella del "più probabile che no" e (b) quella della "prevalenza relativa" della probabilità, ispirandosi chiaramente a due importanti saggi[62].

La prima, in specie, "implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa", sicché tra queste due "il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra", perché sarebbe "irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile dell'ipotesi inversa".

La seconda rileva invece "nel caso di c.d. «multifattorialità» nella produzione di un evento dannoso […] ovvero quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre […] che […] abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio […] la regola della «prevalenza relativa» […] implica che il giudice scelga come «vero» l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma".

E dopo tale pronuncia ve ne sono state varie altre che hanno fatto proprio lo schema da essa enunciato[63].

Tutti i profili appena indicati meritano un maggior approfondimento, come esposto nel paragrafo che segue.

5. (*Segue*) L'apprezzamento "matematico" del peso della prova e le catene causali complesse al cospetto delle presunzioni

Alcuni dei problemi delle catene causali complesse vengono ben messi in evidenza dal noto caso CIR-Fininvest, così riassumibile: ricondotta alla Fininvest la corruzione del giudice Metta, emerge che egli aveva avuto un'influenza decisiva sul collegio in cui il medesimo era relatore e sulla decisione assunta dalla Corte d'Appello di Roma nel gennaio 1991, con cui era stato annullato il lodo Pratis del giugno 1990, favorevole a CIR e intervenuto a fronte della mancata esecuzione dell'accordo del dicembre 1988, in forza del quale la stessa CIR avrebbe dovuto acquisire il controllo del gruppo Mondadori. Di qui l'indebolimento della sua posizione negoziale nella trattativa

---

[57] Cass. 7 febbraio 2019, n. 3643, in *Giur. it.*, 2019, p. 746, la quale menziona vari precedenti.

[58] BARONE, *L'onere della prova*, cit., 26 ss.; M. BONA, *Il decalogo*, cit., 55-58, ID., *«Più probabile che no» e «concause naturali»: se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, nota a Cass. 16. Gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, 1657, e ancora ID., *La cassazione rigetta il «modello della causalità proporzionale»*, cit., 1685 ss.; con un ampio ragionamento, PIRAINO, *Il nesso di causa*, cit. 399 ss.; nonché ROSSETTI, *Il danno alla salute*, cit., pp. 382 ss. Per una panoramica sulle regole vigenti nei sistemi di *Common Law*, L. SAPORITO e B. TASSONE, *Loss of Chance in a Comparative Perspective*, in L. MATERA, M. PROTO e P. STANZIONE (a cura di), *Annali del CERSIG – Centro di ricerca sulle Scienze Giuridiche*, Roma, 2020, p. 99 ss.

[59] L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del «più probabile che no»?*, nota a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 323 ss.; M. DI MARZIO, *Terremoto nella giurisprudenza sul nesso di causalità*, in *www.personaedanno.it.*, 2007; nonché – all'interno di una più ampia elaborazione che non è dato di riassumere in questa sede – R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, nota a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, p. 58 ss.

[60] C.M. BIANCA, *Il nesso causale: una nozione oscura in cerca di chiarezze*, in *Leçons du Droit Civil – Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, 2011, p. 133 ss.; CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, cit., p. 272 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, P. 367 ss.; P.G. MONATERI, D. GIANTI e M. BALESTRIERI, *Causazione e giustificazione*, Torino, 2016, p. 247 ss.; S. PATTI e P. RESCIGNO, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, pp. 48-49; nonché P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2ª ed., 2019, p. 657 ss.

[61] Oltre a POLI, *Gli standard della prova in Italia*, cit., c. 2524 ss., L.P. COMOGLIO, *Art. 116 – Valutazione delle prove*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, vol. I, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino, 2012, p. 410 ss.

[62] Il riferimento è a Cass. 6 luglio 2020, n. 13872, cit., nonché a PIRAINO, *Il nesso di causa*, cit., 399 ss., e a M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101 ss., mentre per varie critiche, POLI, *Logica del giudizio di fatto*, cit., p. 424 ss.

[63] Cass. 7 marzo 2022, n. 7355, in *Foro it.*, 2022, I, c. 1664, con nota di CALDORO, *Sull'accertamento del nesso causale da condotta sanitaria omissiva*, Cass. 2 settembre 2022, n. 25884, *id.*, Rep. 2022, voce *Resp. civ.*, n. 64, per esteso in *Danno resp.*, 2023, 79, con nota di NAPOLITANO, *L'accertamento del nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia e la condotta dei sanitari*, Cass. 8 luglio 2022, n. 25886, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Danni in materia civile*, n. 113, per esteso in *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, 2023, II, 207, e Cass. 3 marzo 2023, n. 6386, in *Ced Cass. Civ.*, 2023.

(già in corso al momento della sentenza) volta alla spartizione del colosso editoriale e la conclusione della transazione dell'aprile 1991 a condizioni assai diverse da quelle che, altrimenti, le parti avrebbero concordato[64].

Il Tribunale di Milano ricostruisce la fattispecie in termini di perdita di *chances*, ritenendo che CIR fosse stata privata della consistente possibilità di veder confermato il lodo Pratis, ma – sebbene la sentenza sia legata alla condotta del relatore secondo il criterio del "più probabile che no" – anche che non è del tutto certo che un collegio non corrotto avrebbe adottato una diversa decisione, sicché le probabilità di conferma del suddetto lodo vengono stimate nella misura dell'80%[65].

La Corte d'Appello di Milano, invece, fa leva sull'equazione corruzione = sentenza ingiusta = danno risarcibile, statuendo che è la domanda risarcitoria principale e non quella subordinata da perdita di *chances* a dover essere accolta: una volta accertato il legame fra la corruzione del giudice e la citata sentenza, questa è "*tamquam non esset*", cui si aggiunge che – in assenza del condizionamento di Metta – una corte "normale" mai avrebbe reso quella decisione[66].

La Suprema Corte, infine, conferma in sostanza tale ultima impostazione[67].

Ebbene, la considerazione delle decisioni appena ricordate è intanto utile per formulare alcuni interrogativi sulla stessa individuazione delle "regole tecniche" che sovraintendono all'accertamento del nesso e alla definizione della sua "profondità".

Compendiandoli in due domande: può un accertamento giudiziale che considera quell'evento decisorio nel più ampio contesto della domanda risarcitoria farsi carico di tutte le variabili del caso concreto[68]? O è sufficiente appoggiarsi al (preteso) fatto notorio della maggiore influenza che può avere il relatore, magari mercé la discutibile affermazione per cui, in presenza di una corruzione, la condotta del corruttore è assai "più efficiente che no"[69]?

Dunque, il magistrato deve valutare cos'è veramente successo – quali gli equilibri psicologici, in che modo le singole personalità hanno interagito, da quali elementi sono state influenzate, che ruolo hanno effettivamente giocato, e via dicendo – o si può affidare interamente alla logica per cui *fraus omnia corrumpit*, se del caso traendo una "presunzione" in tale direzione proprio dalla violazione delle regole che stabiliscono in che modo deve raggiungersi la decisione, fra cui l'art. 276 c.p.c. (a valle delle critiche che la norma ha ricevuto circa le conseguenze della segretezza della camera di consiglio)[70]?

Al di là dei molti altri aspetti di interesse, è autoevidente quanto l'uso delle presunzioni diventi centrale rispetto all'accertamento dei vari anelli della catena causale che dalla corruzione del ridetto consigliere relatore perpetrata dal legale di Fininvest (e non da questa direttamente) giungeva fino al danno subito da CIR[71].

Ebbene, anche se non è questa la sede per soffermarci sulle scuole di pensiero che propongono una valutazione "numerica" del peso della prova, alcune delle riflessioni da esse stimolate – si allude alla *new evidence theory* sviluppatasi nel contesto anglo-americano a partire dagli anni' 60 e che ha trovato varie consonanze, fra le altre, nella teoria del valore probatorio di origine scandinava – riguardano proprio i problemi generati dalle catene causali complesse e, di necessità, il modo di applicare ad esse il "più probabile che no"[72].

Lo dimostra chiaramente un esempio attribuito a Richard Eggleston: se per far accertare la responsabilità del convenuto

---

[64] Emergeva infatti che durante la trattativa "pre-sentenza Metta" CIR aveva chiesto 528 miliardi e Fininvest ne aveva offerti 400, mentre la transazione aveva obbligato la prima, sostanzialmente a parità di cessioni azionarie, a un versamento di 365 miliardi.

[65] Trib. Milano, 3 ottobre 2009, in versione integrale in *Le banche dati del Foro Italiano*, archivio *Merito ed extra*, fra gli altri commentata da M. TESCARO, *Danni da perdita di* chance *e danni non patrimoniali nella controversia CIR-Fininvest*, in *La Resp. civ.*, 2010, p. 258 ss.

[66] App. Milano, 9 luglio 2011, in versione integrale in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Merito ed extra*, fra gli altri annotata da B. TASSONE, *Perdita di* chances *e nesso causale nel caso CIR-Fininvest*, in *Danno resp.*, 2012, p. 1067 ss.

[67] Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, cit.

[68] Invero, non era dato di sapere cosa sarebbe accaduto in assenza della corruzione; se gli altri due consiglieri fossero stati "schiacciati" dalla personalità di Metta; se non avessero letto le carte per mancanza di tempo (ad esempio, a fronte della "pressione", magari non imputabile al solo relatore, transitata attraverso il timore di pregiudicare nelle more l'attività di un importantissimo gruppo imprenditoriale); se di Metta si fossero fidati troppo; se il peso della responsabilità li avesse portati a lasciar fare; o se invece fossero pienamente convinti della decisione che andavano ad adottare e poi della motivazione che l'avrebbe accompagnata, fino alla sua ultima parola, seppur affidata alla penna (che non si sapeva etero-diretta) del relatore stesso, potendo proprio la predisposizione del dattiloscritto in tempi da record esser recepita – sempre dagli altri due – quale momento di sollievo invece che di sospetto.

[69] Sul peso del relatore nei collegi, Cass. pen., 16 maggio 2007, n. 35325, *Rovelli*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 177.

[70] Viene in proposito da chiedersi se il modello disegnato dall'art. 276 c.p.c. – secondo cui i giudici non collaborano ma concorrono in piena autonomia alla formazione della deliberazione collegiale – crei una "presunzione di indipendenza delle volontà dei consiglieri" da superare in concreto oppure se la sola dimostrazione di uno scostamento (in disparte il problema di chi debba darla) generi già l'indizio della "fusione delle volontà" dei decisori.

[71] Sull'incidenza delle decisioni in parola rispetto alla ricostruzione della *chance*, sia permesso richiamare TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., p. 54 ss., mentre per l'idea secondo cui lo statuto dell'illecito doloso può essere dotato di forza centrifuga rispetto agli altri elementi della fattispecie, P.G. MONATERI, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. nel caso di sentenza collegiale con asserita corruzione di un suo componente*, in *Danno resp.*, 2012, p. 1094 ss.

[72] Per vari riferimenti alla *new evidence theory*, P. TILLERS e E.D. GREEN (a cura di), *The Boston Symposium – Special Issue*, (1986) Boston University Law Review 66, pp. 377-952. Quanto alla Svezia, va notato che nel 1948 essa è passata da un sistema di prova legale ad uno di libero convincimento del giudice, il che ha stimolato l'elaborazione della teoria di cui nel testo, sulla quale si vedano i vari contributi pubblicati in P. GÄRDENFORS, B. HANSSON e N.E. SAHLIN (a cura di), *Evidentiary Value: Philosophical, Judicial and Psycological Aspects of a Theory*, trad. it. P. Garbolino La *teoria del valore probatorio*, Milano, 1997, il quale apre la collana di "epistemologia giudiziaria" diretta da G. Ubertis. Infine, è appena il caso di notare che le teorie indicate non esauriscono i tentativi di oggettiva misurazione del peso della prova, come ad esempio emerge dalla lettura di G. SHAFER, *A Mathematical Theory of Evidence*, Londra, 1976, nonché di D.A. NANCE, *The Burdens of Proof: Discriminatory Power, Weight of Evidence, and the Tenacity of Belief*, Cambridge, 2016, che in qualche modo riprende l'idea di L. KAPLOW, *Burden of Proof*, (2012) *Yale Law Journal* 121, p. 738 ss., tesa a dismettere le regole sull'onere della prova per fissare lo standard in ragione della combinazione fra le utilità e disutilità legate alla singola attività.

l'attore deve provare i fatti A, B e C, e riesce a dimostrare che ciascuno di essi è avvenuto con una probabilità del 75%, secondo tale Autore il convenuto deve essere condannato al risarcimento dei danni[73].

Ed è qui intanto utile prendere in esame una variante *non* considerata dall'Autore, cioè quella in cui i tre fatti sono *da soli* idonei a cagionare l'evento (e attribuibili al convenuto) con un grado prossimo alla certezza, che a prima vista sembrerebbe porre un tema quasi banale: se i tre fatti possono da soli aver provocato l'evento, è chiaro che l'attore ha la vittoria in tasca. Ma ciò vale solo fino a quando non si profilano altre possibili spiegazioni, perché basta che vi siano altri quattro fatti D, E, F e G – per semplicità, poniamo, tutti muniti della stessa capacità esplicativa rispetto all'evento considerato – e sui quali la prova è stata carente, per giungere a una conclusione opposta.

Sebbene tale esemplificazione possa apparire scolastica e sia inidonea a risolvere le ben meno stilizzate vicende che si presentano all'attenzione dei giudici, essa vale ad approfondire il discorso sollecitato dalla fattispecie di cui sopra.

Considerando ad esempio il caso del pallino anonimo – che si è posto in vari quadranti dell'esperienza giuridica – in cui non si sa quale dei due cacciatori che hanno entrambi sparato al levarsi in volo di un uccello abbia colpito il terzo compagno di ventura, si faccia l'ipotesi che l'attore sia stato attinto da sette colpi di fucile, ciascuno dei quali ha colpito un organo vitale, con tre colpi esplosi dal fucile di Tizio e quattro dalle armi di Caio e Sempronio in misura paritaria fra i due, senza che i singoli proiettili siano riconducibili ad alcuno degli strumenti di fuoco oggetto del giudizio[74].

In tale evenienza la versione forte del "più probabile che no" dovrebbe portare a respingere la domanda (perché è più probabile che no che il proiettile venga da un altro fucile, in quanto la somma di quelli esplosi da altre armi è superiore al numero di quelli sparati da Tizio); mentre quella debole porterebbe certamente ad accoglierla (è più probabile che no che il proiettile venga dal fucile di Tizio, perché ne ha sparati più di Caio e di Sempronio).

Una lieve modifica dell'esempio – assumendo che anche Caio ne abbia esplosi tre e Sempronio uno solo – dimostra tuttavia la fragilità del criterio, dacché in tale seconda ipotesi la condotta di Tizio ha esattamente la stessa probabilità di quella di Caio di aver sparato la pallottola mortale, sicché la domanda dev'esse respinta.

Ove poi non si sappia chi ha fatto partire gli altri proiettili o (riprendendo, con qualche modifica, un esempio di Hart e Honorè assai citato) quale dei due eredi abbia forato la borraccia del ricco zio avventuratosi nel deserto per farlo morire di sete, non sapendo che l'altro erede vi aveva introdotto del veleno, è chiaro che la schematizzazione afferente alla sussistenza di più cause indipendenti pone sotto altro profilo il tema della gestione dell'incertezza[75].

Tali esempi dovrebbero dunque portare ad affermare che una corretta applicazione del "più probabile che no" implica la responsabilità del convenuto quando la sua condotta è causa dell'evento secondo un grado di credenza maggiore di *tutte* le altre entrate nello spettro dell'indagine giudiziale, sicché le due variazioni sul tema del pallino anonimo verrebbero decise nel medesimo modo: il che appare coerente con la considerazione per cui la diversa maniera in cui si atteggiano le circostanze relative agli altri due cacciatori non apporta alcuna modifica al disvalore in generale e all'incidenza eziologica in particolare legati alla condotta di Tizio.

Di poi e tornando invece all'esempio di Eggleston per come formulato – cioè considerando i tre fatti A, B e C assolutamente dipendenti, nel senso che senza la prova anche solo di uno di essi non è dato di affermare la responsabilità del convenuto –, nonostante l'errore di calcolo che lo caratterizza esso consente di mettere splendidamente in luce le difficoltà che si celano dietro alla formula del "più probabile che no" rilevate nel caso CIR-Fininvest: se ciascun fatto è provato con una probabilità del 75%, la loro moltiplicazione – a dispetto di quanto afferma l'Autore stesso –, dovrebbe condurre alla negazione della responsabilità del convenuto, per la banale ragione che il loro prodotto (75% x 75% x 75%) porta a una cifra inferiore al 50% invece che superiore al "*more likely than not*".

Tale considerazione mette allora in evidenza come l'esito della domanda possa effettivamente dipendere (*i*) da quanto vicina ai fatti sia la lente adottata dal giudice, (*ii*) dalla loro considerazione in modo "congiunto" o "disgiunto" (per le ragioni di cui in appresso) e (*iii*) da quanto incisiva è la sintesi che ne viene fatta, cioè dal grado di scomposizione del nesso che si decide di porre in essere.

Più in chiaro, se le cause del danno subìto da CIR si fanno derivare (1) dall'influenza del relatore corrotto sul collegio giudicante e (2) dal conseguente ribaltamento delle posizioni di forza nella trattativa, il prodotto delle probabilità si colloca tranquillamente al di sopra del 50%. Se, invece, la catena causale viene scomposta (1.a) nella riconducibilità a Fininvest dell'attività di Metta, (1.b) nella sua corruzione, (1.c) nella sua influenza sul collegio, e via dicendo, l'esito è ovviamente opposto, sempre attribuendo a ciascuna, per semplicità, il valore di 0,75 su 1 (cioè una credibilità dello "75%").

Passando al profilo di cui *sub* (*ii*), un giudice potrebbe però ragionare in maniera diversa, argomentando nel senso che è più probabile che no che l'attività di Metta sia riconducibile a Fininvest (sicché lo 0,75 passa a 1); è più probabile che no che il relatore abbia avuto un'influenza determinante sul collegio, ad esempio per via del fatto che le decisioni erano state prese a maggioranza, per cui bastava che egli avesse

---

[73] In realtà, l'esempio è formulato da R. EGGLESTON, *Evidence, Proof and Probability*, 2ª ed., Londra, 1983, trad. it. D. Romizi, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, Milano, 2014, p. 50 ss., al fine di criticare il pensiero di L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, all'interno di un discorso più ampio e complesso: ma per i fini di cui nel testo lo prenderemo così com'è.

[74] Si veda Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 79, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1347, con nota di G. PONZANELLI, *«Pallino anonimo», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di «welfare state»*, nonché – per lo Stato della California – *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948), mentre per una panoramica sulla situazione europea, C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, p. 287 ss., nonché W. VAN GERVEN, J. LEVER e P. LAROUCHE, *National, Supernational and International Tort Law*, Oxford, 2000, p. 430 ss.

[75] HART e HONORÉ, *Causation in the Law*, cit., p. 321 ss.

fatto cambiare idea ad uno solo degli altri due (sicché anche qui lo 0,75 passa a 1); è più probabile che no che la stessa corruzione di Metta vi sia stata, perché già accertata in sede penale sebbene con una sentenza non vincolante per le diverse parti in causa nel giudizio civile (per cui nuovamente lo 0,75 passa a 1), e così via; dunque, tutto considerato, è più probabile che no che il danno sia stato cagionato da Fininvest perché *ciascun* anello della catena singolarmente considerato supera il test e la domanda di CIR va accolta.

Un tale modo di procedere "a stadi" – tuttavia – non sarebbe corretto nella prospettiva della teoria delle probabilità, le quali si sommano (per dare 1 come risultato) solo quando sono mutuamente escludenti, sì da dover essere moltiplicate negli altri casi: altrimenti – il punto diviene ora più evidente – la stessa scomposizione del nesso in vari anelli porta a una artificiale "sterilizzazione" dell'incertezza connessa, seppur diversamente, a ciascuno di essi[76]. E tale considerazione consente di mettere in luce che l'approccio che procede "per esclusione", vagliando la probabilità dell'ipotesi assunta come vera dall'attore a confronto con quella contraria, pare corretto solo rispetto alle circostanze costituenti vere e proprie spiegazioni alternative che la vicenda portava in esponente[77]: come più in generale mette in evidenza anche la letteratura nordamericana nel trattare il tema della congiunzione, che sarà fra un attimo ripreso[78].

In definitiva, se l'apprezzamento della fattispecie fosse eccessivamente sincretico, ciò farebbe transitare immediatamente il 75% attribuito a ciascuna causa al complesso dei fatti allegati dall'attore, portando più agevolmente all'accoglimento della domanda, nonostante l'incertezza che contorna l'applicazione del nesso; mentre una sua eccessiva parcellizzazione farebbe più facilmente ritenere la domanda infondata.

Trovare un punto di equilibrio (magari fissando standard più rigorosi) non è facile e la questione è certamente meritevole di approfondimento, potendosi qui solo notare che un qualche contributo lo può dare il dibattito svolto nel corso di un simposio sull'inferenza probabilistica nel diritto delle prove tenuto a Boston nel 1986, nonché quello – ancora in esse – che si è sviluppato a valle di esso[79].

Limitandoci a citare il lavoro di uno degli Autori che più ha contribuito alla sua origine, esso offre lo spunto per notare che a fronte di una spiegazione eziologica dell'attore che appaia convincente – poniamo – al 40%, allo stesso convenuto conviene di più che il suo silenzio abbracci il restante 60%, invece che metterlo in discussione: perché, in definitiva, la negazione della tesi attorea offre di per sé "tutte le versioni rilevanti della realtà"[80]. E così si ritorna per altra via al tema della gestione dell'incertezza: in assenza di una specifica attività assertiva da parte dell'attore sui decorsi alternativi non è certo il convenuto a dover mettere in discussione che, se il primo afferma A con una probabilità p, la tesi contraria B è probabile nella misura di pB = (1 – pA), nel suddetto esempio (100% – 40% =) 60%.

È peraltro chiaro che, in presenza di eventi eziologicamente incerti, possono essere le parti stesse ad aver interesse a proporre più di una plausibile spiegazione, il che non deve però ridondare in danno del convenuto[81]. Dunque, anche al fine di evitare che il convenuto sia disincentivato dal fornirne una propria – oltre che per le ragioni illustrate all'inizio del paragrafo – sembra preferibile prediligere ancora la versione "forte" del "più probabile che no": richiedendo all'attore di dimostrare che la sua tesi è la più credibile in assoluto e non tramite un confronto singolare con le altre possibili spiegazioni causali. Del resto, se il convenuto si limita a contestare la tesi attorea, lo stesso si assume il rischio di una minore efficacia della sua difesa, oltre che quello connesso ad una maggiore "ristrettezza" dello spettro dell'indagine, una volta ribadito che non è il giudice a dover ricercare spiegazioni alternative[82].

Al riguardo, sembra a prima vista di più difficile soluzione la fattispecie in cui la tesi dell'attore sia probabile al 40% e quella del convenuto al 30%, poco sapendosi su cosa accade nel restante 30% delle spiegazioni possibili[83]. Ma se tale "ambito" rimane estraneo all'istruttoria, si deve concludere che esso non ha alcun rilievo e che l'attore ha invece dimostrato la propria tesi in via preponderante, cioè nella misura di 4/7: ancora a dimostrazione del fatto che il giudice, nel processo civile, non deve andare d'ufficio alla ricerca dei decorsi alternativi perché ciò, fra le altre cose, comporterebbe una "diluizione" della prova fornita dall'attore, sicché la questione appartiene certamente alla sfera dei fatti estintivi. Se invece, durante l'istruttoria, emerge una spiegazione alternativa di pari efficacia causale, cioè sempre al 30%, la domanda dovrà essere rigettata[84].

---

[76] Il discorso qui svolto sulla moltiplicazione o sulla somma delle proababilità in merito a fatti idonei a cagionare l'evento è ovviamente diverso da quello inerente al peso di esse con riguardo alla convergenza delle prove su un singolo fatto, per il quale EKELÖF, *Le mie riflessioni*, cit., p. 11 ss.

[77] Ad esempio, si tratta della circostanza per cui pure un collegio incorrotto avrebbe potuto adottare analoga soluzione, rafforzata dalla considerazione per cui la corte romana era fra quelle più attrezzate a decidere sulle impugnazioni dei lodi.

[78] R.J. ALLEN e A. STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, (2013) Arizona Law Review 55, p. 557 ss.

[79] Si vedano i contributi editi in TILLERS e GREEN, *The Boston Symposium*, cit., pp. 377-952., nonché gli altri lavori citati nelle note che precedono e seguono.

[80] R. LEMPERT, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the process of proof*, (1986) Boston University Law Review 66, p. 472.

[81] Peraltro, in tal caso non si può certo accogliere l'idea di assumere un approccio per così dire "olistico" procedendo alla considerazione "collettiva" delle probabilità di ciascun gruppo di spiegazioni, perché ciò porterebbe le parti a prospettare strumentalmente il massimo numero di ipotesi solo nell'auspicio che la propria "somma" sia più alta di quella altrui, come ricorda R.J. ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, (1986) Boston University Law Review 66, p. 401 ss.

[82] Si tratta ovviamente di una evenienza che può essere apprezzata diversamente dal singolo sistema processuale, come si dirà nel trarre alcune conclusioni da quanto esposto.

[83] ALLEN, *A Reconceptualization of Civil Trials*, cit., ove si assume che vi siano 10 possibili cause del danno di identico peso, che l'attore ne abbia provate 4 e il convenuto 3, da cui la genericità delle proposizioni di cui nel testo.

[84] Similmente LEMPERT, *The New Evidence Scholarship*, cit., pp. 473-474, che raggiunge la conclusione facendo leva su quanto si ritrae dalle regole inerenti alla "spoliation inference" in danno della parte che doveva e poteva fornire prove che ha volutamente evitato di offrire.

Ovviamente, tutto il discorso appena svolto non sta considerando volutamente né il fatto che il modo di intendere il "più probabile che no" prescinde molte volte da un vaglio matematico, scartato il quale un'autorevole e già menzionata dottrina propone il cennato test bifasico[85]; né che quel vaglio non vale a sciogliere il nodo circa le opposte conclusioni cui conduce una valutazione "a stadi" o d'insieme.

Anzi, sviluppando una linea di ricerca altrove avviata, va notato che proprio il tema della combinazione delle probabilità è via via divenuto nella letteratura nordamericana uno di quelli principali, denominato dopo le prime indagini come vero e proprio "*conjunction paradox*"[86]: non a caso affrontato da taluni mercè l'elaborazione di modelli matematici che comparano uno per uno i singoli assunti (appunto per evitare che la semplice negazione della tesi attorea indebitamente "sommi" al suo interno tutte le spiegazioni alternative)[87]; oppure usando la multivalente logica *fuzzy* e intendendo la probabilità minima dai vari elementi considerati come quella comune al set complessivo di essi, una volta preso atto che "[i]n a sea of uncertainty, [belief] is an island of credence"[88]; mentre altri affermano che detto paradosso non riguarda una caratteristica del pensiero, bensì del mondo, sicché lo stesso può solo essere (letteralmente) "addomesticato", ad esempio ricorrendo ad una valutazione d'insieme tramite la teoria della "plausibilità relativa" che molto ha in comune con il ragionamento abduttivo[89]; e che è peraltro affine alle proposte di parte della dottrina italiana[90].

Lo spaccato offerto, insomma, è ben lontano da portare a soluzioni definitive.

Tuttavia, per quanto possano apparire astratte, le stilizzazioni qui riassunte offrono il destro per riflettere in generale sugli schemi applicativi del "più probabile che no" al cospetto della semplice negazione della tesi dell'attore, dell'introduzione nel giudizio di altre spiegazioni (e del livello di "credibilità" che esse debbono avere per non costituire mere ipotesi astratte che, come detto, servono solo a "diluire" l'efficacia della spiegazione eziologica fornita dall'attore) o della ipotesi in cui la loro stessa esistenza non sia conosciuta.

Ed è anche chiaro che si tratta di schemi validi soprattutto quando le dinamiche causali della fattispecie sono ricostruibili in modo "orizzontale", derivandone implicitamente il suggerimento di approfondire il discorso su quelli da impiegare in presenza di una complessa "causalità verticale", come si è detto caratterizzati da eventi che si collocano in una relazione spazio-temporale assai dilatata e sulla quale incidono una pluralità di fattori causalmente rilevanti[91].

In questa sede, peraltro, interessa soprattutto svolgere alcune riflessioni che valgono a mettere a raffronto i citati temi con l'elaborazione in tema di presunzioni.

In primo luogo, il dibattitto sul livello di rarefazione dell'analisi delle catene causali complesse riguarda indirettamente, ma in modo pregnante, le presunzioni. Invero, se due anelli della catena fossero *entrambi* dimostrati soltanto tramite tale mezzo di prova, ne deriverebbe un possibile contrasto con il c.d. divieto di operare una *presumptio de presumpto*, almeno per chi lo rinviene nella disciplina vigente[92]: salvo notare che alcune pronunce hanno messo in discussione la stessa esistenza del divieto, mentre più di recente si è affermato che esso è operativo, ma che il rilevato contrasto giurisprudenziale è solo apparente, perché "la premessa dell'ulteriore presunzione non è rappresentata da fatti incerti, ma da un fatto noto, ancorché accertato, a sua volta in via presuntiva"[93].

---

[85] TARUFFO, *La prova del nesso*, cit., p. 128 ss., ove si afferma che occorre prima verificare che l'ipotesi attorea sia più convincente del suo contrario in termini "assoluti" e che, solo successivamente, si potrà valutare se essa risulta anche più credibile delle altre in senso però "relativo".

[86] Per detta linea di ricerca sia consentito richiamare TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., 215 ss.

[87] Ad esempio, E.K. CHENG, *Reconceptualizing the Burden of Proof*, (2013) Yale Law Journal 122, p. 1254 ss.

[88] K.M. CLERMONT, *Common Sense on Standards of Proof*, (2018) Seton Hall Law review 48, p. 1057 ss.

[89] ALLEN e STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, cit., p. 574.

[90] Si confrontino i contributi citati alla nota 22 con l'affermazione per cui, ad esempio, "factfinders receive evidence from the parties and evaluate the significance of that evidence through their collective experience about how the world works", sicché il sistema richiede all'attore di dimostrare che "of all the ways the universe might have been on the day in question, half plus one favor liability", formulata da ALLEN e STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, cit., p. 561: sicché cui "[t]o win the plausibility contest, evidence that a party relies upon must unfold a narrative that makes sense to a natural reasoner: a layperson. There is no algorithm for «plausibility» the variables that inform judgments of plausibility are all the things that convince people that some story may be true, including coherence, consistency, coverage of the evidence, completeness, causal articulation, simplicity, and consilience (understood as the breadth of the explanation)" (p. 562).

[91] Ne offrono una conferma, oltre al citato caso CIR-Fininvest e altri menzionati nel corso dell'esposizione, il settore delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi amministrativi e di controllo delle società di capitali soprattutto a opera delle curatele, non di rado ispirate dal tentativo di riunire tutta l'erba in un fascio: una volta che il danno (a sua volta ricavato dal discutibile e già citato criterio dello "sbilancio fallimentare") sia chiesto a tutti indistintamente, come si valuta l'incidenza (verticale) delle condotte degli organi collegiali che si sono succeduti, magari per brevi periodi, e poco prima della dichiarazione di fallimento, nella interazione con quella (orizzontale) dei componenti di ciascuno singolarmente considerata)? In che modo viene civilisticamente regolata – sotto il profilo della responsabilità – la successione nelle posizioni di garanzia che caratterizzano la struttura delle medie e grandi imprese? Con riserva di approfondire il tema altrove, sulla successione nelle posizioni di garanzia in prospettiva penalistica e con esame della giurisprudenza, per tutti V. MASÌA, *La causalità nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte Suprema di Cassazione*, in R. PUCELLA e G. DE SANTIS (a cura di), *Il nesso di causalità – Profili giuridici e scientifici*, Padova, 2007, 168 ss., mentre sulle azioni civili delle curatele, N. ROLDAN ALZATE, *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*, Padova, 2016, p. 178 ss.

[92] In giurisprudenza, Cass. 12 maggio 2020, n. 8814, in *Foro it.*, 2020, I, 3556, con nota di G. FABBRIZZI, *«Praesumptio hominis», libero convincimento e diritto alla* prova, nonché Cass. 18 gennaio 2019, n. 1278, *id.*, Rep. 2019, voce *Presunzione*, n. 5, Cass 24 luglio 2013, n. 17953, *id.*, Rep. 2013, voce *Tributi in genere*, n. 1153, Cass. 9 aprile 2002, n. 5045, *id.*, Rep. 2002, voce *Presunzione*, n. 2, Cass. 22 febbraio 2001, n. 2612, *id.*, Rep. 2001, voce *Contratto in genere*, n. 299, nonché Cass. 28 gennaio 1995, n. 1044, *id.*, Rep. 1995, voce *Presunzione*, n. 8. In dottrina, per tutti, TARUFFO, *Le prove per induzione*, cit., p. 1113 ss.

[93] Premesso che il riferimento è a Cass. 1° agosto 2019, n. 20748, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Presunzione*., n. 6, nonché a Cass. 16 giugno 2017, n. 15003, *id.*, Rep. 2017, voce *Tributi in genere*, n. 1110, l'opera di ricomposizione si deve secondo la stessa Suprema Corte a Cass. 12 maggio 2020, n. 8814, cit.

A ogni modo, a prescindere da come il divieto si voglia intendere, è chiaro che ove esso fosse superato tramite una visione "sincretica" della singola vicenda causale, un dubbio sul se tale operazione non ridondi nella sua elusione permarrebbe comunque: anche perché alcuni degli argomenti tradizionalmente addotti per giustificarlo non a caso presentano una straordinaria assonanza con i problemi eziologici qui esaminati[94].

In secondo luogo, proprio il dibattitto sulle criticità della applicazione a "stadi" dei singoli anelli della catena causale del "più probabile che no" – che porta a denunciare un'artificiale sterilizzazione dell'incertezza, sì da propiziare una applicazione della *chance* per "reagire" su essa – si riverbera sul requisito della "gravità" di cui meglio si dirà in appresso[95]: se esso sussiste rispetto a ciascun anello, si può affermare lo stesso quando la combinazione dei singoli elementi della catena ha di fatto espunto dal giro l'attribuzione dell'evento di danno, in via complessivamente maggioritaria, ad altri fattori?

In terzo e ultimo luogo, non sembra ovviare a tali problemi il più volte richiamato test bifasico. Alcuni, in modo logicamente ineccepibile, ne rinvengono il fondamento nella considerazione per cui ciascuna tesi causale dovrebbe essere ritenuta sufficientemente attendibile di per sé, prima di essere confrontata con le altre: il che sembra però scontrarsi con alcuni insuperabili rilievi concreti[96].

Intanto, una tesi causale assai difficilmente può considerarsi "più probabile che no" per così dire nel "vuoto pneumatico", senza essere messa a raffronto con *tutte* le emergenze processuali.

Di poi, è matematicamente impossibile che una tesi più probabile del suo astratto contrario al 50%, divenga meno credibile nel confronto con le altre spiegazioni causali; e – se ciò avviene – vuol dire che o l'una proposizione (quella della preponderanza dell'evidenza) o l'altra (quella di una rilevanza minore della soglia) è sostanzialmente errata: con l'ulteriore conseguenza per cui risponde ad una sostanziale illusione l'affermazione per cui le singole tesi si confrontano nella seconda fase singolarmente, perché esse sono state già "abilitate" nella prima grazie al "più probabile che no". In definitiva, se l'attore convince il giudice circa il fatto che la sua ricostruzione è al 40% più credibile delle due ipotesi antagoniste, dotate ciascuna di una persuasività del 30%, non è dato di sostenere che tutte e tre erano, in astratto e in una prima fase, più credibili che no al 50% *plus unum*.

E anche tale discorso, in fondo, ridonda sull'apprezzamento delle presunzioni, almeno una volta che esse siano ricostruite quale strumento omologo, probatoriamente parlando, ai meccanismi di accertamento del nesso, secondo una prospettiva che merita ora uno sguardo più ravvicinato.

6. Causalità materiale e causalità giuridica nel prisma del "più probabile che no" e un quesito: è esso è applicabile al ragionamento presuntivo?

In ultimo cenno al caso CIR-Finivest appare doveroso alla luce della notazione di cui in premessa: quella per cui, con una presa di posizione innovativa, la Cassazione ripropone un'analisi causale in termini di "più probabile che no" allargata all'indagine inerente alla causalità giuridica e per la valutazione delle presunzioni[97].

Senza poterci qui addentrare nel dibattito sul doppio nesso, proprio tale passaggio va valorizzato, in quanto prodromico a una concezione sempre più funzionale – in tal senso "giuridica" – della causalità, anche se esso non pare allo stato del tutto consolidato[98]: una delle decisioni rese nel menzionato "progetto sanità" affermerà infatti che il "ciclo della causalità materiale" è soggetto alla regola fondata sull'esame delle circostanze concrete del "più probabile che no", mentre quello

---

[94] Per tutti, TARUFFO, *Le prove per induzione*, cit., p. 1113, secondo il quale "[q]uesta regola - non scritta - si fonda probabilmente sull'esigenza di evitare che la prova del fatto ignorato derivi da una concatenazione di inferenze che finirebbe con l'indebolire la presunzione finale relativa al fatto ignorato, rendendola inadeguata a fornirne la conferma probatoria di tale fatto", con l'aggiunta per cui "[e]ssa sembra […] trarre origine da una non chiara intuizione secondo la quale in una concatenazione di inferenze quella successiva sarebbe comunque più debole della precedente, sicché per definizione la presunzione di secondo grado non sarebbe attendibile, e ancor meno lo sarebbero quelle di terzo o di quarto grado", pur optando poi per una valutazione singolare degli "anelli della catena delle inferenze" (pp. 1114-1115).

[95] Sul modo di applicare la *chance* di cui nel testo sia consentito un altro richiamo a TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, cit., p. 54 ss. e 221 ss.

[96] Di nuovo, per una enunciazione assai chiara, DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso causale*, cit., 588 ss.

[97] Per ampi riferimenti di letteratura sulla causalità giuridica, TRAVAGLINO, *La questione dei nessi*, cit., p. 133 ss., nonché G. GRISI, *Art. 1223 - Risarcimento del danno*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1217)*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2012, p. 154 ss.

[98] Per la riaffermazione del principio in tema di causalità giuridica, Cass. 26 giugno 2018, n. 16803, in *Foro it., Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, nonché Cass. 8 febbraio 2021, n. 2907, cit., e Cass. 30 aprile 2018, n. 10320, *ibid.*, notando che però torna a fare riferimento alla "regolarità causale" Cass. 16 novembre 2020, n. 25877, *ibid*. Sul tema che qui interessa le uniche due pronunce che espressamente sostengono la posizione di cui nel testo sono Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, cit., e Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, cit. Se ne riscontrano però altre in cui l'affermazione è meno nettao o l'apprezzamento delle presunzioni pare "incluso" in quello del "più probabile che no", senza alcuna menzione dei criteri della gravità, precisione e concordanza, sicché esse sembrano conformarsi per implicito a detto insegnamento, come emerge da Cass. 11 febbraio 2014, n. 3010, *ibid.*, secondo la quale "[n]el caso in esame la Corte di merito avrebbe dovuto accertare se […] fosse «più probabile che non» che l'operaio avesse lasciato la lampada accesa", rilevando che "[l]a Corte ha bensì menzionato tali principi, ma non ne ha tenuto alcun conto, sull'erroneo presupposto che, nel caso in esame, l'individuazione del nesso causale sulla base di elementi probabilistici - *elementi che stanno anche alla base del sistema logico-operativo delle prove presuntive* - avrebbe imposto di applicare una doppia presunzione" (corsivo aggiunto); Cass. 25 marzo 2016, n. 5961, *ibid.*, secondo la quale "non essendo stato mai neppure ipotizzato […] che il contagio [di un bambino in tenera età] fosse avvenuto tramite la madre durante la vita intrauterina, la mancata tracciabilità di ben quattro infusioni di plasma era elemento presuntivo più che sufficiente a ritenere raggiunta la prova del nesso di causalità, in ossequio al principio del più probabile che non"; Cass. 1° giugno 2017, n. 13884, *ibid.*, per la quale "in ipotesi di causalità omissiva […] trova […] applicazione, nella valutazione sulla base di presunzioni, la regola del «più probabile che non»"; Cass. 8 gennaio 2020, n. 122, *id.*, 2020, I, c. 1249, nonché Cass. 2 dicembre 2020, n. 27556, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*, per le quali il "più probabile che non […] richiede un apprezzamento non isolato bensì complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a disposizione".

della causalità giuridica ad "un nesso di regolarità eziologica che riconduce al primo tanto gli effetti dannosi diretti quanto quelli indiretti ove oggettivamente prevedibili quali effetti che derivano o che deriveranno -secondo l'«*id quod plerumque accidit*» - dalla lesione personale"[99].

Or bene, se la distinzione fra le due causalità può essere certamente utile a fini didattici e per governare la delimitazione del danno risarcibile, si deve però ammettere che una chiara separazione fra il legame naturalistico che dalla condotta porta all'evento di danno e quello giuridico concernente la selezione delle conseguenze da esso derivanti è possibile solo ove, a monte, non vi siano intersezioni fra il problema della ricostruzione storico-fattuale della vicenda e quello dell'individuazione dei pregiudizi risarcibili: se si vuole, fra le domande "chi è il responsabile?" e "di quali danni egli si deve fare carico?"[100].

La differenziazione è netta, ad esempio, quando – una volta appurato che un soggetto ha certamente subìto gravi lesioni personali per via della condotta di un sanitario – ci si chiede per quali voci di danno egli possa agire e, dunque, quale sia esattamente il contenuto dell'obbligazione risarcitoria. Lo è di meno – anzi si offusca – laddove (di nuovo lasciando da parte i problemi della *chance*) ci si chieda se il soggetto investitore sia responsabile, o no, anche del suicidio che la vittima compie dopo un anno e mezzo mentre è ricoverata in ospedale, cioè non solo di un pregiudizio diverso da quello causato dal danneggiante, ma anche di un'evenienza che, in questo e altri casi, mette in esponente la drasticità dello schema proposto dalla *condicio* nella sua forma pura[101].

Si può allora concordare con l'autorevole voce secondo cui la questione attiene in definitiva a due distinti profili di significatività del problema causale, vale dire quello dell'incertezza in merito alla concatenazione degli eventi e quello dell'individuazione del segmento di tale concatenazione suscettibile di rilevanza alla luce di una vera e propria opera di qualificazione frutto dell'umano intelletto[102]: cui aggiungere che, secondo altra autorevole opinione, in senso scientifico-naturalistico la causalità è l'intrecciarsi di tutti gli stati del mondo concomitanti all'evento, in senso giuridico essa è la delimitazione dell'ampiezza della relazione eziologica che esclude fattori non pertinenti[103].

Dunque, anche a voler mantenere la distinzione fra causalità "naturale" e "giuridica", va scongiurato l'equivoco per cui la prima sarebbe squisitamente "in fatto" e la seconda solo "in diritto"[104]. E la citata presa di posizione della Suprema Corte nel caso CIR-Fininvest fa prediligere un approccio in forza del quale, una volta raggiunte le proprie conclusioni sui dati afferenti alla causalità materiale, il giudice dovrebbe passare a una valutazione prettamente giuridica del nesso prima ancora di porsi la questione del *quantum*. Del resto, l'applicazione del "più probabile che no" sia all'una sia all'altra causalità – oltre che al regime delle presunzioni – è animata da un'intima coerenza, perché mira a raccogliere i tanti rivoli dell'accertamento causale nell'unico fiume dell'apprezzamento probabilistico: con assunto che trova conferma in uno sguardo d'insieme sugli orientamenti invalsi in tema di presunzioni.

In proposito, rinviando al contributo che nel presente volume ricostruisce l'evoluzione in materia, non sembra un caso che le posizioni più risalenti abbiano tentato di definire la relazione tra il fatto noto e quello ignoto facendo leva su logiche vicine allo schema del sillogismo giudiziale – che presenta evidenti assonanze con quello nomologico-deduttivo – oppure su "calcoli quantitativi mutuati dalle teorie statistiche"[105]: per richiamare, fra gli altri, i criteri della "certezza morale" e della "verità legale", i quali non a caso replicano (o anticipano) formule che hanno caratterizzato pure l'evoluzione in tema di accertamento del nesso (e di perdita di *chances*)[106].

Quanto alla giurisprudenza, similmente, sempre in tempi non recenti si pretendeva che il risultato dell'inferenza fosse legato a criteri di assolutezza, postulando che l'esistenza del fatto ignoto dovesse conseguire da quella del fatto noto come univoca o necessaria conseguenza[107]. Più di recente, come anticipato, si è fatto invece riferimento a criteri probabilistici – se del caso richiedendo che dal fatto noto potesse derivare *solo* quello ignoto e non altri con esso incompatibili – oppure "alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*", di nuovo usando categorie che, come pure si è detto, connotano gli attuali orientamenti relativi alla causalità[108].

E proprio tali convergenze, dunque, ci conducono ad avviare le riflessioni conclusive.

---

[99] Cass. 11 novembre.2019, n. 28990, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria in cassazione*, cit., c. 233 ss. e, ancor prima, Cass. 25 settembre 2018, n. 22684, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, nonché Cass. 25 gennaio 2017, n. 1939, *ibid.*, che richiama Cass. 5 febbraio 2014, n. 2632, Cass. 14 novembre 2006, n. 24211, nonché Cass. 16 novembre 2005, n. 23079, tutte in *ibid.*, anche se, in realtà, solo le prime due sono in termini.

[100] PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., 214 ss.

[101] Fra le altre, Cass. 7 febbraio 1996, n. 969, in *Foro it.*, 1996, I, 2482, nonché Cass., Sez. Lav, 23 febbraio 2000, n. 2037, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1655. Quanto alle *chances*, è chiaro che laddove si ammetta che la semplice perdita di quelle di non subire le lesioni è ristorabile, l'*an* dipende necessariamente dal *quantum* e viceversa.

[102] G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.

[103] Così MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 160.

[104] Nel senso che sarebbe meglio parlare di "causalità giuridicamente rilevante" piuttosto che di causalità giuridica, per ragioni non solo terminologiche, anche A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7 ss., ove un intenso confronto critico con lo schema elaborato da Gino GORLA di cui si è detto.

[105] Al riguardo, R.M. DE ANGELIS, *Ragionamento presuntivo e probabilità della sussistenza del fatto ignoto*, in questo Volume, che si è potuto leggere in anteprima per gentile concessione dell'Autrice.

[106] Rispettivamente, C. LESSONA, *Teoria delle prove delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze, 1895, p. 90 ss., e L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1980, p. 300. Per l'approccio più moderno, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 444 ss. e ancor prima, soprattutto con riferimento all'uso delle massime di esperienza, ID., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 98 ss.

[107] Fra le ultime, Cass. 9 giugno 1971, n. 1719, in *Giust. Civ. Mass.* 1971, p. 933, con nota di richiami ove altri riferimenti, e in dottrina – per una rilettura del criterio della "univocità" – TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 446 ss.

[108] Rispettivamente, Cass., Sez. Lav., 6 ottobre 1999, n. 8489, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 902, e Cass., 28 novembre 1998, n. 12088, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, da un lato, nonché Cass. 21 gennaio 2020, n. 1163, *id.*, 2020, I, c. 1658, cui aggiungere –

7. Cenni all'area tipica del "più probabile che no"

Come si è anticipato, la letteratura in materia di causalità evidenzia chiaramente quanto le declamazioni giudiziali e dottrinali sul nesso possano essere distanti dalle regole realmente applicate, non solo in Italia, cui si aggiungono non poche incoerenze nella soluzione data, di volta in volta, a casi simili o persino identici, nonché la sconfortante conclusione per cui la causalità "certa" è morta[109]. Inoltre, un'attenta analisi della giurisprudenza dimostra che tale divario e tali incongruenze passano spesso per l'applicazione dei "regimi processuali" del nesso di cui in premessa – fra i quali si possono annoverare le presunzioni giurisprudenziali, nonché l'uso di quelle semplici, quando esso è troppo "disinvolto" o finisce per appiattirsi sulle prime –, il che genera una duplice difficoltà[110].

In primo luogo, molte delle categorie richiamate evocano appunto istituti di carattere prettamente processuale sicché dovrà essere il dialogo con i processualisti a contribuire a mettere ordine. Di poi, poiché si tratta di categorie di origine – o fattiva elaborazione – soprattutto pretoria, non è raro riscontare sentenze che sono decise all'insegna di una ma che, a veder bene, si sarebbero potute ricondurre anche ad un'altra di esse, per cui è probabilmente impossibile un'*actio finium regundorum* che aneli a un'assoluta nettezza di contorni.

Peraltro, senza poterci qui soffermare su ciascuno di tali regimi, è evidente che la partita si gioca perlopiù sul piano dell'inversione dell'*onus probandi*, che – come si è detto – è il tipico effetto delle presunzioni *iuris tantum*[111]. E uno sguardo a compasso allargato sulla giurisprudenza porta facilmente a concludere che la tecnica dell'inversione viene utilizzata nei casi più disparati. Non per nulla la dottrina processualistica ha individuato nell'art. 2697 c.c. una vera e propria "norma in bianco"[112]: mentre quella civilistica ha inventariato vari fattori e situazioni che – con una forte divaricazione fra la regola enunciata e quella realmente resa operativa – la determinano[113].

Tuttavia, l'inversione non dovrebbe mai scattare – per così dire – per forza propria, ma piuttosto costituire l'effetto di una regola o di una fattispecie astratta ben delineata, sì da legare ognuno dei ridetti regimi ad una giustificazione normativa oppure ad una precisa scelta di *policy* che poi aiuti a definirne i contorni. Il punto è cioè quello di capire quando ne ricorrano gli estremi e quali possano essere le *rationes* che portano a incidere sull'onere delle parti di compiere le attività processuali volte a superare le preclusioni assertive e istruttorie, all'interno di un più generale quadro di riferimento.

Ebbene, una volta ricordato che il "più probabile che no" impone di optare per la tesi più credibile, è chiaro che la sua area tipica è intanto quella in cui il giudice si trova di fronte alla possibilità di applicare leggi universali, secondo il citato modello nomologico-deduttivo.

In proposito, è noto che, secondo la sentenza *Franzese*, tali leggi sarebbero "assai rare", sì da poter essere rese operative in un numero esiguo di situazioni, con affermazione che si presta a vari rilievi critici[114]. Se esse non fossero in misura affidante disponibili, infatti, non si vede come ci si potrebbe dedicare – ad esempio – alla costruzione di navi, treni, aerei, ponti, edifici e via dicendo. E, sempre ad esempio, gli studiosi di materie ingegneristiche non hanno dubbi circa il fatto che sia un tale tipo di leggi a regolare le relative attività e la valutazione delle conseguenti responsabilità[115].

Si obietterà che anche la legge che descrive la caduta dei gravi e altre che appartengono alla visione newtoniana del mondo sono state messe in forse ben due volte nel XX secolo, prima dalla teoria della relatività e poi dalla meccanica quantistica. Tuttavia – replica la filosofia della scienza – basterà definire il contesto di riferimento per affermare che, in buona sostanza, quella legge ha natura universale nel suo specifico (e definibile *ex ante*) campo di azione.

Or bene, un compito simile spetta al giudice, che – evidentemente – non dovrà occuparsi di stabilire quali siano i confini di una certa teoria, ma decidere se essa vale ad affermare che la tesi dell'attore circa la singola vicenda causale è più credibile di quella enunciata dal convenuto: in qualche modo richiamando l'ampia disquisizione del problema della "descrizione della fattispecie" posto, per usare le parole di Pietro Trimarchi, proprio alla base della formula dell'*id quod plerumque accidit* che le varie declinazioni della causalità adeguata propongono[116].

Peraltro, secondo alcuni conduce a uguali conseguenze il c.d. modello nomologico-induttivo, nel senso che ove sia disponibile una legge statistica che predichi la sua regolarità per un numero di casi prossimo al 100%, il nesso di causalità è sussistente[117].

Qui, però, occorre ben intendersi.

---

limitandoci alle più recenti – Cass. 12 maggio 2020, n. 8814, cit., Cass. 3 aprile 2020, n. 7677, *id.*, 2020, I, c. 3597, Cass. 7 giugno 2019, n. 15454, *id.*, *Le banche dati*, archivio *cit.*.

[109] Si vedano INFANTINO, *La causalità*, cit., *passim*., nonché PUCELLA, *La causalità «incerta»*, cit. *passim*.

[110] Sia permesso un rinvio a B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali* (nota a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, Trib. Modena, 25 agosto 2008, Trib. Roma, 27 novembre 2008 e Cass. 19 maggio 2008, n. 23846), in *Danno resp.*, 2009, p. 525 ss.

[111] Per tutti, M. TARUFFO, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.),* in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 3 ss.

[112] Per tutti e per ampi riferimenti, PATTI, *Delle prove*, cit., p.5 ss.

[113] Sui fattori di cui nel testo già M. BONA, *Nesso di causa – Itinerari giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2006, 400 ss.

[114] Il riferimento è ovviamente a Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

[115] A. TERRANOVA e S. BARAGETTI, *I problemi della causalità nelle scienze ingegneristiche: la causalità e la mancanza di continuità tra la cultura tecnico-scientifica e l'applicazione*, in PUCELLA e DE SANTIS, *Il nesso*, cit., p. 139 ss.

[116] Sul secondo problema di cui nel testo, già TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 20 ss., secondo un tema ripreso in ID., *La responsabilità civile*, cit. In prospettiva non giuridica, P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014, p. 318 ss.

[117] Non a caso il primo modello è stato criticato dagli stessi epistemologi perché non permette di fornire spiegazioni di eventi che non sono estremamente probabili, laddove la scienza è piena di teorie relative ad eventi dotati di bassa probabilità di verificazione, comunemente accettate. Per tutti, M.C. GALLAVOTTI, *Aspetti della spiegazione scientifica*, Milano, 1989 p. 6 ss.

Una legge che consentisse di affermare che in base alle "nude statistiche" – secondo una etichetta che per la dottrina di *Common Law* indica la presenza di una causalità solo generale – sussiste una probabilità del 95%, certamente assai alta, non sarebbe di per sé idonea all'applicazione del "più probabile che no".

Per rendersene conto basta chiedere ai penalisti se una tale percentuale sia sufficiente a integrare il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, per avvedersi che la risposta è – subito – giustamente negativa: la società non può ammettere che un innocente su venti sia condannato (come esplicitato dalla nota massima di Blackstone), perché la valutazione è qualitativa[118].

Ma a ciò condurrebbe, appunto, un'affermazione di responsabilità in base di una statistica quale quella indicata, dacché 95% sta a 5%, come 19 sta a 1. E una conclusione diversa non è accettabile nemmeno in sede civile se essa passa per l'affermazione secondo cui il processo va considerato un "sottoprodotto" o uno strumento di "serie B"[119].

Altra cosa, invece, è apprezzare – in una visione complessiva dell'ordinamento – quali effetti le maggiori strettoie del processo penale comportino rispetto alla canalizzazione di una serie di domande risarcitorie in quello civile, secondo la prospettiva cui si farà cenno fra breve.

Dunque, per legge traducibile in una percentuale prossima a 1 (cioè al 100%) si deve intendere non quella tale da riscontare sul piano generale una ricorrenza di casi pari al citato 95%, bensì una legge la cui falsificabilità non è negabile in assoluto, ma che continuerà a valere – ciò nonostante – per un numero enorme di casi. In altri termini, l'affermazione per cui la probabilità è prossima al 100% esprime un grado di fiducia "massimo" che si ripone nella validità della legge e che viene enunciato con una sfumatura relativistica solo per onestà e umiltà intellettuale circa i limiti della conoscenza[120].

Peraltro, ove si rigetti l'assunto per cui una percentuale statistica assai elevata è inidonea a dare fondamento ad una domanda di tipo ordinario, tale assunto fa emergere comunque una di quelle scelte di *policy* che caratterizzano la valutazione giuridica del nesso, come tutte quelle di tal fatta soggette a varie criticità da *second best* (per menzionarne una sola, così come non ha un senso logico risarcire un danno da perdita di *chances* quando la probabilità passa dal 49% al 51%, lo stesso vale – a rigore – nel passaggio dal 98% al 99%). In altri termini, soltanto per ragioni pratiche si potrà eventualmente accostare ad essa una legge statistica che esprime una percentuale prossima al 100%, per cui il dato quantitativo trasmoda di per sé in quello qualitativo, anche se tale risultato non è in astratto coerente né con la natura della legge considerata, né con la impossibilità di applicarla al caso singolo.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che non sia mai dato di calare il dato quantitativo nella situazione concreta e, anzi, si deve rilevare che esistono – per così dire – statistiche e statistiche.

Sotto il primo profilo, è noto che i "numeri" che indicano la probabilità di trasmissione del virus dell'HIV sono generalmente assai bassi. Se però ad aver contratto la sindrome da immuno-deficienza è una suora violentata in Bosnia dalle milizie organizzate dei ribelli del Kosovo, ecco che una seria possibilità di concretizzazione della causalità è certamente presente[121].

Ancora, riprendendo alcuni dei fatti caratterizzanti il citato caso del pallino anonimo, potrebbe valere la pena di domandarsi cosa un giudice civile deciderebbe se uno dei due convenuti avesse esploso 99 colpi e l'altro solo 1, sebbene si tratti di cartucce tutte compatibili con quella, letale, rinvenuta nel corpo del dante causa degli attori. Affermare che chi ha usato il fucile come una specie di mitragliatrice è il vero responsabile vuol dire ancora far leva su un "raggruppamento accidentale" di dati, rispondente alla (inutile) massima di esperienza (di certo non praticata da specialisti quali sono i cecchini o i campioni di tiro al piattello) per cui più si spara più si incorre nel rischio di colpire un oggetto sito a portata di tiro[122].

Ebbene, se non si vuole ricorrere alla "ragion di stato" che trasforma per forza una causalità generale assai elevata in una causalità individuale, è giocoforza rilevare che o si nega che la seconda è applicabile oppure si rileva che, magari grazie ad attenti test balistici, questa può divenire operativa, stante la possibilità di individuare con un buon grado di approssimazione un'unica e sola scanalatura che contrassegna ciascuno dei cento proiettili, per via delle irregolarità presenti sul calcio e sulla canna[123]. E lo stimolo a impegnarsi nell'espletamento di tali test – per escludere che è stato il solo colpo sparato da Caio a colpire l'attore – svela che, a ben vedere, gli stessi potrebbero essere svolti anche ove i due convenuti avessero consumato esattamente lo stesso ammontare di munizioni.

---

[118] Sempre per tutti, STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 425-426.

[119] In proposito, non ci sentiamo di condividere l'idea per cui una sentenza sbagliata a carico del convenuto è sempre più tollerabile di una sentenza sbagliata a carico dell'attore. Ciò anche se i rispettivi errori sono forieri di ben diverse disutilità sociali e se, nel contesto penalistico, la società assume su di sé il relativo rischio. Del resto, se la garanzia di un accertamento pieno fosse prerogativa esclusiva del processo penale, si dovrebbe concludere che il danno liquidato in sede civile ha sempre una componente sovra-compensativa per via delle mancanze che caratterizzano il relativo accertamento. Dunque, non si può portare alle estreme conseguenze l'idea per cui solo il primo è improntato alla massima "*veritas, non auctoritas facit iudicium*" e affermare che analoga ispirazione non caratterizzi il processo civile, pur se il concetto di verità processuale ha diverse e multiformi declinazioni (le quali si traducono in ovvie approssimazioni); e se la stessa concezione del processo civile ha – a monte – varie ricadute sul tema che ci occupa. Sul tema B. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, pp. 14-15, gli Autori citati in STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 352 ss., nonché, più di recente, G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 515 ss.

[120] Richiamando – per esemplificare – l'esempio della legge di gravità, se è vero che sulla Luna essa opera secondo parametri diversi rispetto alla Terra, finché si resta su questa il calcolo del tempo che un grave di un certo peso e tale da creare un certo attrito con l'aria impiega per raggiungere il terreno è sempre lo stesso.

[121] L'esempio è tratto da STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, cit., p. 78.

[122] Si veda R. WRIGHT, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, (1988) 73 Iowa Law Review, p. 1056 ss.

[123] Per un'accurata descrizione del modo in cui i test balistici operano – e dei loro limiti – GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, cit., 286 ss.

Ovviamente, non sono solo questi i casi in cui una concretizzazione della causalità generale è possibile[124]: senza contare che, comunque, leggi che recano percentuali assai alte esistono anche al di fuori del contesto ingegneristico e, ad esempio, pure in medicina[125].

Tuttavia, è probabile che a questo punto il lettore percepisca una sorta di nota *quia absurdum* – o perlomeno una tendenza in qualche modo scolastica – nella ricerca di situazioni in cui la causalità generale può essere calata nel caso concreto.

Gli diamo ragione, ribadendo che la Cassazione ha ben chiara – questo è certamente un merito – la distinzione fra causalità generale e individuale, così come ha ben chiaro che la causalità ordinaria non può essere accertata in base alla prima, se essa può essere resa operativa nella singola vicenda[126]. Sembra però che la Suprema Corte non si soffermi sul passaggio logicamente successivo, in cui si deve osservare che la legge di copertura eletta a governare la prima fase dell'applicazione della causalità materiale è, per così dire, un ministro senza portafoglio: nel senso che sarà molto spesso la sua stessa struttura a postulare che essa non è in radice utilizzabile nella fattispecie all'attenzione del giudice e assai di rado altre risultanze potranno condurre a una diversa conclusione[127].

In altri termini, pare che i giudici di legittimità – con tutte le conseguenze che ne derivano, a cascata, sulla giurisprudenza di merito – si limitino a sentire il fascino di una ineludibile distinzione, senza affrontare il problema che essa pone: appunto quello della concretizzazione della causalità generale nel caso singolo, che in un numero assai elevato di ipotesi costituisce un'evenienza più unica che rara.

Il giudice potrebbe allora porsi un diverso quesito, vale a dire se sia "più probabile che no" che essa avrebbe assicurato la certezza della spiegazione eziologica, sì da accogliere la domanda per intero in presenza di una risposta positiva: così affiancandosi un secondo correttivo a quello che considera equivalente ad una legge universale quella statistica con valori assai elevati. E, in proposito, proprio l'epistemologia e la statistica potranno offrire spunti notevoli, come emerge dalle elaborazioni sul problema della "rifinitura" della classe statistica generale condotte da Wesley Salmon, cui aggiungere quelle di Patrick Suppes[128].

In altri termini, se – lo ripetiamo ancora – la "ragion di stato" che conduce a dare rilievo ad una legge statistica assai elevata ha componenti nobili, la si potrebbe invocare altresì per affermare che il dubbio circa la possibilità o no di applicare la causalità generale nel caso concreto non deve essere risolto secondo i criteri della certezza (quasi) assoluta, ma secondo quelli – certamente più pragmatici, appena richiamati – della preponderanza dell'evidenza: in tal modo allargando la sfera di operatività del "più probabile che no" tramite una prospettiva che assoggetta all'applicazione di esso sia la regola sostanziale, sia quella processuale che emerge dalla distinzione fra causalità generale e individuale[129].

Si obietterà che si tratta di un'incisiva approssimazione. La stessa è comunque preferibile al *refrain* della Cassazione che – come già rilevato – la menziona ma non ne fa seguire indicazioni sul modo di decidere il singolo caso in presenza solo della prima. Né, ovviamente, basta affermare che in tale evenienza la domanda dovrebbe essere rigettata. I tribunali sono infatti pieni di giudizi in cui i consulenti tecnici si arrestano all'indicazione delle statistiche applicabili senza che l'istruttoria possa offrire altri elementi, all'esito dei quali la domanda viene accolta.

Un passo più in là, ovviamente, si colloca l'ulteriore dibattitto – sul quale qui non ci si può addentrare, ma per il quale lo schema di massima indicato può essere utile – rispetto alla stessa possibilità di elaborare o no leggi sufficientemente predittive pure nelle c.d. *soft sciences* (quali l'economia, la sociologia, la psicologia, la psicoanalisi e la psichiatria), proprio per questo contrapposte alle c.d. scienze "dure" (quali la fisica, la chimica e la biologia)[130].

Resta il fatto che percentuali "migliorate" sono sempre tali da non dirci nulla su quanto è accaduto – e sarebbe potuto accadere – nel caso concreto.

Tuttavia, proprio il governo delle presunzioni potrebbe valere a dare maggior concretezza alla proposta applicativa sopra indicata: non essendo del resto un caso che uno degli "epigoni" della citata letteratura in tema di apprezzamento matematico della prova si rinvenga proprio in un ampio lavoro ad esse dedicato[131]. E nemmeno è un caso che uno dei più recenti contributi sugli standard probatori nell'ordinamento nordamericano metta in evidenza come una delle funzioni delle

---

[124] Ad esempio, se certi sintomi sono riscontrabili sia a seguito dell'ingestione di sostanze tossiche che della contrazione del colera, la presenza del vibrione nelle feci scioglierà ogni dubbio sulla causa della patologia. Per tutti, G. FEDERSPIL, *I fondamenti del metodo in medicina clinica e sperimentale*, Padova, 1980, p. 79 ss.

[125] A mero titolo di esempio, S. ESPOSITO, S. NOVIELLO, F. IANNIELLO e G. D'ERRICO, *Trattamento della faringotonsillite streptococcica in età pediatrica: terapia breve con Cefaclor*, in *Le Infezioni in Medicina*, 2000, fasc. 4, 227 ss.

[126] Lo dimostrano la citata Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, cit., nonché lo schema motivazionale di Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, nn. 576, 581, 582 e 584, cit.

[127] Nel senso che "la considerazione *ex post* di tutte le caratteristiche del caso concreto può […] servire […] ad individuare una legge scientifica meno generica, ma non è in grado di modificare la [sua] natura *meramente prognostica*", MASERA, *Il modello causale*, cit., p. 499.

[128] Ciò avviene attraverso successive specificazioni che conducono alla "classe finale di riferimento" la quale include "tutte le proprietà rilevanti" in base all'incremento dell'informazione che concerne il singolo caso, in modo arrivare ad una maggiore definizione del "contesto" ai fini della sua applicazione: fra gli altri appunto W.C. SALMON, *Causality without Counterfactuals*, in ID., *Causality and Explanation*, Oxford, 1998, p. 253 ss., nonché – fra i lavori più recenti del secondo Autore menzionato nel testo – P. SUPPES, *Representation and Invariance of Scientific Structures*, Standford, 2003, *passim*.

[129] Per tale proposta sia consentito il rinvio a TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., 343 ss.

[130] Per vari riferimenti POLI, *La prova scientifica*, cit., p. 1225, nonché G. VANACORE, *Falsificazione e processo: come e quando la scienza diviene sentenza*, in *Danno resp.*, 2016, p. 1143 ss.

[131] D.M. RISINGER, *Introduction*, in R.C. PARK, P. TILLERS, F.C. MOSS, D.M. RISINGER, D.H. KAYE, R.J. ALLEN, S.R. GOSS, B.L. HAY, M.S. PARDO, P.F. KIRGIS, *Bayes Wars Redivivus - An Exchange*, (2010) 8 International Commentary on Evidence 1 ss., che richiama W.M. BEST, *A Treatise on Presumptions of Law and Fact, with the Theory and Rules of Presumptive or Circumstantial Evidence in Criminal Cases*, Filadelfia, 1844, pp. 353-358.

"presumptions" sia tale da farle assimilare alle nostrane presunzioni semplici, senza però differenziare affatto il metro per vagliare la relazione inferenziale da quello della "preponderance of the evidence", anzi formulando affermazioni che vanno proprio nella direzione della omologazione[132].

Peraltro, a margine di tale proposta rimane un ultimo nodo da sciogliere, la cui analisi è sollecitata proprio dalla relazione di cui in premessa fra il "più probabile che no" e le presunzioni.

8. Riflessioni sparse sulla "gravità, precisione e concordanza" delle presunzioni e nuove prospettive di ricerca

Uno dei portati della riflessione sulla relazione appena menzionata riguarda la possibilità di una rilettura dei noti criteri della gravità, precisione e concordanza, di là dal rilievo per cui è il primo a essere quello maggiormente esplorato.

Senza poter qui ripercorrere il dibattito su essi – d'altronde indagato in altro capitolo del presente volume – l'omologazione delle modalità di ragionamento probatorio svolte nell'applicare il "più probabile che no" e le presunzioni potrebbe far formulare l'ipotesi per cui la gravità è da ricondurre allo standard impiegato, su una linea di continuità con l'orientamento per cui essa afferisce "al grado di probabilità della sussistenza del fatto ignoto che, sulla base della regola d'esperienza adottata, è possibile desumere da quello noto"[133]; la precisione alla possibilità di concretizzazione della causalità generale nel caso singolo, in assonanza con l'orientamento per cui essa attiene al "punto di partenza dell'inferenza e postula che esso non sia vago, ma ben determinato nella sua realtà storica" [134]; e la concordanza pure all'assenza di altri elementi tali da indurre a una diversa conclusione probatoria, senza riferire il requisito solo alla "pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto"[135].

Si obietterà che in tal modo il terzo requisito diviene per così dire esogeno rispetto alle presunzioni stesse, non essendo però da scartare l'idea che, oltre ad una concordanza "interna", le stesse ne debbano avere una "esterna", con tesi supportata da talune applicazioni giurisprudenziali e che trova un qualche spunto nella riflessione dottrinaria in argomento[136].

Inoltre, per tale via il discorso si raccorda al carattere mutuamente arricchente della relazione da cui prende le mosse il presente lavoro e all'elaborazione dell'attenta voce citata in apertura, nel senso che il discorso svolto sulla valutazione che il giudice dovrebbe compiere circa l'applicazione al caso di specie delle "regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo" offre certamente un contributo prezioso al cennato problema della concretizzazione della causalità generale nel caso singolo (ed altri che caratterizzano il tema)[137]. Tuttavia, si rimane convinti che esso non venga in molti casi superato da un approfondimento sul concetto di *normalità* degli accadimenti che, anzi, potrebbe essere usato per eluderlo da parte di un interprete non parimenti attento, essendo esso tanto "scivoloso" quanto l'*id quod plerumque accidit*[138]: sicché pare producente continuare a riflettere ora sui casi che consentono una valutazione prevalentemente matematica

---

[132] R.J. ALLEN, *Standards of Proof and the Limits of Legal Analysis*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2019, 8 ss., ove si afferma che "[t]he fourth form of presumptions […] is […] to create disguised comments/inference instructions through «presumption» language. A typical instruction is that «on proof of X a presumption of Y arises that is evidence of Y». There is no possible meaning of «a presumption is evidence of some fact» except to encourage the fact finder to find the fact upon finding the basic fact of the presumption" (p. 12), cui si aggiunge che "[i]n sum, the burden of persuasion conceptualized as a conventional probability measure has enormous explanatory power. It allows for the meaning of the term «presumption» to be unpacked" (p. 13).

[133] Cass. 29 gennaio 2019, n. 2482, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, cui aggiungere Cass., 22 marzo 2001, n. 4168, *ibid.*, per cui il requisito "si riferisce al grado di convincimento che le presunzioni sono idonee a produrre e a tal fine è sufficiente che l'esistenza del fatto ignoto sia desunta con ragionevole certezza, anche probabilistica".

[134] Cass. 29 gennaio 2019, n. 2482, cit., nonché Cass., 22 marzo 2001, n. 4168, cit.

[135] Nel senso che "il requisito unificante della concordanza richiede che il fatto ignoto sia di regola desunto da una pluralità di fatti noti gravi e precisi, univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza, mentre la sommatoria di una serie di dati in sé insignificanti e privi di precisione e gravità non può assumere rilevanza alcuna", Cass. 24 febbraio 2004, n. 3646, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, nonché Cass., 22 marzo 2001, n. 4168, cit.

[136] Afferma che "il giudice deve valutare complessivamente tutti gli indizi in precedenza isolati, per accertare se siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva", sicché "viola l'articolo 2729 c.c., il giudice che, dinanzi ad indizi molteplici, li valuti separatamente ed atomisticamente, escludendo la rilevanza di ciascuno di essi dopo averlo valutato in sé e per sé e senza tener conto di tutti gli altri", Cass. 13 marzo 2014, n. 5787, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3568, la quale richiama varie pronunce (Cass. 6 giugno 2012, n. 9108, *id.*, Rep. 2012, voce *Presunzione*, n. 1, Cass. 9 marzo 2012, n. 3703, *ibid.*, n. 4, Cass. 5 dicembre 2011, n. 26022, *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 4, Cass. 13 ottobre 2005, n. 19894, *id.*, 2005, I, c. 3296; Cass. 30 maggio 2005, 11372, *id.*, Rep. 2005, voce *Simulazione civile*, n. 10, Cass. 18 febbraio 2005, n. 11372, *ibid.*, voce *Presunzione*, n. 9, Cass. 24 novembre 2003, n. 17858, *id.*, Rep. 2003, voce *Simulazione civile*, n. 13, Cass. 5 settembre 1961, n. 2007, *id.*, Rep. 1961, voce *Presunzione*, n. 6), sino alla sentenza "capostipite" rappresentata da Cass. 13 ottobre 1962, n. 2971, *id.*, Rep. 1963, voce *cit.*, n. 2. Inoltre, sostiene che "la concordanza esprime - almeno secondo l'opinione preferibile - un requisito del ragionamento presuntivo (cioè di una applicazione "non falsa" dell'art. 2729 c.c.), che non lo concerne in modo assoluto, cioè di per sé considerato, come invece gli altri due elementi, bensì in modo relativo, cioè nel quadro della possibile sussistenza di altri elementi probatori considerati, volendo esprimere l'idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori, che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi", Cass. 24 gennaio 2018, n. 1785, in *www.lanuovaproceduracivile.com*, 2021. In ultimo, si veda ancora Cass. 12 maggio 2020, n. 8814, cit., che – sebbene attraverso un ragionamento criticabile di cui non mette qui dare conto – smentisce gli esiti di una presunzione semplice in base ai dati emergenti dalla prova diretta, nella specie testimoniale. In dottrina, per uno spunto, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 448, che nel trattare della concordanza afferma che essa viene meno in presenza di "*elementi di prova* o inferenze probatorie divergenti" (corsivo aggiunto), mentre si mostra favorevole ad una valutazione "relazionale", PATTI, *Delle prove*, cit., 690 ss., seppur rispetto alla gravità: il che non ha peraltro particolare rilievo visto che secondo il medesimo Autore (ID., *Probatio* e *praesumptio*: *attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 475 ss.) la "triade dei requisiti" esprime in definitiva un mero richiamo alla necessità che il giudice soppesi le presunzioni semplici con prudente apprezzamento.

[137] Si vedano i lavori di Roberto POLI, di cui alla nota 22

[138] Per alcune sintetiche ma serrate critiche a tale criterio, TARUFFO, *Presunzioni*, cit., p. 735 ss.

della prova, ora sulle conseguenze che l'impossibilità di concretizzazione determina nella delineazione dell'area tipica della *chance*, seppur con i correttivi cui si è fatto riferimento[139].

E tutto ciò – in ultimo – richiede una ulteriore riflessione sul fondamento del "più probabile che no", che se già vacilla di suo, certamente non può avere una portata per così dire espansiva. Al riguardo, sebbene non sia questa la sede per approfondire la questione, una direzione potrebbe essere quella, già cennata, che deriva dalle maggiori strettoie del processo penale e dalla conseguente canalizzazione di una serie di domande risarcitorie in quello civile, la quale è suffragata dalla sentenza *Franzese* (oltre che dagli artt. 75 e 652 c.p.p. quanto al tema della convivenza dei rispettivi giudicati) e dal disegno in cui essa si inserisce, sapientemente illustrato da una nota dottrina penalistica[140]. Essa, peraltro, ha poi ricevuto un autorevole commento da parte della dottrina processual-civilistica, la quale ha fra le altre cose spiegato che in tal modo lo standard diviene "orientato alle conseguenze", proponendo l'adozione di soglie diverse ove le ricadute della pronuncia civile possano impingere su beni essenziali della persona quali la dignità umana[141]: se si vuole – anche qui è utile una riflessione a compasso allargato – in linea con la nota *doctrine* nordamericana della "*clear and convincing evidence*", che proprio in sede civile alza l'asticella quando sono coinvolti "civil rights"[142].

Una seconda è consimile strada potrebbe essere quella di riflettere sui modelli processuali (o "idealtipi") ai quali, almeno tendenzialmente, si ritiene si conformi (o si debba conformare in via interpretativa) la disciplina vigente, secondo un metodo da tempo impiegato a fini comparativi nello studio del diritto processuale[143].

In proposito – anche per formulare un solo esempio circa il modo in cui il discorso sul fondamento del "più probabile che no" può avere conseguenze pratiche (ulteriori rispetto a quella cui spinge la tesi che ne preferisce l'archiviazione) –, una delle voci che più ha indagato i temi connessi alla valutazione matematica della prova e avversato un'applicazione del criterio tramite un esame singolare (invece che tramite una visione d'insieme) degli elementi della domanda, ha proposto un ripensamento del processo civile (nordamericano) volto a far sì che entrambe le parti offrano dettagliate spiegazioni sulle sequenze di fatti alla base della propria tesi (e immaginato meccanismi di "sanzione processuale" ove ciò non accada): con qualche ricaduta, ad esempio, sul problema che sorge quando la condotta del convenuto è più probabilmente che no alla base del danno rispetto ad un'altra causa da egli allegata, ma non superiore al 50% in termini assoluti, in ragione del modo in cui è tarato lo spettro dell'indagine[144].

È allora chiaro che tale tesi muove dall'estremizzazione del modello *adversarial* sviluppatosi grazie alla ideologia liberista per cui lo Stato deve limitarsi a fornire assistenza per risolvere razionalmente la controversia e per cui sul convenuto gravano gli stessi oneri dell'attore, in senso opposto a quanto accade nel processo penale[145]; cui aggiungere – solo a titolo di esempio – che secondo un più recente contributo è il sistema processuale nordamericano nel suo complesso a spingere le parti a fornire una propria versione dei fatti, dando scarso peso alla mera negazione della versione attorea, anche se sul punto la dottrina non è concorde[146].

Di qui, allora, l'ipotesi di pensare allo standard della prova sulla causalità (e non solo) in dipendenza della stessa concezione del processo e del ruolo delle parti, venendo ad esempio da chiedersi come si collocherebbe in tale quadro il giudizio amministrativo (e quali conseguenze ne potrebbero discendere sul modo di applicare in esso il "più probabile che no"), all'interno di una visione che vede in quello civile le parti in posizione totalmente simmetrica (fino all'estremo, non condivisibile, appena menzionato) e radicalmente asimmetrica in quello penale[147].

Inoltre, secondo la dottrina il criterio del "più probabile che no", a livello più "istituzionale", si lega negli ordinamenti anglo-americani a due precise scelte di *policy*, cioè a quella di incrementare la "accuracy" del sistema, sull'assunto che le spiegazioni più plausibili sono in media più vere di quelle che non lo sono, altresì considerando la sostenibilità dei relativi costi, secondo un'idea ricondotta al pensiero di Jeremy

---

[139] Al riguardo, anche due strenui oppositori all'uso dei numeri nei processi come ALLEN e STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, cit., p. 557 ss., riconoscono che in una serie di casi "mathematical probability takes over" (pp. 573-574), mentre ancor prima R.J. ALLEN, *The Nature of Juridical Proof: Probability as a Tool in Plausible Reasoning*, (2017) The International Journal of Evidence & Proof 21, p. 133 ss., riconosce che "[s]ome problems can be solved through knowledge and algorithmic methods" (p. 137), secondo quanto proposto per taluni tipi di fattispecie e/o di prove disponibili in TASSONE, *Causalità e perdita di* chances, cit., p. 215 ss., cui sia permesso di rinviare.

[140] Il riferimento è agli studi del Prof. Federico STELLA, fra cui *Giustizia e modernità*, cit., *passim*.

[141] CONSOLO, *Al «cuore» dell'esperienza processuale*, cit. p. 1535 ss.

[142] Per tutti, ALLEN e STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, cit., pp. 558-559, che ricordano i casi di "deportation, denaturalization, involuntary confinement to a mental institution, and removal of parental rights.

[143] Sempre per tutti e per ampi riferimenti, M. TARUFFO, *Il processo civile di «*civil law*» e di «*common law*»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.

[144] ALLEN, *A Reconceptualization*, cit., p. 401 ss.

[145] Premesso che si mostra contrario a tale proposta ad esempio LEMPERT, *The New Evidence Scholarship*, cit., p. 462 ss., ALLEN, *A Reconceptualization*, cit., p. 406 ss., ne ricava la direttiva per cui la stessa incertezza sulla applicabilità o no del "più probabile che no" – nel problematico esempio, già commentato, in cui la tesi dell'attore è dimostrata al 40%, quella del convenuto al 30%, mentre sul restante 30% non vi sono prove –, deve portare all'accoglimento della domanda. Sostengono che "the preponderance standard embodies a notion of equality before the law for civil disputants", R.J. ALLEN e M.S. PARDO, *Relative Plausibility and its Critics*, (2019) The International Journal of Evidence & Proof 23, p. 10.

[146] Più di recente, nel senso di cui nel testo, ALLEN e STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, cit., 568 ss., con affermazione però non condivisa, ad esempio, da CLERMONT, *Common Sense on Standards of Proof*, cit., p. 1057 ss., e da D.S. SCHWARTZ e E.R. SOBER, *The Conjunction Problem and the Logic of Jury Findings*, (2017) William & Mary Law Review 59, 619 ss., cui segue la interessante replica di R.J. ALLEN e M.S. PARDO, *Clarifying Relative Plausibility: A Rejoinder* (2019) The International Journal of Evidence & Proof 23, p. 205 ss.

[147] Alcuni spunti sul processo amministrativo in G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2ª ed., Torino, 2016, p. 277.

Bentham[148]; e quella – connessa – di minimizzare l'impatto degli errori giudiziari, equamente divisi (considerando i falsi positivi e i falsi negativi) fra le parti, dunque e anche i costi sociali[149]. E poiché non sembra che un tale angolo visuale sia stato approfondito in Italia, ciò dimostra – per inciso – l'utilità di una trattazione del tema non solo in una prospettiva domestica[150].

Infine, una voce nostrana ricorda la tesi – nella quale riecheggiano alcune delle riflessioni formulate dalla citata teoria del valore probatorio – secondo cui il "più probabile che no" si salda con un criterio di razionalità "che impone di non fondare la decisione sulla premessa più improbabile, a meno che non vi sia una ragione, giuridica o meno, per farlo"[151]; ma la razionalità (intrinseca) è all'evidenza alquanto diversa dalla "accettabilità" che caratterizza la prima tesi, il che dimostra quanto siano tanto variegate quanto poco indagate, in Italia, le opzioni disponibili.

In tal modo emerge però – sotto altro profilo – un carattere che in fondo accomuna le quattro possibilità qui schematizzate, tutte legate a scelte di *policy*, sebbene in modo differente, come diviene chiaro tramite il confronto con il sistema nordamericano: nel quale, nonostante l'attenzione alle più ampie riflessioni che riguardano la materia, non si manca di notare come il criterio trovi comunque una propria base giuridica nelle Federal Rules of Evidence[152].

Dunque, con tutti i limiti che le teorie causali avevano (e ancora hanno, per chi le ritenga un valido strumento euristico e voglia continuare a riflettere sulla loro utilità), si deve notare che esse – almeno – si legavano all'idea per cui il convenuto deve aver "cagionato" il danno all'attore, secondo il lemma che ricorre tanto nell'art. 2043 c.c., quanto negli artt. 40 e 41 c.p. (in questi ultimi, accanto a quelli della "conseguenza della azione" e del "rapporto di causalità").

È allora doveroso prendere atto che il diritto è un apparato di regole fatto dagli uomini per gli uomini e dagli uomini amministrato, sicché la sua imperfezione è ineliminabile e può a sua volta aumentare esponenzialmente a fronte di problemi difficili come quelli che la causalità genera, tanto più in presenza della significativa quantità di norme sostanziali e processuali che caratterizzano il nesso di causa di per sé considerato. Pertanto, soluzioni tese a semplificare la complessità hanno di sicuro una loro ragion d'essere: ma anche ciò vale a patto che ne divenga ben chiaro e sufficientemente condiviso il fondamento.

---

[148] A. STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford, 2005, p. 143 ss., che peraltro si sofferma sul rapporto fra la *accuracy* e l'esigenza di minimizzare la somma fra il costo degli errori giudiziari e quello da essi derivante (p. 141 ss. e p. 214 ss.)

[149] In aggiunta al libro citato alla nota che precede, ALLEN e PARDO, *Relative Plausibility and its Critics*, cit., pp. 9 ss.

[150] Per varie indicazioni, già ALLEN, *A Reconceptualization*, cit., p. 406 ss.

[151] R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità*, cit., p. 61, cui aggiungere TARUFFO, *La valutazione delle prove*, cit., pp. 234-236, che ripetutamente parla di "scelta razionale" circa i vari scenari in cui si applica il "più probabile che no".

[152] Per tutti, D.S. SCHWARTZ, *A Foundation Theory of Evidence*, (2011) Georgetown Law Journal 100, p. 95 ss. secondo il quale è nel suo complesso la prova rilevante e ammissibile a dover essere "case-specific, assertive, and probably true", per poi notare che tale ultimo requisito "directly derives from the «evidence sufficient to support a finding» standard in Rules 104(b), 602, and 901", aggiungendo che "[t]he finding required by this standard is a preponderance of the evidence, meaning «more likely than not» or probably true" (p. 124).

La Tabella Unica Nazionale (TUN) del risarcimento del danno alla salute per lesioni di non lieve entità è legge dello Stato. Analisi e prospettive future

di **Filippo Martini** e **Maurizio Hazan**

Sommario: 1. La norma "quadro". 2. La "TUN". 3. Entrata in vigore. 4. Adozione analogica.

Abstract: È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18 febbraio scorso (S.G. n. 40) il DPR n. 12 del 13 gennaio 2025, col Regolamento recante la tabella unica del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità tra dieci e cento punti, comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso, ai sensi dell'articolo 138, comma 1, lettera b), del codice delle assicurazioni private. Il DPR n. 12/2025 definisce e completa il nostro sistema di risarcimento del danno alla persona da lesione del bene salute. Dopo vent'anni di imbarazzante attesa, la Tabella Unica Nazionale (T.U.N.) è legge dello Stato e regolerà la liquidazione futura dei valori pecuniari da attribuire alle cosiddette macrolesioni (e cioè alle menomazioni gravi, comprese tra dieci e cento punti di invalidità biologica) derivanti da illeciti quali i sinistri stradali o gli errori sanitari. Il DPR che contiene la TUN - e che darà attuazione all'articolo 138, comma 1, lettera b), del Codice delle assicurazioni private - era stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 25 Novembre, dopo che la bozza aveva ricevuto il via libera definitivo dal Consiglio di Stato, con parere positivo reso nella adunanza dello scorso 15 ottobre. L'articolo che segue ha l'obbiettivo di analizzare l'impatto pratico di questa importante novità normativa e di disegnare gli scenari futuri nella materia del risarcimento del danno alla persona per la lesione grave del bene costituzionalmente tutelato della salute.

1. La norma "quadro"

Occorre prendere le mosse dalla "norma delega" di questo provvedimento attuativo, contenuta, come ben noto, nel testo dell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni Private[1].

La norma regola quello che possiamo definire l'ineludibile cornice di elaborazione dei meccanismi e di tutte le variabili di conto per rappresentare lo sviluppo della tabella unica di liquidazione della integralità del danno non patrimoniale generato da lesioni subite dalle vittime di incidenti stradali ed errori sanitari[2].

"*Al fine 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, con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica:*
a) delle menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti;
b) del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso."

Il secondo comma dell'art. 138 detta le variabili di generazione dei parametri di risarcimento del danno stabilendo che:

"*La tabella unica nazionale è redatta, tenuto conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo i seguenti principi e criteri:*
*a) agli effetti della tabella, **per danno biologico** si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito;*
b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità;
c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi;
d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale;
*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;*
f) il danno biologico temporaneo inferiore al 100 per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno."

[1] D.Lgs. n. 209 del 7.7.2005, come modificato dalla legge n. 124 del 2017.

[2] In virtù di quanto statuito dall'art. della Legge n. 24/2017 detta "Legge Gelli-Bianco".

Proprio il richiamo ai criteri di valutazione ritenuti congrui dalla "consolidata giurisprudenza di legittimità" ha costituito, nei lavori tecnico attuariali che hanno sotteso la tabella nazione la fonte di ispirazione e di richiamo comparativo alle tabelle di elaborazione pretoria con evidente richiamo e al parametro tabellare elaborato dal tribunale id Milano, ai quali valori, come si dirà, la TUN si differenzia in misura tutto sommato marginale.

Come accennato, la tabella unica nazionale risponderà a tutte le esigenze di valutazione del danno non patrimoniale conseguente alla lesione del bene salute, tenuto conto sia della componente dinamico-relazionale (o danno biologico), sia del danno morale, sia del danno da così detta "personalizzazione" del risarcimento alle condizioni peculiari e persino eccezionali nelle quali versi la vittima[3], alla luce della disposizione di esaustività contenuta nel comma quarto della norma: "*L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche*".

2. La "TUN"

Il DPR n. 12/2025, attuativo della norma quadro appena esaminata, è composto da cinque articoli.

L'**art. 1** prevede l'adozione delle **tavole che contengono i coefficienti moltiplicatori e demoltiplicatori** del punto per il calcolo del danno biologico e del danno morale (contenute nell'Allegato 1 al DPR), **una Tabella Unica Nazionale** per la liquidazione della componente biologica e, infine, **tre distinte tabelle** per la componente morale (per i valori minimi, medi e massimi), per ciascun punto e ciascuna classe di età (contenute nell'Allegato 2 al DPR).

L'**art. 2** statuisce il valore del primo punto di invalidità.

I primi due articoli del decreto sono evidentemente legati dal meccanismo variabile di calcolo che porta allo sviluppo della tabella nazionale.

Ciò in quanto il problema fondamentale che si è posto è stato, infatti, quello di stabilire il valore economico del primo punto di invalidità su cui costruire la tabella, tenendo conto dei dettami dell'art. 138 del CdA, che prevede che i valori economici delle singole invalidità debbano essere determinati con il sistema del punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità, con conseguente incremento del valore economico del punto all'aumentare dell'invalidità e suo decremento al crescere dell'età del danneggiato.

Il valore economico del punto, da un lato, deve essere funzione crescente della percentuale di invalidità (moltiplicatore biologico del valore del punto base) mentre il risarcimento (l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato) deve crescere in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi; dall'altro, tale valore economico deve essere decrescente rispetto all'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale (demoltiplicatore demografico del valore del punto base).

Nello specifico, il Ministero ha individuato quale valore economico del punto base (art. 2), lo stesso punto base utilizzato per la quantificazione dei risarcimenti per i danni di lieve entità, previsto dall'art. 139 comma 1 lettera a), e pari, dunque, attualmente ad euro 947,30 (sulla scorta del Decreto del MI.M.IT. 16.07.2024).

L'intento è stato quello di creare un'armonia tra il punto 9 (microlesione di cui all'art. 139 Cod. Ass. Priv.) e il punto 10 (macrolesione di cui all'art. 138 Cod. Ass. Priv.), tale da "conferire maggiore continuità alla curva risarcitoria".

Il valore del punto base della T.U.N. è, dunque, decisamente inferiore al valore punto base delle Tabelle dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano che, nell'edizione del giugno 2024 è pari ad euro 1.393,28 (nonché a quello previsto dalle Tabelle di Roma Ed. 2023: 1.369,23).

Le Tabelle di Milano che, come è noto, sono state considerate sino ad oggi dalla Suprema Corte il parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ.[4].

La scelta di prendere come valore del punto base quello di cui all'art. 139 del CdA era invero già stata adottata nella proposta di T.U.N. del 2021, criticata successivamente dal Consiglio di Stato per una possibile "diminutio" dei risarcimenti complessivi con conseguente lesione dei diritti delle vittime di sinistri stradali o di episodi di malpractice.

Nella T.U.N. 2024 è stato, invece, adottato un moltiplicatore biologico per l'incremento del valore economico del punto che dovrebbe garantire la progressività e più che proporzionalità del risarcimento al crescere del grado di invalidità, così da rispettare la direttiva primaria indicata nell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni Private del pieno ed effettivo risarcimento del danno.

Il moltiplicatore, tra l'altro, non tiene conto della componente demografica, che viene, invece, considerata a posteriori quale demoltiplicatore tabellare.

Tale calcolo ha comportato che le sommatorie dei risarcimenti pagabili mediante la Tabella Unica Nazionale e la Tabella dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano per il primo anno di età si eguagliassero, con ciò ignorando, di conseguenza, l'effetto demografico (per un valore complessivo pari a circa 41 milioni di euro).

In altre parole, i moltiplicatori utilizzati per la T.U.N. (vedi Tavola 1.A contenuta nell'Allegato 1), in pratica, sono maggiori rispetto a quelli della Tabella di Milano.

Ne è derivato che i risarcimenti delle due Tabelle (T.U.N. e Milano) per quanto concerne il valore del danno biologico risultano essere sostanzialmente equivalenti per effetto dei differenti moltiplicatori che compensano i differenti punti base. Rispetto alle Tabelle milanesi, in sostanza, cambia solo la redistribuzione dei valori dei risarcimenti assegnati ai singoli

[3] Il comma III dell'art. 138 prevede che "*Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, 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 30 per cento".*

[4] Si veda da Cass. n. 12408/2011 a Cass. n. 14402 del 2011; Cass. n. 16992 del 2015; Cass. n. 21059 del 2016 e da ultimo Cass. Ordinanza 03.10.2023, N. 27901.

punti di invalidità, in modo tale che siano conformi ai criteri stabiliti dalla norma primaria.
Il risarcimento riconosciuto per il decimo punto di invalidità (postumo permanente a partire dal quale le lesioni vengono considerate di non lieve entità) coincide (per un soggetto con 1 anno di età, quindi senza applicazione del coefficiente di riduzione per l'età) con quello quantificato dalle Tabelle milanesi (pari ad Euro 2.612,40), anche se il valore del punto base è differente rispetto a quello utilizzato nelle Tabelle milanesi.
Al 10° punto della TUN si applica quindi un coefficiente moltiplicatore pari a 2,75773 al punto base (che è, lo si ripete, € 947,30).
I valori economici della T.U.N., ovviamente, sempre alla luce dei rilievi fatti a suo tempo dal Consiglio di Stato, sono stati aggiornati ad aprile 2024.
Al fine di valutare l'impatto della nuova funzione, sono stati presi come riferimento dati aggiornati (estratti dalla Banca Dati Sinistri – BDS – detenuta dall'IVASS per la Rc Auto), relativi ai sinistri definiti nel 2023, e un campione di sinistri, sempre definiti nel 2023, acquisiti dalle principali imprese assicurative, che operano nel ramo per il settore sanitario.
In estrema sintesi, nel gioco concorrente dell'incremento del valore del punto al crescere della invalidità, la scelta di prendere a parametro di base un valore di punto inferiore a quello milanese porta a risultati, per certi aspetti, analoghi a quelli della Tabella meneghina, e, per certi gradi di invalidità, addirittura premiali per gli aventi diritto (rimanendo, invece, decisamente inferiori rispetto ai valori della Tabella di Roma).
L'art. 1, lettera c) del DPR ha previsto poi l'adozione anche delle Tabelle comprensive del **danno morale** in ossequio a quanto previsto dall'art. 138 comma secondo lettera e) dell'art. 138 del Cda.
Il risarcimento da danno morale è rappresentato da una percentuale (moltiplicatore per danno morale), in aumento di quello da danno biologico, crescente all'aumentare di ogni punto di invalidità (dal 26% al 55% rispettivamente per 10 e 100 punti di invalidità permanente).
Tuttavia, in luogo di incrementi risarcitori per danno morale ancorati a scaglioni di gradi di invalidità permanente, come previsto dalle Tabelle di Milano e Roma, si è preferito, ancora in ossequio al dettato normativo, attribuire distinti incrementi risarcitori con valori crescenti e progressivi per ciascun grado di invalidità a partire dal decimo.
Il Tribunale di Milano, del resto, nelle sue tabelle non definisce una serie progressivamente crescente rispetto ai gradi di invalidità (come disposto dall'art.138, secondo comma, punto e), ma fornisce dei valori costanti pari al 25% (0,25) fino al nono punto di invalidità, crescenti tra il decimo e il trentaquattresimo punto, che diventano fissi al 50% (0,5) per le successive percentuali.
Al fine di garantire una specifica «personalizzazione» del danno, sono state previste, in analogia con quanto stabilito dalla Tabella adottata dal Tribunale di Roma, fasce di oscillazione in aumento o diminuzione dei valori incrementali previsti, e, in particolare, una ripartizione tra valori minimi, medi e massimi.

Fuori dalla Tabella Unica Nazionale rimane, ovviamente e correttamente, la c.d. "personalizzazione", prevista dall'art. 138, terzo comma, del CdA, secondo cui: "qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati" della vita del danneggiato, la quantificazione del danno biologico può essere aumentata nella misura massima del 30%.
La Suprema Corte, a tale proposito, ha di recente ricordato che dalle disposizioni di cui all'art. 138 del CdA: "si traggono due conclusioni: 1) che il danno morale, ricorrendone le condizioni, deve essere liquidato in via autonoma rispetto al danno biologico[5] e 2) che l'aumento previsto dal comma 3 fino al 30 per cento ha ad oggetto soltanto il danno biologico, e non anche quello morale" e che "il tetto del 30 per cento fissato per la personalizzazione del danno biologico è assolutamente imperativo e vincolante, in quanto stabilito per legge. Il fatto che non sia intervenuta ancora (fino alla data della camera di consiglio della presente decisione) la tabella unica nazionale prevista dall'art. 138 cit. non significa che, una volta liquidato il danno biologico con le tabelle allo stato in applicazione, si possa poi disporre un aumento, a titolo di personalizzazione, in una misura "libera", perché quel tetto, appunto, e stabilito dalla legge ed è insuperabile e immediatamente operativo"[6].
Di contro, per l'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano la c.d. "personalizzazione" parte dal 50% per il primo punto di postumi permanenti per scendere via via fino al 25% per i 34 punti di postumi permanenti e rimanere costante fino al 100%.
L'art. 3 del DPR n. 12 regolamenta la liquidazione del danno biologico da invalidità temporanea, disponendo che tale voce risarcitoria sia liquidata in conformità all'art. 139, co. 1, lettera b) e 5 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209.
Ad oggi è previsto *pro die* un importo di € 55,24, sul quale potrà incidere un incremento a titolo di danno morale ricompreso tra il 30% e il 60% (comma 2).
In questo caso, a differenza di quanto avviene per i valori di risarcimento del mero danno biologico, è evidente una diminuzione molto importante rispetto ai valori previsti dalle Tabelle Pretorie (Milano attualmente liquida euro 115,00 *pro die* personalizzabile fino ad un massimo del 50%).
Infine, mentre l'art. 4 contiene la clausola di invarianza finanziaria circa l'impatto che i provvedimenti introdotti non dovranno produrre nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'art. 5 regola il complesso tema della entrata in vigore della nuova disciplina, prevedendo che le disposizioni di cui al DPR n. 12 del 2025 si applichino: "ai sinistri verificatisi successivamente alla data della sua entrata in vigore", e quindi a far data dal 05.03.2025, stante la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del 18.02.2025.

3. Entrata in vigore

Quanto alla sua entrata in vigore, la TUN dovrà per legge (art. 1, comma XVIII, L.124/2017) essere adottata solo per i sinistri stradali e gli eventi clinici verificatisi successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto (5 marzo 2025), anche se la giurisprudenza ha sempre ritenuto che il nuovo meccanismo, in quanto primo parametro normativo di

[5] Sentenza 11 novembre 2019, n. 28989.

[6] Cass. Ordinanza 25.01.2024, n. 2433.

liquidazione cogente, possa per logica essere adottato in tutte le future liquidazioni a prescindere dalla data di generazione del danno [7].

L'art. 5 del regolamento stabilisce che esso si applichi solo per la liquidazione dei danni causati da sinistri avvenuti dopo la sua entrata in vigore. Il d.p.r. 12/25 entrerà come detto in vigore il 15° giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale, e quindi il 5 marzo 2025.

La formulazione (forse infelice) della norma ha già generato un distinguo importante.

Si osserva infatti [8] che i "sinistri verificatisi successivamente alla data della sua entrata in vigore" possono avere una doppia prospettazione: l'una di tipo causale e l'altra di tipo "assicurativo".

A differenza del contesto della RCA (ove il sinistro coincide con l'accadimento), infatti, nella copertura assicurativa da responsabilità professionale, e medica in particolare, il sinistro è inteso – nel regime tradizionale e oggi tipizzato della regolazione a "*claims made*" o a prima richiesta – come il momento della generazione della controversia con la prima richiesta danni inoltrata dalla vittima al responsabile civile.

Specie in un contesto causale, ove la generazione del danno può risentire della evoluzione patogenetica della menomazione e di fattori che inducano a procrastinare il momento in cui la vittima decida di rivolgersi al responsabile (con il solo limite della prescrizione del diritto, spesso decennale), tra il fatto generatore (l'errore) ed il sinistro (l'intimazione) posson o anche trascorrere molti anni.

Tale la ragione per la quale è probabile che il legislatore delegato abbia voluto riferire l'adozione del nuovo parametro risarcitorio ad un contesto temporale più attuale, onde evitare il più possibile il procrastinarsi si situazioni di governo misto del danno in sanità: parte sotto vincolo applicativo TUN e parte sotto tabelle pretorie aventi funzione supplettiva.

4. Adozione analogica

Ci si chiede, a questo punto, se una tabella di legge unica nazionale, di ispirazione giurisprudenziale, che abbia avuto l'avvallo normativo e scientifico istituzionale (l'elaborazione è dovuta alle elaborazioni attuariali e statistiche dell'ufficio tecnico dell'IVASS) e sia stata avvallata da autorevole organo consultivo (il Consiglio di Stato) debba oggi rimanere confinata al ristretto ambito applicativo previsto dall'art. 138 CAP e art. 7 della Legge 24/2017, ovvero se i suoi valori e la costruzione delle curve risarcitorie per danno biologico e morale possano essere adottati in tutti gli eventi che portino a subire un ingiusto danno alla spera del bene salute, indipendentemente dalla natura del fattore causale (sinistro stradale o errore sanitario).

La semplice considerazione che il dato tabellare normativo oggi si sovrappone, elidendolo, ad un meccanismo non condiviso (si pensi alla querelle quasi "campanilistica" tra gli uffici dei tribunali di Roma e Milano) e soprattutto di costruzione empirica e "autoreferenziale" (frutto cioè della semplice analisi dei propri precedenti) che chiamiamo "tabelle" dei tribunali, e non ad uno schema normativo, dovrebbe far propendere senz'altro per una applicazione analogica a tutti i fatti causativi di danni alla salute.

Questa la nostra opinione e di chi autorevolmente si è già cimentato nell'analisi della novità normativa tanto attesa[9] .

Non resta che attendere, dunque, le evoluzioni decisorie che si registreranno presso le corti di merito innanzitutto (se, cioè, verranno – come si auspica – progressivamente abbandonate le tabelle pretorie a favore di un allineamento ad un fattore unitario nazionale, congruo, autorevole e dotato di cogenza normativa) e quando il tema approderà presso la suprema Corte di Cassazione.

La chiarezza e l'uniforme applicabilità delle nuove regole liquidative dovrebbero dunque (ma il condizionale è d'obbligo) migliorare le relazioni tra l'impresa assicurativa e i danneggiati, ossequiando quelle finalità di deflazione del contenzioso che orientano trasversalmente le più recenti riforme ordinamentali (tra tutte, la cosiddetta riforma Cartabia, d.lgs. 149 del 2022 e, da ultimo, il DM del Mi.Mit n. 215/2024 che istituisce l'arbitro assicurativo).

In sede processuale, poi, il metodo tabellare di legge mira a ridurre, e di molto, il perimetro della discrezionalità valutativa dei giudici, il cui margine di apprezzamento equitativo del danno da lesione viene confinato all'ambito del danno morale o (al ricorrere di circostanze personalissime e straordinarie che giustificano l'eventuale aumento del risarcimento, entro limiti predefiniti) della cd. "personalizzazione" della liquidazione.

Quando si parla di Tabella Unica Nazionale, il riferimento all'unicità riguarda il fatto che una, ed una sola tabella, dovrà essere d'ora in avanti, e per disposizioni di legge, applicata nei giudizi della RCA e della responsabilità sanitaria, in luogo delle diverse tabelle pretorie utilizzate nelle principali Corti di merito.

Ma in verità il nostro sistema liquidativo di legge non è affatto unitario, essendosi invece articolato - in modo opinabile, sul piano sistematico - in una bipartizione tabellare dei valori economici da attribuire a ciascun punto di invalidità.

Da un lato, infatti, abbiamo la "tabella" relativa alle lesioni di lieve entità (dallo 0 al 9%), introdotta da una norma – l'art. 139 del Cap – che non ha incontrato problemi applicativi di sorta e che sin dal 2006 ha funto da sicuro parametro liquidativo di

---

[7] Cass. N.28990 del 11.11.2019, riferita nel caso alla tabella delle microlesioni, con principio che ci si chiede quanto mutuabile anche nei danni gravi.

[8] M. Rossetti in "QG" del 19.2.2025 e M. Hazan e F. Martini in N&T Sole 24 Ore n. 49 del 19.2.2025.

[9] M. Rossetti in QG del 19.2.2025 sostiene testualmente che "Chiediamoci dunque se i criteri legali per la liquidazione del danno alla persona possano essere applicati in via analogica anche nel caso di nfortuni non provocati da sinistri stradali o colpa medica. **La risposta non può che essere affermativa" …** "il procedimento analogico non può essere utilizzato per estendere il campo d'applicazione di norme speciali. Ma appare arduo sostenere che gli artt. 138 e 139 cod.ass. costituiscano norme "speciali". Innanzitutto, perché i due terzi dei danni alla salute di cui in giudizio si invoca o si contrasta il risarcimento scaturiscono da sinistri stradali o colpa medica. Gli artt. 138 e 138 cod.ass. disciplinano pertanto le fattispecie statisticamente di gran lunga prevalenti: e non può definirsi "speciale" la norma dal più vasto campo d'applicazione". … per concludere che "a fronte di una legge che indica i criteri per liquidare l'invalidità permanente di qualsiasi entità, la sua applicazione analogica ai danni non causati da sinistri stradali o colpa medica mi parrebbe inevitabile".

legge nel campo della RC auto (e, dopo la legge Gelli, nel settore sanitario) senza lasciar alcuno spazio di libera valutazione giudiziale (eccezion fatta per l'eventuale personalizzazione del danno, entro il tetto massimo del 20%). Alle lesioni più gravi (dal 10 al 100%) è invece dedicato l'art. 138, che introduce una "tabella unica" che, proprio in quanto diversa da quella delle cd micropermanenti, unica non è.

Questa scomposizione tabellare (piuttosto illogica ma che trova origine nel fatto che al tempo dell'entrata in vigore del codice il settore delle lesioni di lieve entità già era regolato dalla legge 57/2001) costituisce, certamente, uno dei più rilevanti problemi – di raccordo e coordinamento – che si sono dovuti affrontare nella elaborazione del DPR e della TUN.

Ancora, non è un mistero che gli "indennizzi" del danno non patrimoniale liquidati (nei danni da sinistri stradali o sanitari) in forza dell'art. 139 del CAP siano considerevolmente inferiori a quelli che, a parità di lesione, vengono riconosciuti a danneggiati da sinistri cd di diritto "comune" (si pensi ai danni da lesioni derivanti da prodotto difettoso, attività pericolosa o da cosa in custodia) in applicazione alle tabelle milanesi.

Proprio in ragione di queste differenze, ritenute da alcuni irrazionali e ingiustificate (in quanto tese a penalizzare i danneggiati da sinistri stradali rispetto ai danneggiati da altri eventi di responsabilità) è noto come sia stata a più riprese sollevata la questione di (il)legittimità costituzionale dell'art. 139 del CAP: vuoi in relazione alle "strettoie" risarcitorie di legge, che violerebbero il principio di integrale riparazione del danno, vuoi a fronte della sostenuta esclusione, dal perimetro della norma, del "danno morale".

Questione affrontata e risolta dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 235/2014, che ha chiarito, in modo rotondo, per quali motivi l'impianto normativo sia del tutto conforme a diritto e immune da censure.

Circa la asserita disparità di trattamento tra danneggiati in base al diverso elemento causativo del danno e alla denunziata "ingiustificata prevalenza della tutela dell'esercizio dell'attività assicurativa rispetto a quella del diritto al risarcimento da lesione del diritto inviolabile alla salute". la Consulta ha, infatti, ricordato il principio (anch'esso ben espresso dalla stessa sentenza di Cassazione) del "bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.".

In forza di tale principio, il diritto al risarcimento del danno non va considerato come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori" che potrebbero giustificarne un certo contenimento, tanto più – aggiungiamo noi – nel campo del danno non patrimoniale, in cui mancano criteri oggettivi che possano individuare il risarcimento "giusto".

E tale esercizio di bilanciamento, nel settore delle responsabilità obbligatoriamente assicurate, deve tener conto anche della sostenibilità del sistema assicurativo (inteso come sostenibilità finanziaria del costo dei premi assicurativi gravante sull'utenza) e dei benefici che quest'ultimo comunque accorda al danneggiato, oltre che attraverso la previsione di una azione "diretta", nella sua qualità di "tasca" sicuramente capiente.

Del resto, lo stesso art. 138, quale norma delega del provvedimento oggi in analisi, dimostra di voler recepire la "lezione" della Consulta e di ritenerla applicabile anche al settore dei danni più gravi; e lo fa in modo solenne e in qualche modo "coreografico", aprendosi con una vera e propria dichiarazione programmatica di straordinaria importanza, volta a indicare la duplice finalità che la TUN - non diversamente dall'art. 139 - persegue, mirando

- da un lato a garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subìto;
- dall'altro a razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori.

Tale "razionalizzazione", che sottende evidentemente un riferimento alle esigenze di sostenibilità, di uniformità e prevedibilità del danno risarcibile – coessenziali al buon funzionamento del sistema obbligatoriamente assicurato –si riflette su altri due fondamentali passaggi della norma: il comma 2, a mente del quale la TUN deve tener "*conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità"* secondo i seguenti principi e il comma 4, che testualmente dispone che "*l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche".*

Il rinvio ai criteri di valutazione del danno ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità ha lo scopo di evitare derive creative che possano dar luogo a sconvenienti soluzioni di continuità rispetto alla prassi liquidativa che, in assenza della tabella di legge, si è consolidata negli ultimi anni sulla base di quanto statuito dalla Suprema Corte.

Prassi che, in concreto, va definitivamente identificata con l'approdo della odierna TUN nelle coordinate della Tabella dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano (già di gran lunga prevalente sul territorio nazionale) ed alla quale la Cassazione ha (a far tempo dalla sentenza 12408/2011) accordato il rango di parametro para normativo di riferimento per la valutazione equitativa del danno biologico, dal quale il giudice di merito non può discostarsi "salvo motivato dissenso" (Cass. Ordinanza 03.10.2023, N. 27901) [10].

Ancor più rilevante, sul piano sistematico, infine è il monito a non oltrepassare l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto nel singolo caso di specie applicando le regole risarcitorie previste dall'art. 138: valutato il danno biologico, apprezzate – se provate - le componenti del danno morale e considerato l'eventuale fattore di personalizzazione (del danno biologico, con maggiorazione massima del 30%, ex comma 3), il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione non potrà essere ulteriormente aumentato sulla base di altre valutazioni equitative del giudice: è in gioco la prevedibilità dei compendi risarcitori, anche al fine di rendere le liquidazioni più certe e celeri e, dunque, di indirettamente ridurre al massimo i margini di disaccordo e di contenzioso tra le parti interessate.

[10] Per una analisi completa delle curve di costruzione della TUN, dei meccanismi di calcolo e degli esempi applicativi della nuova tabella nazionale, si veda l'ampia ed esaustiva disamina di Marco Rodolfi su Norme e Tributi Plus de Il Sole 24 Ore, n. 8 del 25 febbraio 2025.

Responsabilità medica: in vigore il decreto che individua i requisiti minimi delle polizze assicurative

di **Anna Bogliolo**

Sommario: 1. Premessa. 2. Il nuovo decreto. 2.1. Il primo titolo: "*Disposizioni generali*". 2.2. Il secondo titolo: "*Requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione*". 2.3. Il terzo titolo: "*Requisiti minimi di garanzia e condizioni di operatività delle misure analoghe*". 2.4. Il quarto titolo: "*Disposizioni finali*". 3. In conclusione.

Abstract: A distanza di anni dall'emanazione della legge Gelli-Bianco e con notevole ritardo sulle previsioni in essa contenute, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 dell'1 marzo 2024, il decreto ministeriale che disciplina i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, previsto ai sensi dell'art. 10 della citata legge 24/2017. Il contributo approfondisce la nuova disciplina introdotta e conclude con una breve riflessione circa possibili sue criticità applicative alla luce del difficile bilanciamento degli interessi dei soggetti che concorrono, direttamente e indirettamente, nelle cure (medico, struttura ospedaliera e assicurazione).

1. Premessa

A distanza di quasi sette anni dall'entrata in vigore della l. 24/2017 (legge Gelli-Bianco) e a quanto in essa disposto all'art. 10 dettato in tema di "*obbligo di assicurazione*", è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 51 dell'1 marzo 2024 il decreto 232/2023 del Ministero delle imprese e del *made in Italy* che individua i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie. Il predetto decreto avrebbe dovuto essere emanato, ai sensi dell'art 10, co. 6, l. 24/2017, entro 120 giorni dall'entrata in vigore della stessa legge (ossia, entro il 30 luglio 2017), che, come noto, ha dettato nuove disposizioni in "*materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*". Se, con il decreto in esame, un altro passo in avanti è stato sicuramente fatto, il nuovo sistema della responsabilità sanitaria disciplinato dalla l. 24/2027, resta, tuttavia, incompleto[1] e permangono dubbi circa l'applicazione, in concreto, delle nuove disposizioni. A fronte, infatti, del lodevole tentativo del Legislatore di regolamentare il più possibile un mercato, quello appunto assicurativo, contraddistinto da una pluralità di contratti caratterizzati da franchigie e SIR non espressamente normate, ai quali si affiancano "analoghe misure" anch'esse prive di regole con premi non calmierati rimessi alla contrattazione delle parti, residuano ancora oggi molteplici problemi interpretativi ed applicativi, in ragione dei diversi interessi delle parti coinvolte nel delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela del paziente danneggiato e la necessità di limitare il fenomeno della medicina difensiva.

2. Il nuovo decreto

Il d.m. 232/2023 si compone di quattro titoli, rispettivamente, in materia di "*Disposizioni generali*", comprensivo degli artt. 1 e 2; di "*Requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione*", che raggruppa in sé gli artt. dal 3 all'8; di "*Requisiti minimi di garanzia e condizioni di operatività delle misure analoghe*", relativo agli artt. dal 9 al 17 e di "*Disposizioni finali*", dato dagli artt. 18 e 19. È evidente come l'oggetto del nuovo decreto riguardi l'ambito assicurativo e sia finalizzato a definire i requisiti minimi delle polizze assicurative che le strutture sanitarie pubbliche e private e gli esercenti la professione sanitaria devono sottoscrivere, oltre alle c.d. analoghe misure, nel caso in cui l'Ente decida di assumere in proprio il rischio.

2.1. Il primo titolo: "*Disposizioni generali*"

Il primo titolo, dettato in tema di "*Disposizioni generali*", individua e definisce l'ambito d'applicazione del decreto. Premesse all'art. 1 le definizioni che si applicano a termini noti in ambito assicurativo, quali "*assicurato*", "*contraente*", "*assicuratore*", "*denuncia*", "*premio*", ecc., rileva evidenziare come si intenda con la nozione di "*esercente la professione sanitaria*" il professionista che, in forza di titolo abilitante, svolga attività negli ambiti delle rispettive competenze di prevenzione, diagnosi, cura, assistenza e riabilitazione, ricerca scientifica e ogni attività connessa all'esercizio di una professione sanitaria, mentre con "*esercente attività libero professionale*" l'attività svolta dall'esercente la professione sanitaria anche in convenzione con il SSN al "*di fuori della struttura o all'interno della stessa o di cui si avvale in adempimento della propria obbligazione contrattualmente assunta con il paziente, indipendentemente dalla tipologia di rapporti intercorrente con la struttura o dal ruolo ricoperto*". Si definisce con "*sinistro*" la richiesta danni per i quali è prestata l'assicurazione (c.d. criterio *claims made*), ossia "*qualsiasi formale richiesta scritta avanzata per la prima volta da terzi in vigenza di polizza o durante il periodo di ultrattività nei*

[1] Ad oggi risultano già pubblicati il d.m. 29.9.2017 in tema di "*Istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità*" (art. 3); il d.m. 2.8.2017 recante "*Elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie*" (art. 5, co. 1); il d.m. 27.2.2018 relativo all' "*Istituzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG)*" (art. 5, co. 3). Mancano, tuttavia, ancora tre decreti, ossia quelli che riguardano le competenze dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass), l'Istituzione di un Fondo Nazionale di garanzia e la gestione dei flussi informativi.

confronti dell'assicurato" per il risarcimento dei danni conseguente e/o imputabile all'attività dal medesimo svolta, precisando che costituisce sinistro anche la citazione dell'assicurato in veste di responsabile civile in un procedimento penale a fronte della costituzione di parte civile da parte del danneggiato.
Quanto all'azione di rivalsa, costituisce sinistro anche il ricevimento dell'invito a dedurre da parte del pubblico ministero presso la Corte dei Conti, nonché, per la rivalsa civilistica delle strutture, la stessa richiesta scritta avanzata per la prima volta dalla struttura nei confronti dell'assicurato in vigenza di polizza con la quale è ritenuto responsabile per colpa grave e a seguito di sentenza passata in giudicato.
Viene precisato che i fatti diversi da quelli espressamente indicati, quali la richiesta di cartella clinica, l'esecuzione di riscontro autoptico, la querela o l'avviso di garanzia, non costituiscono sinistro e ciò è di non poca rilevanza al fine d'evitare che tali fatti possano ritenersi fatto noto e, quindi, essere esclusi dalla copertura stipulata successivamente al loro verificarsi. È altresì chiarito che, più richieste risarcitorie in conseguenza di una pluralità di eventi riconducili allo stesso atto, errore o omissione, oppure a più atti, errori o omissioni imputabili ad una stessa causa, rappresentano altrettanti sinistri quanti sono gli eventi (nella prima ipotesi) o gli atti, errori o omissioni (nel secondo caso).
Per "*analoghe misure*" si intendono quelle misure a copertura della responsabilità civile verso terzi e prestatori d'opera che prevedono l'assunzione diretta del rischio da parte dell'ente.
Infine, preme soffermarsi sulla differenza tra SIR e franchigia di polizza: mentre la prima attiene alla quota di rischio non trasferita al mercato assicurativo e, quindi, gestita dall'assicurato anche quanto ad istruzione e liquidazione del sinistro, con franchigia si intende un elemento integrante la polizza che rappresenta la parte di danno che rimane in capo all'assicurato, fermo restando che la gestione del sinistro compete comunque all'assicuratore.
Il successivo art. 2 in tema di "*ambito di applicazione*" specifica l'oggetto del decreto, il quale disciplina: *(i)* i requisiti minimi di garanzia delle polizze assicurative per strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie; *(ii)* i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle analoghe misure; *(iii)* le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa d'assicurazione; *(iv)* la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati.

2.2. Il secondo titolo: "*Requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti di assicurazione*"

Il secondo titolo del decreto comprende gli artt. dal 3 al 7 e dispone, in modo particolare, sull'obbligo assicurativo previsto ai sensi dell'art. 10 della legge Gelli-Bianco. Due sono le importanti novità del predetto art. 3, co. 1, ossia il fatto che l'assicurazione dovrà coprire i danni cagionati dal personale operante a qualsiasi titolo nella struttura e dagli esercenti la prestazione sanitaria che svolgano la propria attività in regime di professione intramuraria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura; ciò, dunque a determinare l'obbligo in capo alla struttura d'assicurarsi praticamente per qualsiasi danno che dovesse verificarsi presso la stessa ad opera del personale di cui si avvale.
Il citato articolo prevede infatti che l'assicuratore si obblighi "*a tenere indenne la struttura dai rischi derivanti dalla sua attività per la copertura della responsabilità contrattuale di quanto sia tenuta a pagare a titolo di risarcimento per danni patrimoniali e non patrimoniali (capitali, interesse e spese) cagionati a terzi e prestatori d'opera dal personale operante a qualunque titolo presso la stessa*" e, quindi, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., compresi anche coloro che svolgono formazione, aggiornamento, sperimentazione e ricerca clinica, ovvero in regione di convenzione con il SSN, nonché attraverso la telemedicina. La copertura non riguarda solo la responsabilità contrattuale ma anche quella extracontrattuale (art. 2043 c.c.) degli esercenti la professione sanitaria nel caso siano stati scelti dal paziente e non siano dipendenti della struttura, della cui opera quest'ultima si avvale per l'adempimento della prestazione sanitaria.
È altresì disposto l'obbligo dell'assicuratore di manlevare l'esercente la professione sanitaria che abbia stipulato la polizza obbligatoria per l'esercizio dell'attività libero-professionale secondo il disposto di cui all'art. 10, co. 2, della legge Gelli-Bianco. Il successivo co. 3 del citato art. 3 del decreto prevede la necessità della stipula di una polizza assicurativa per colpa grave a carico dell'esercente la professione sanitaria operante a qualsivoglia titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private e ciò al fine di garantire al danneggiato l'efficacia dell'azione di rivalsa di cui agli artt. 9 e 12, co. 3, della l. 24/2017 e ferme le limitazioni di cui all'art. 13 della citata legge [2].
Alla scadenza contrattuale viene prevista la possibilità, previo preavviso di 90 giorni, di variazione in aumento o in diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri nel corso della durata contrattuale, alla tipologia e al numero di sinistri chiusi con accoglimento della richiesta. La rideterminazione del premio deve, comunque, essere coerente e proporzionata alla variazione dei parametri adottati per la definizione del premio stesso.
Il successivo art. 4 determina i massimali di garanzia delle coperture assicurative in ragione del rischio dato dalla tipologia delle prestazioni rese e dalla loro natura. Vengono, quindi, differenziati i massimali in relazione all'attività svolta dalle strutture, riconoscendo a quelle che trattano anche attività chirurgica, ortopedica, anestesiologica e parto un massimale non inferiore ad euro 5.000.000,00 per sinistro e un massimale per ciascun anno non inferiore al triplo del massimale per sinistro e, dunque, ben maggiore rispetto alle strutture che non svolgono dette specializzazioni per le quali il massimale per sinistro non deve essere inferiore a euro 2.000.000,00. Diversamente, per le strutture ambulatoriali che

[2] L'art. 13 l. 24/2017 prevede l'obbligo di comunicazione delle strutture all'esercente la professione sanitaria dell'instaurazione del giudizio azionato dal danneggiato prevedendo che l'omissione o la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9.

non svolgono prestazioni erogabili solo in ambulatori situati nell'ambito di istituti di ricovero e cura, compresi i laboratori d'analisi, il massimale non deve essere inferiore ad euro 1.000.000,00 per sinistro e devono avere un massimale annuo non inferiore al triplo di quello per sinistro.
Vengono altresì precisati i massimali per gli esercenti la professione sanitaria, tenuto conto dell'attività svolta, prevedendo, come per le strutture, un incremento del massimale (non inferiore ad euro 2.000.000,00) in caso d'attività anche chirurgica, ortopedica, anestesiologica e parto; diversamente in assenza di tali specifiche attività il massimale non dovrà essere inferiore ad euro 1.000.000,00.
Il d.m. 232/2023 recepisce poi le disposizioni di cui all'art. 9 della legge Gelli-Bianco quanto agli importi di condanna del professionista in caso di colpa grave; condanna che non può superare una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno d'inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo.
L'art. 5 definisce l'efficacia temporale della garanzia, precisando che questa viene prestata nella forma "*claims made*" e, dunque, è operativa per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel periodo di vigenza della polizza e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi in tale periodo e nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto. È previsto altresì un periodo d'ultrattività di dieci anni nel caso di cessazione definitiva dell'attività lavorativa del professionista, con estensione anche agli eredi.
Importante, inoltre, la previsione di cui all'art. 6 del d.m., con il quale è disposto che, in vigenza di polizza e nel periodo di ultrattività, l'assicuratore non può recedere dal contratto a seguito di denuncia di sinistro o del suo risarcimento. Tale possibilità viene limitata al solo caso di reiterata condotta gravemente colposa dell'esercente la professione sanitaria in relazione a più sinistri che sia accertata a mezzo di sentenza definitiva che abbia determinato un risarcimento. Quanto sopra al fine chiaramente d'evitare che le compagnie, alla luce di più denunce da parte dei professionisti, decidano di risolvere i contratti così lasciando questi ultimi privi di copertura.
Con l'entrata in vigore del d.m. 232/2023 trova poi applicazione la previsione di cui all'art. 12 della legge Gelli-Bianco, ossia la possibilità per il danneggiato d'agire direttamente nei confronti della compagnia per il risarcimento del danno sofferto. Ai danneggiati, in base a quanto previsto dall'art. 8 del decreto, le compagnie potranno opporre, previa sottoscrizione d'apposita clausola contrattuale da approvare per iscritto, solo alcune precise e tassative eccezioni e ciò al chiaro fine di limitare la possibilità della compagnia di liberarsi dalla prestazione. Sarà così possibile sollevate le sole seguenti eccezioni: *(i)* per fatti dannosi derivanti da attività non oggetto della copertura assicurativa; *(ii)* per fatti generatori di responsabilità, ovvero richieste di risarcimento presentate al di fuori dell'estensione temporale della garanzia; *(iii)* con riferimento alle polizze relative alle strutture sanitarie, le limitazioni del contratto per la quota di rischio rientrante nella SIR o nella franchigia di polizza; *(iv)* per il mancato pagamento del premio e, infine, per l'omesso assolvimento dell'obbligo formativo. Viene quindi confermato il legame tra la necessità della formazione continua in medicina nel triennio ultimo utile (2023-2025) in misura del 70% e la copertura assicurativa che potrà sussistere solo al raggiungimento della predetta percentuale.

2.3. Il terzo titolo: "*Requisiti minimi di garanzia* e *condizioni di operatività delle misure analoghe*"

Apre il terzo titolo l'art. 9, in tema di "*misure analoghe alle coperture assicurative*", che prevede la possibilità per le strutture sanitarie di ricorrere, in alternativa al contratto d'assicurazione, all'assunzione diretta del rischio con apposita delibera approvata dai vertici della struttura. Laddove quest'ultima ritenesse d'optare per tale misura, è prevista la necessaria costituzione di due fondi, ossia il "*fondo rischi*" e il "*fondo riserva sinistri*".
Il primo fondo viene disposto a copertura dei rischi che possono dar luogo a richieste di risarcimento in capo alla struttura con accantonamento di un importo parametrato alla tipologia delle prestazioni erogate, con la precisazione che, laddove a seguito del suo utilizzo il residuo sia ritenuto insufficiente a far fronte ai rischi in corso nell'esercizio, lo stesso deve essere immediatamente ricostruito e, comunque, entro l'esercizio, salva la possibilità di stipulare una polizza assicurativa a copertura dell'eventuale suo esaurimento. L'ulteriore fondo riserva comprende l'ammontare complessivo delle somme necessarie per far fronte alle richieste di risarcimento presentate nel corso dell'esercizio o nel corso di quelli precedenti, relative a sinistri denunciati e non ancora pagati.
Nel successivo art. 12 è prevista la possibilità di "*trasmigrazione*" tra i due fondi al fine d'evitare una duplicazione degli importi accantonati. In base al successivo art. 13, la congruità e la sufficienza degli accantonamenti devono essere certificate da un revisore legale o dal collegio sindacale.
Infine, l'art. 17, in tema di "*gestione del rischio assicurativo*", dispone che la struttura sanitaria debba identificare annualmente i principali rischi di responsabilità civile ai quali è esposta e le azioni necessarie per la loro mitigazione senza oneri maggiori per la finanza pubblica, con l'obbligo di predisporre una relazione annuale sull'adeguatezza e sull'efficacia dei processi di valutazione dei rischi, sul raffronto tra le valutazioni effettuate e i risultati emersi nonché sulle criticità che sono state riscontrate.

2.4. Il quarto titolo: "*Disposizioni finali*"

Il quarto titolo è relativo alla disciplina transitoria, prevedendo all'art. 18 che, entro 24 mesi dall'entrata in vigore del d.m. 232/2023 (ossia, entro il 16 marzo 2026), i nuovi contratti assicurativi debbano recepire i requisiti minimi di cui alle norme sopra citate, nonché l'adeguamento, entro il medesimo termine, dei contratti già in essere. Quanto alle polizze pluriennali aggiudicate nell'ambito di bandi pubblici, se non liberamente rinegoziabili tra le parti, le stesse restano in vigore fino alla scadenza naturale del contratto e, comunque, non oltre 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto.

Altro adempimento per il quale è previsto il medesimo termine di 24 mesi successivi all'entrata in vigore del d.m. 232/2023 è l'adozione delle "*analoghe misure*".

3. In conclusione

Ci sono voluti quasi sette anni per normare quelle che sono state, forse, le più importanti novità della legge Gelli-Bianco, ma restano dubbi pratici circa la loro concreta applicabilità.

A fronte, infatti, dell'ormai noto interesse del Legislatore a tutelare il paziente danneggiato nel tentativo di garantirgli il risarcimento del danno sofferto imponendo l'obbligo assicurativo (o, in alternativa, le "*analoghe misure*") e disciplinando l'azione diretta nei confronti delle compagnie di assicurazione, sicuramente non sarà di semplice soluzione l'adeguamento, nei 24 mesi successivi all'entrata in vigore del d.m. 232/2023, delle polizze (così come delle "*analoghe misure*").

A ciò si aggiunga che la previsione del decreto che limita il novero delle eccezioni opponibili dalla compagnia, così implicitamente accollando in capo a queste ultime un maggior rischio, difficilmente, si teme, non avrà ripercussioni in termini d'aumento del premio assicurativo.

Ciò con l'ulteriore rischio di indurre le strutture ad optare per il sistema delle "*analoghe misure*", ossia per l'auto-ritenzione del rischio che, tuttavia, a differenza di quanto previsto per le polizze assicurative, non risulta, nel decreto in esame, essere normato con riferimento ai massimali minimi.

Se, tra l'altro, la predetta alternativa pare possibile per qualsiasi struttura a prescindere dal suo patrimonio netto ed indipendentemente dalla tipologia d'attività svolta, viene da chiedersi come si possa garantire al danneggiato il risarcimento in assenza di garanzie circa la solvibilità della struttura e senza alcun coinvolgimento dei professionisti.

Il tutto senza considerare la difficoltà di conciliare il rapporto tra assicuratore (chiamato direttamente in causa) e assicurato, alla luce dei diversi interessi sottesi; pur prevedendo, infatti, l'art. 15 d.m. 232/2023 l'obbligo di una gestione coordinata dei sinistri, è evidente la difficoltà pratica laddove, da un lato, l'assicurazione, alla luce di una gestione diretta ed unilaterale, possa avere interesse a definire il sinistro e, dall'altro, l'assicurato, tenuto all'esborso in ragione, ad esempio, della presenza di una SIR o di franchigia di polizza, non manifesti analoga disponibilità transattiva.

La responsabilità medica alla prova dell'IA

di **Gaetana Natale** e **Federico D'Orazio**

Sommario: 1. L'Intelligenza Artificiale e le sfide per il giurista. 2. Le principali applicazioni dell'Intelligenza Artificiale in medicina. 3. La disciplina euro-unitaria sui dispositivi medici. 4. Le più recenti proposte legislative dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale. 5. Alcune riflessioni in tema di IA e responsabilità medica. 5.1. La responsabilità dell'operatore sanitario. 5.2. La responsabilità della struttura ospedaliera. 5.3. La responsabilità del produttore. 5.4. L'importanza dell'equilibrio psicologico: metodologie del suo accertamento e della sua valutazione "funzionale" nella Pubblica Amministrazione.

Abstract: L'intelligenza artificiale applicata alla medicina pone al giurista la necessità di riformulare la responsabilità sanitaria attraverso un sistema integrato di interpretazione della Legge Gelli Bianco con il nuovo Regolamento AI Act , con i regolamenti in tema di dispositivi medici e con il GDPR , la normativa in tema di protezione dei dati personali. L'Intelligenza Artificiale di tipo generativo può indurre a configurare in capo al medico una responsabilità oggettiva ex art.2050 cc nella consapevolezza che tale tipo di intelligenza basata su una logica statistica bayesiana e non sul principio di causalità, può evolvere indipendentemente dalla volontà del produttore, del programmatore e dell'utilizzatore finale : è un'intelligenza che impara ad imparare attraverso una nozione di theorie dell'imprevision o della doctrine of frustration inglese. Il giurista deve compiere un processo di concettualizzazione normativa della tecnologia per regolare un fenomeno che diviene sempre più complesso e che richiede la perfetta sintesi tra la tecne e l'episteme".

1. L'Intelligenza Artificiale e le sfide per il giurista

Marcel Proust affermava che *"la maggior parte di quello che i medici sanno è insegnato loro dai malati*" Ma cosa direbbe oggi Marcel Proust se si confrontasse con gli algoritmi *cd di rinforzo*, con *il machine learning o con i computer neuromorfici*? Negli ultimi decenni si è assistito a una radicale crescita dell'impiego di sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) nei più diversi settori[1]. Tra questi, l'ambito medico e sanitario rappresenta certamente uno dei terreni che si è rivelato particolarmente fertile per l'applicazione dei sistemi di IA.

Come spesso accade, a fronte dell'evoluzione tecnologica emergono questioni etiche e giuridiche che necessitano di una adeguata risposta[2], in primo luogo dal punto di vista regolatorio, così che le potenzialità delle nuove tecnologie possano svilupparsi senza pregiudicare la tutela dei diritti fondamentali della persona e dei postulati dello Stato democratico.

Con particolare riguardo alle applicazioni dell'IA in medicina, con elevato grado di approssimazione, possono individuarsi tre principali sfide che si pongono all'attenzione del giurista[3]: i) assicurare la qualità dei dati di addestramento degli algoritmi di modo tale che essi non riflettano i vizi o i pregiudizi delle informazioni immesse nel sistema di IA[4]; ii) garantire la tutela del paziente e dei suoi dati personali nel rispetto della disciplina sul consenso informato; iii) predisporre un adeguato regime di responsabilità per i danni prodotti da decisioni mediche che siano state influenzate dall'impiego di sistemi di IA, oppure che siano state portate a compimento mediante gli stessi.

L'obiettivo di questo contributo è soffermarsi, in particolare, sulla terza questione menzionata, ovvero quella riguardante

---

[1] Il sistema di IA più noto al pubblico è *ChatGPT* di *Open AI*, un servizio di modelli linguistici di grandi dimensioni. La parabola di questa Intelligenza Artificiale è testimone della rapidità dell'evoluzione tecnologica: da più parti è stato infatti rilevato un calo delle *performance* di *ChatGPT* negli aggiornamenti del sistema e il superamento dello stesso da parte di altre IA. Si veda in materia G. BECCARIA, *Medicina, il 'Nobel' per l'informatica LeCun: "ChatGpt è superato, ecco l'A.I. di domani"*, in *la Repubblica*, 20 settembre 2023 (<https://www.repubblica.it/salute/2023/09/19/news/yann_lecun_medicina_intellligenza_artificiale-413676510/> ultimo accesso 20.09.2023); P. BENANTI, *ChatGPT è cambiato ma in peggio*, disponibile all'indirizzo di rete <https://www.paolobenanti.com/post/chatgpt-peggiora> (ultimo accesso 20.09.2023). Quest'ultimo, in particolare, analizza le metriche di valutazione dell'IA osservando come il loro cambiamento può determinare una diversità di comportamento del modello.

Le nuove ricerche sono oggi indirizzate verso la creazione di sistemi di calcolo neuromorfici in grado di apprendere e adattarsi in corso d'opera senza richiedere una fase di apprendimento dei dati, oppure dei c.d. biocomputer che tentano di riprodurre le connessioni neurali tipiche del cervello umano. Per alcuni spunti v. gli indirizzi di rete <https://scenarieconomici.it/computer-neuromorfici-la-via-neurale-verso-lintelligenza-artificiale/> e <https://it.euronews.com/next/2023/09/07/siamo-allinizio-di-una-rivoluzione-la-ricerca-punta-sui-biocomputer> (ultimo accesso 20.09.2023). Nell'ambito di questo settore della ricerca scientifica si parla ormai anche di "computer liquido a DNA": <https://scenarieconomici.it/computer-a-dna-ora-i-ricercatori-hanno-realizzato-un-computer-liquido/>.

[2] In dottrina è stato osservato come l'avanzare delle nuove tecnologie possa causare una "*disruption*" della regolazione giuridica esistente di determinati fenomeni: R. BROWNSWORD et al., *Law, Regulation and Technology: The Field, Frame, and Focal Questions*, in R. BROWNSWORD et al. (eds.), *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, OUP, 2017, p. 3 ss.

[3] Per una più ampia riflessione sulle sfide per il giurista poste dall'IA si rinvia a G. NATALE, *Intelligenza artificiale, neuroscienze, algoritmi: le sfide future per il giurista. L'uomo e la macchina*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020, n. 4, p. 249 ss.

[4] Per un approfondimento del tema v. G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, n. 2, p. 199 ss.; A. GERYBAITE, S. PALMIERI, F. VIGNA, *Equality in Healthcare AI: Did Anyone Mention Data Quality?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, n. 4, p. 385 ss.; G. RE FERRÈ, *Data donation and data altruism to face algorithmic bias for an inclusive digital healthcare*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2023, n. 1, p. 115 ss. Sul problema delle *bias* traslazionali e di contesto nel settore medico v. G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra* liability *e* accountability. *Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, n. 1, p. 181 ss.

l'incidenza dell'applicazione in ambito sanitario dell'IA sulla disciplina della responsabilità medica.

A tale scopo, dopo aver analizzato le principali applicazioni dell'IA in medicina e le innovazioni da esse derivanti nell'ambito della diagnosi e del trattamento delle patologie (paragrafo 2), si concentrerà l'attenzione dapprima sulle disciplina europea dei dispositivi medici (paragrafo 3) e, successivamente, sulle più recenti proposte legislative avanzate a livello dell'Unione Europea per la regolazione dell'Intelligenza Artificiale (paragrafo 4).

In questo modo, si ritiene di poter individuare alcuni dei principali elementi utili a tratteggiare il quadro regolatorio in materia di responsabilità per danno prodotto da sistemi di IA (paragrafo 5).

2. Le principali applicazioni dell'Intelligenza Artificiale in medicina

Le applicazioni dell'Intelligenza Artificiale in medicina sono al giorno d'oggi molto numerose ed involgono differenti ambiti della materia[5]. Uno dei settori in cui le potenzialità dell'IA sono più facilmente riscontrabili è quello della diagnosi delle malattie. Tra le diverse applicazioni innovative merita soffermarsi, in primo luogo, sui sistemi algoritmici in grado di diagnosticare la presenza di patologie nei pazienti sulla base dell'analisi di esami di diagnostica per immagini.

Tra i casi più significativi vi è quello riguardante lo sviluppo dell'algoritmo "DLAD" (*Deep Learning based Automatic Detection*), avvenuto nel 2018, che ha permesso ai ricercatori del *Seoul National University Hospital and College of Medicine* di elaborare un sistema intelligente in grado di analizzare le radiografie del torace e di rilevare la crescita anormale delle cellule[6]. L'algoritmo si è dunque dimostrato utile nella rilevazione di patologie, come il cancro ai polmoni, sulla base di scansioni TC. Altri algoritmi di IA, come quello elaborato da *Arterys Inc.*, che ha ottenuto l'approvazione della *Food and Drug Administration* (FDA) statunitense[7] nel 2022, sono invece in grado di rilevare lesioni cancerogene nel fegato oltre che nei polmoni.

Tra i sistemi di IA impiegati per la diagnosi dei tumori possono inoltre ricordarsi l'algoritmo "LYNA" (*Lymph Node Assistant*) creato nel 2018 dai ricercatori di *Google AI Healthcare* per l'identificazione di tumori metastatici al seno attraverso l'analisi delle biopsie dei linfonodi[8], nonché le applicazioni di IA volte a diagnosticare tumori della pelle e a permetterne una classificazione[9]. Nell'ambito della diagnosi di malattie cardiache e della valutazione del rischio di morte cardiaca improvvisa, spiccano per innovatività l'algoritmo sviluppato da *Anumana* in collaborazione con *Pfizer* per la diagnosi della amiloidosi cardiaca e quello di *AliveCor* per l'identificazione delle fibrillazioni atriali (approvato dalla FDA già nel 2014)[10].

In termini generali, quel che appare sorprendente è che, secondo uno studio del 2019, l'Intelligenza Artificiale potrebbe essere in grado di riconoscere le malattie sulla base di diagnostica per immagini con la stessa efficacia del personale medico[11]. In particolare, sulla base del confronto tra le prestazioni dell'IA e quelle degli operatori sanitari nel rilevare le malattie utilizzando studi condotti tra il 2012 e il 2019, la ricerca sostiene che le prestazioni diagnostiche sono risultate equivalenti e che l'utilizzo di tecnologie di *deep learning* potrebbe rendere ancora più efficiente l'identificazione delle malattie da parte dell'IA nei prossimi anni.

Al di fuori delle applicazioni per la diagnosi delle patologie, l'IA ha trovato recente utilizzazione anche per la creazione e la produzione di nuovi farmaci[12].

Le aziende farmaceutiche *Exscientia* e *Sumitomo Dainippon* hanno ad esempio prodotto con l'ausilio dell'IA un farmaco per il trattamento del disturbo ossessivo compulsivo che si trova al momento in fase di sperimentazione clinica in Giappone. Il farmaco è stato sviluppato in un solo anno, contro i cinque anni di cui generalmente necessitano simili progetti. Pur

---

[5] Per una panomarica introduttiva v. A.M. RAHMANI *et al.*, *Machine Learning (ML) in Medicine: Review, Applications, and Challenges*, in *Mathematics*, 2021, n. 9, p. 2970 ss.

[6] J.G. NAM *et al.*, *Development and Validation of Deep Learning-based Automatic Detection Algorithm for Malignant Pulmonary Nodules on Chest Radiographs*, in *Radiology*, 2019, vol. 290, p. 218 ss.

[7] I primi dispositivi medici basati su sistemi di IA che sono stati approvati dalla FDA risalgono al 1995, ma il loro numero è cresciuto radicalmente negli ultimi dieci anni. L'intera lista dei dispositivi medici che impiegano l'IA approvati dalla FDA è disponibile al sito di rete <https://www.fda.gov/medical-devices/software-medical-device-samd/artificial-intelligence-and-machine-learning-aiml-enabled-medical-devices> (ultimo accesso 05.09.2023).

[8] Per uno studio delle applicazioni dell'IA per la classificazione dei tumori al seno v. T.E. MATHEW, *An Improvised Random Forest Model for Breast Cancer Classification*, in *NeuroQuantology*, 2022, vol. 20, n. 5, p. 713 ss.

Google, grazie ai ricercatori di *Google DeepMind*, ha inoltre prodotto un algoritmo chiamato "AlphaMissense" per la previsione delle malattie genetiche e della dannosità delle mutazioni nei geni umani. Si veda al riguardo: <https://www.adnkronos.com/economia/malattie-genetiche-la-diagnosi-di-google-con-lintelligenza-artificiale_1Fk07KY5uYxSTrqFqrLUSx?refresh_ce>; <https://www.wired.it/article/intelligenza-artificiale-deepmind-google-malattie-genetiche-alphamissense/> (ultimo accesso 23.10.23).

[9] K. DAS *et al.*, *Machine Learning and Its Application in Skin Cancer*, in *International Journal of Environment Research and Public Health*, 2021, p. 1 ss.

[10] Merita sottolineare che l'elencazione qui proposta è meramente esemplificativa dal momento che le applicazioni dell'IA per la diagnosi delle malattie sono oggi innumerevoli. Si consideri, ad esempio, che la FDA statunitense ha approvato anche un algoritmo impiegato per la diagnosi della retinopatia diabetica (si tratta dell'algoritmo "IDx" della *Digital Diagnostics Inc.*) oppure che ulteriori innovative applicazioni dell'IA permettono oggi di aiutare i medici nell'identificazione della tipologia di tumore durante un intervento chirurgico: C. VERMEULEN et al., *Ultra-fast deep-learned CNS tumour classification during surgery*, in *Nature*, 11 ottobre 2023.

[11] X. LIU *et al.*, *A comparison of deep learning performance against health-care professionals in detecting diseases from imaging: a systematic review and meta-analysis*, in *Lancet Digital Health*, 2019, n. 1, p. 271 ss.

In un recente caso italiano, tramite l'impiego di sistemi di IA è stata rilevata in una paziente una dissezione coronarica che non era emersa nell'analisi della diagnostica per immagini compiuta dal personale sanitario. La notizia è stata riportata dal giornale *Il Mattino*. L'articolo è disponibile all'indirizzo di rete <https://www.ilmattino.it/napoli/citta/napoli_cardiologo_salva_paziente_grazie_all_intelligenza_artificale-7669825.html?refresh_ce> (ultimo accesso 23.10.2023).

[12] Per un'ampia analisi si veda J. KRAUS , *Can artificial intelligence revolutionize drug discovery?*, in *AI & Society*, 2020, vol. 35, p. 501 ss.

dovendosi ancora valutare a pieno l'efficacia clinica del medicinale, la rapidità con cui è stato realizzato appare sintomo dei vantaggi che possono derivare dall'impiego di sistemi di IA per la creazione di farmaci.
Conclusioni di questo tipo trovano conferma in altri casi simili: il farmaco "INS018_055" per la cura della fibrosi polmonare idiopatica, di proprietà della società biotecnologica di Hong Kong *Insilico Medicine*, è stato interamente progettato dall'IA in tempi rapidissimi ed è stato recentemente autorizzato per la sperimentazione umana (corrispondente alla fase II della sperimentazione clinica).
Secondo i risultati di un recente studio, i sistemi di IA sarebbero inoltre in grado di favorire la creazione di nuovi antibiotici. Grazie all' IA, è stato infatti possibile riportare in vita le molecole di proteine estinte, prodotte da ominidi dei tempi di Neanderthal; le proteine delle specie estinte potrebbero essere una risorsa non sfruttata per lo sviluppo di antibiotici[13].
L'importanza della scoperta si comprende agevolmente se solo si considera che la produzione di antibiotici ha subito un forte rallentamento negli ultimi decenni, mentre il numero di batteri a loro resistenti è in aumento.
Un altro ambito applicativo molto importante è poi quello della valutazione delle interazioni tra i farmaci. Numerosi algoritmi sono infatti impiegati per valutare le interazioni tra medicinali a partire dalle cartelle cliniche elettroniche o dalle segnalazioni di eventi avversi da parte di pazienti, oppure ancora dai database dell'OMS. In altri casi, gli algoritmi per la valutazione dell'interazione tra farmaci è stata posta ad oggetto di ricerche universitarie in materia di terapie antitumorali. Una analisi condotta dai ricercatori della Vanderbilt University ha studiato, ad esempio, come ottimizzare la terapia di combinazione per il tumore del polmone non a piccole cellule e per il melanoma servendosi dell'algoritmo "MuSyC" (*Multi-dimensional synergy of combinations*)[14].
Inoltre, grazie all'impiego di sistemi di IA, è stato possibile permettere a persone paralizzate di riacquistare la capacità di parola o di camminare: se in un caso una donna paralizzata a causa di in ictus ha potuto ricominciare a comunicare attraverso un avatar digitale comandato con il pensiero che riproduce la voce e le espressioni del volto della paziente – si tratta, dunque di un'interfaccia in grado di tradurre i segnali dell'attività cerebrale in parole ed espressioni[15] -, in un altro caso la creazione di una interfaccia cervello-spina dorsale ha permesso a una persona paralizzata di ricominciare a camminare[16].
Risultati significativi sono stati ottenuti anche nel contrasto alla diffusione del Covid-19 e nel campo della psicologia. Per quanto riguarda il primo profilo, merita evidenziare che l'IA è stata utilmente utilizzata per predire, identificare e tracciare la diffusione del Covid-19, nonché per lo sviluppo di alcune cure e vaccini[17].
Con riferimento invece alle applicazioni dell'IA in psicologia, si osserva una sempre più ampia diffusione di programmi per la diagnosi di disturbi psicologici e per il supporto dello psicologo nell'individuazione del trattamento più consono del paziente. Tra questi, possono menzionarsi in questa sede il programma "Mser-Diagno" che utilizza il *Mental Status Examination Record* (MSER) per valutare lo stato psichico del paziente e produrre un report narrativo, sulla cui base viene fornita un'indicazione diagnostica e di trattamento, nonché le *chatbox* "Eliza" e "Woebot"[18].
In particolare, *Eliza* rappresenta la prima IA pensata per la pratica psicologica; essa fu sviluppata nel 1966 da Joseph Weizenbaum del *Massachusetts Institute of Technology* con l'obiettivo di creare un sistema che simulasse un terapeuta e fosse in grado di instaurare legame empatico con il paziente. In uno studio del 2013 è stato operato un confronto tra *Eliza* e uno psicoterapeuta di formazione cognitivo-comportamentale[19]: una paziente ha partecipato a due brevi sessioni consecutive della durata di 15 minuti, di cui la prima svolta con la *chatbox Eliza* e la seconda con lo psicoterapeuta di persona. L'indagine svolta andava a indagare aspetti sia relativi alla *performance*, quali ad esempio l'efficienza della discussione e il corretto approccio al problema portato dalla paziente, sia la qualità della relazione terapeutica.
Per altro verso, *Woebot* costituisce una delle ultime *chatbox* ideate per l'applicazione nel campo della psicologia. È un programma del 2017 sviluppato dall'Università di Stanford che, utilizzando una matrice cognitivo-comportamentale, offre un supporto personalizzato per coloro che soffrono di depressione o ansia. In particolare, *Woebot* utilizza la c.d. *sentiment analysis*, un processo di calcolo che analizza e cataloga le emozioni del paziente, nonché la *emotion detection* che permette di individuare le emozioni all'interno del testo prodotto dai pazienti con risultati molto efficaci.
Le applicazioni dell'IA nel campo della psicologia inducono a riflettere sulla concreta possibilità che i sistemi di IA possano sostituirsi allo psicoterapeuta o, in termini più generali, al personale medico con esiti non del tutto prevedibili. In effetti, secondo i risultati di un report commissionato dallo *Steering*

---

[13] J. Maasch *et al.*, *Molecular de-extinction of ancient antimicrobial peptides enabled by machine learning*, in *Cell Host & Microbe*, 2023, vol. 31, p. 1260 ss.
[14] Si consulti al riguardo l'indirizzo di rete <https://news.vanderbilt.edu/2019/02/20/new-algorithm-calculates-drug-synergy-initial-tests-involve-melanoma-lung-cancer/> (ultimo accesso 31.08.22).
[15] S. Ambrogio *et al.*, *An analog-AI chip for energy-efficient speech recognition and transcription*, in *Nature*, 24 August 2023, vol. 620, p. 768 ss.
[16] H. Lorach *et al.*, *Walking naturally after spinal cord injury using a brain-spine interface*, in *Nature*, 1 June 2023, vol. 618, p. 126 ss.
[17] Per un approfondimento di come i sistemi di IA siano stati impiegati nella lotta contro il Covid-19 v. T. Alafif *et al.*, *Machine and Deep Learning towards COVID-19 Diagnosis and Treatment: Survey, Challenges, and Future Directions*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2021, p. 1 ss.; N. Tayarani, *Applications of Artificial Intelligence in Battling Against Covid-19: A Literature Review*, in *Chaos, Solitons & Fractals*, 2021, vol. 142, p. 1 ss.
[18] Altri programmi che fanno uso dell'IA in psicologia sono, ad esempio, il programma "Sciroppo", un sistema di supporto alle decisioni sul percorso psicoterapeutico da adottare per il paziente i cui dati anamnestici vengono valutati dal sistema; il programma "Sexpert" per la diagnosi e il trattamento di disturbi di natura sessuale; il programma "Espdq-C" per la rilevazione di disturbi della personalità.
[19] I.A. Cristea, M. Sucala, D. David, *Can you tell the difference? Comparing face-to-face versus computer-based interventions. The "Eliza" effect in Psychotherapy*, in *Journal of Cognitive and Behavioral Psychotherapies*, 2013, vol. 13, n. 2, p. 291 ss.

Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health del Consiglio d'Europa i sistemi di IA sarebbero potenzialmente in grado di alterare il rapporto medico-paziente[20]. Ancora una volta si tratterà dunque di indirizzare l'innovazione tecnologica in una direzione che sia rispettosa dei diritti e della dignità del paziente.

Al riguardo, merita riprendere le considerazioni dello *Steering Committee*, affidate ai *concluding remarks* del report: "The degree to which AI systems inhibit 'good' medical practice hinges upon the model of service. If AI is used solely to complement the expertise of health professionals bound by the fiduciary obligations of the doctor-patient relationship, the impact of AI on the trustworthiness and human quality of clinical encounters may prove to be minimal. At the same time, if AI is used to heavily augment or replace human clinical expertise, its impact on the caring relationship is more difficult to predict. It is entirely possible that new, broadly accepted norms 'good' care will emerge through greater reliance on AI systems, with clinicians spending more time face-to-face with patients and relying heavily on automated recommendations."[21].

3. La disciplina euro-unitaria sui dispositivi medici

Le innovazioni ottenute in campo sanitario grazie all'applicazione dei sistemi di IA impongono di valutare se tali sistemi possano essere assoggettati alla regolamentazione europea dei dispositivi medici. A tale scopo, una ricognizione degli atti legislativi applicabili in materia di dispositivi medici a livello europeo[22] deve necessariamente prendere in considerazione il Regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici[23], il Regolamento (UE) n. 536/2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano[24], e il Regolamento (CE) n. 726/2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza di medicinali per uso umano e veterinario[25].

Con riferimento al primo atto normativo menzionato, merita evidenziare che il Regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici, entrato in vigore il 26 maggio 2021, ha sostituito le precedenti Direttive n. 93/42 e n. 90/385, conservandone tuttavia la disciplina integrata di nuove disposizioni[26]. In particolare, sono stati ampliati i controlli sulla sicurezza e sulla efficacia dei dispositivi, è stata prevista la rimozione del meccanismo che permetteva di accelerare la commercializzazione di prodotti equivalenti ad altri già esistenti sul mercato, ed è stato posto l'obbligo di effettuare controlli successivi (*clinical follow-up*) alla commercializzazione per tutti i dispositivi medici.

Tanto premesso, la questione circa la configurabilità dei sistemi di IA applicati in medicina alla stregua di dispositivi medici non può evidentemente prescindere, in primo luogo, dalla definizione di dispositivo medico contenuta nel Regolamento in esame.

Ai sensi dell'art. 2(1) del Regolamento, costituisce un dispositivo medico qualunque strumento, apparecchio o *software* "destinato dal fabbricante a essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle […] destinazioni d'uso mediche" specificamente contemplate dal Regolamento, che includono "diagnosi, prevenzione, monitoraggio, previsione, prognosi, trattamento o attenuazione di malattie"[27].

Alla luce della vigente definizione, la possibilità di definire uno strumento di intelligenza artificiale quale dispositivo medico dipende pertanto dalla sussistenza di due elementi: da un lato, il perseguimento di uno degli obiettivi medici individuati dall'art. 2(1) e, dall'altro, l'intento del fabbricante di produrre un dispositivo da impiegarsi per fini medici[28].

La disciplina contenuta nel Regolamento 2017/745 viene altresì in rilievo per l'individuazione degli obblighi posti in capo al fabbricante del dispositivo medico, i quali, espressamente contemplati all'art. 10, riguardano la garanzia della sicurezza del dispositivo, i benefici clinici derivanti dal suo impiego e la qualità del prodotto messo in commercio.

Nell'impostazione di tale disciplina assumono ruolo centrale - anche al fine di verificare che il fabbricante adempia agli obblighi prescritti e, dunque, che il prodotto sia conforme alle esigenze di sicurezza ed efficacia del dispositivo medico - le valutazioni e le indagini cliniche di cui esso è oggetto: per limitarsi ad alcuni esempi, può segnalarsi la disposizione dell'art. 61, che fa obbligo al fabbricante di precisare e motivare il "livello di evidenze cliniche necessario a dimostrare il rispetto dei pertinenti requisiti generali di sicurezza e prestazione", e prescrive inoltre che "[t]ale livello di evidenze cliniche dev'essere appropriato in considerazione delle caratteristiche del dispositivo e della sua destinazione d'uso". Di conseguenza il fabbricante è tenuto ad aggiornare periodicamente le valutazioni cliniche, affinché sia garantita la

---

[20] B. MITTELSTADT, *The Impact of Artificial Intelligence on The Doctor-Patient Relationship*, December 2021 (Report commissioned by the Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health (CDBIO), Council of Europe).

[21] B. MITTELSTADT, *The Impact of Artificial Intelligence on The Doctor-Patient Relationship*, cit., p. 64.

[22] Per un'analisi della normativa europea in materia di dispositivi medici v. F.C. LA VATTIATA, *AI-based medical devices: the applicable law in the European Union*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2022, n. 4, p. 411 ss.

[23] Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

[24] Regolamento (UE) n. 536/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano e che abroga la direttiva 2001/20/CE.

[25] Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per il medicinali.

[26] Per l'analisi dei profili innovativi della nuova disciplina europea sui dispositivi medici v. N. MARTELLI *et al.*, *New Regulation for Medical Devices: What Is Changing?*, in *Cardiovascular and Interventional Radiology*, 2019, vol. 42, p. 1272 ss.

[27] Art. 2(1), Reg. (UE) 2017/745.

[28] In questo senso si erano già espresse le linee guida emanate dalla Commissione europea con riferimento alle direttive precedenti: European Commission, *Guidelines on the qualification and classification of stan alone software used in healtcare within the regulatory framework of medical* devices (MEDDEV 2.1/6), July 2016.

continuativa efficacia del dispositivo medico rendendo disponibili i risultati delle indagini in appositi *report*. Egualmente rilevante è l'art. 62, che disciplina le indagini cliniche e ne predispone i requisiti procedurali: finalità principale di tali indagini è quella di accertare che il dispositivo sia idoneo a svolgere una delle funzioni mediche rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento, di riscontrare la sussistenza di benefici clinici conseguenti all'utilizzazione di tale dispositivo, di verificarne la sicurezza, di individuare eventuali effetti collaterali del suo impiego e di valutare se questi costituiscano rischi accettabili nel confronto con i benefici attesi.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, la normativa sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano contenuta nel Regolamento (UE) n. 536/2014, va sottolineata la limitata rilevanza per i sistemi di IA utilizzati in campo medico. Le relative disposizioni non sono infatti applicabili ai dispositivi medici elaborati grazie all'impiego di sistemi di IA, salvo i casi in cui il prodotto sanitario risulti da una combinazione dei dispositivi medici con prodotti farmaceutici sottoposti alla normativa in esame[29].

In termini diversi viene in gioco il Regolamento (CE) n. 726/2004, che ha istituito l'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA) con lo scopo di promuovere uno standard di eccellenza nella valutazione e supervisione dei medicinali. L'attività dell'Agenzia, com'è noto, consiste principalmente nel prestare assistenza agli Stati Membri e alle Istituzioni dell'UE mediante pareri scientifici e tecnici sulla qualità, sulla sicurezza e sulla efficacia dei medicinali. Inoltre, l'EMA coordina la definizione di linee guida per il rilascio delle autorizzazioni di immissione nel mercato di medicine destinate ad uso umano, e presiede alle attività di sorveglianza e controllo dei medicinali dopo la loro commercializzazione.

Nel caso di prodotti composti da dispositivi medici fondati sull'uso combinato di sistemi di IA e di medicinali, l'EMA è pertanto responsabile per la valutazione della qualità, efficacia e sicurezza dei prodotti oggetto delle domande di autorizzazione per l'immissione nel mercato. In particolare, nelle diverse ipotesi in cui il dispositivo medico basato su sistemi di IA richiede un trattamento medicinale di carattere meramente ancillare, l'EMA sarà chiamata ad emettere un parere sulla qualità e sulla sicurezza della sostanza medicinale ancillare.

4. Le più recenti proposte legislative dell'Unione Europea in materia di Intelligenza Artificiale

Tra le iniziative legislative dell'Unione Europea in materia di IA riveste un ruolo di primo piano la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) del 21 aprile 2021[30].

La Proposta suddetta si pone due obiettivi principali: da un lato affrontare i rischi riguardanti alcune specifiche applicazioni dell'Intelligenza Artificiale e, dall'altro, promuovere lo sviluppo di questo tipo di tecnologia[31]. In questa prospettiva, com'è noto, la regolamentazione proposta con l'*IA Act* si fonda sull'individuazione di differenti livelli di rischio che vengono associati al tipo di sistema di IA impiegato ("*risk-based approach*").

Gli snodi centrali della proposta regolatoria vertono sulla predisposizione di una definizione ampia di Intelligenza Artificiale[32], come tale idonea a contenere anche i futuri sviluppi della tecnologia; sulla configurazione di una regolamentazione incentrata sui casi di c.d. alto rischio; sul divieto di utilizzazione di alcuni tipi di IA specificamente individuati per ragioni di tutela di diritti e libertà fondamentali; e sull'individuazione di requisiti minimi di trasparenza applicabili in tutti i casi di impiego di sistemi di IA.

Nell'analisi della disciplina contenuta nell'*AI Act*, che intende coprire sia le fasi di sviluppo e di commercializzazione dei sistemi di IA sia quella di concreta applicazione degli stessi, due principali questioni vengono in rilievo: da un lato, la definizione del rapporto della normativa proposta con gli altri atti legislativi vigenti in materie, come quella dei dispositivi medici, in cui l'IA trova frequente applicazione; dall'altro, la necessità di individuare il livello di rischio da attribuirsi ai sistemi di IA impiegati in ambito sanitario.

Con riferimento alla prima questione, può osservarsi come la stessa Proposta di Regolamento provveda a disciplinare il rapporto tra le proprie disposizioni e quelle di altre fonti del diritto dell'UE. Alla nuova normativa viene infatti attribuita una "natura orizzontale", che richiede "un'assoluta coerenza con la normativa vigente dell'Unione applicabile ai settori nei quali i sistemi di IA ad alto rischio sono già utilizzati o saranno probabilmente utilizzati in un prossimo futuro"[33]. Con particolare riguardo ai dispositivi medici, oggetto dei Regolamenti sopra richiamati, i requisiti imposti dall'*Artificial Intelligence Act* per l'impiego di sistemi di IA ad alto rischio sono pertanto destinati ad aggiungersi a quelli già previsti dalla disciplina settoriale di riferimento.

---

[29] F.C. LA VATTIATA, *AI-based medical devices: the applicable law in the European Union*, cit., pp. 423-424.

[30] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, Bruxelles, 21.4.2021 (COM(2021) 206 *final*).

[31] Si veda sul punto la relazione introduttiva della Proposta (punto n. 1.1., riguardante "Motivi e obiettivi della proposta").

[32] Si tratta di una scelta che è stata criticata da una parte della dottrina, la quale ritiene che, a fronte dell'impossibilità di fornire una definizione di IA in grado di coprirne tutte le presenti e future applicazioni, sarebbe più opportuno provvedere alla sua disciplina mediante una regolamentazione per settori piuttosto che di tipo unitaria. In questo senso v. A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence Does Not Exist! Defying The Technology-Neutrality Narrative in The Regulation of Civil Liability for Advanced Technologies*, in *Europa e diritto privato*, 2022, n. 2, p. 369 ss.; ID., *AI & Civil Liability*, in A. BERTOLINI, R. CARLI, R. LIMONGELLI E L. SPOSINI, *Regulating Advanced Technologies: Policy Papers of the Jean Monnet Centre of Excellence on the Regulation of Robotics and AI – EURA*, 2022, p. 39 e ss.

[33] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, COM(2021) 206 *final*, cit., punto n. 1.2. della "Relazione".

L'inclusione dei sistemi di IA impiegati in ambito sanitario nel campo applicativo delle previsioni contenute nella Proposta presuppone che la rischiosità propria di tali sistemi integri il carattere di "alto rischio" a cui fanno riferimento le definizioni introdotte dalla normativa.

Ai fini della classificazione nella categoria caratterizzata da "alto rischio", l'art. 6, par. 1, della Proposta richiede che siano "soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione elencata nell'allegato II; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II"[34].

Considerato che l'allegato II della Proposta, al punto n. 11 della sezione A), include espressamente il Regolamento (UE) 745/2017 sui dispositivi medici nell'elenco della normativa di armonizzazione dell'Unione, e che, sulla base delle regole di classificazione contenute nel Capo III dell'Allegato VII al Reg. UE 745/2017, i dispositivi medici che impiegano l'IA rientrano, nella maggior parte dei casi, in una classe di rischio per la quale è prevista la valutazione di conformità dell'organismo notificato[35], appare ragionevole concludere che tali sistemi rappresenteranno, il più delle volte, sistemi "ad alto rischio" ai sensi dell'*AI Act*.

Questa circostanza risulta peraltro coerente con l'impostazione della Proposta che già al *considerando* n. 28 sottolinea che "[i] sistemi di IA ad alto rischio potrebbero avere ripercussioni negative per la salute e la sicurezza delle persone" [36] e che "nel settore sanitario, in cui la posta in gioco per la vita e la salute è particolarmente elevata, è opportuno che i sistemi diagnostici e i sistemi di sostegno delle decisioni dell'uomo, sempre più sofisticati, siano affidabili e accurati".

Venendo ora alla questione della responsabilità per danno causato da sistemi di IA, è da rilevare che la Proposta finora analizzata non si occupa direttamente della materia. Una prima iniziativa delle Istituzioni dell'Unione per la promozione di un regolamento in materia di responsabilità civile per danni da IA si è sostanziata nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020[37], benché precedenti interventi in materia avessero avuto luogo con la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica[38].

Nella documentazione prodotta in risposta alla Risoluzione del 2020, la Commissione ha individuato fin da principio nella Direttiva sulla responsabilità dei danni da prodotto il parametro di riferimento per la disciplina della materia, proponendosi di valutare, mediante apposita consultazione, se la revisione o la modifica di alcune parti della Direttiva potesse consentirne l'estensione applicativa ai casi di danno prodotto dall'impiego di sistemi di IA. In particolare, la Risoluzione richiamata, pur riconoscendo la necessità di alcune modifiche (in primo luogo delle definizioni di "prodotto" e di "produttore"), ha sottolineato che la Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso (che, com'è noto, ha introdotto un regime di responsabilità oggettiva del produttore per i danni causati dai difetti del prodotto) e i regimi nazionali di responsabilità per colpa apparivano idonei, in linea di principio, a costituire il fulcro della legislazione per la disciplina del maggior numero di casi di danno causato dall'IA[39].

Nell'abbracciare questa prospettiva, il Parlamento europeo ha ritenuto, pertanto, di non seguire la diversa via, pur prospettata da una parte della dottrina a proposito dei criteri di imputazione dei danni causati da sistemi di IA, che vedrebbe attribuita a tali sistemi una vera e propria personalità giuridica[40].

L'esame della Risoluzione del 2020 deve essere compiuto tenendo in considerazione quanto oggi previsto nel testo della Proposta di Regolamento del 21 aprile 2021, che getta le basi del sistema della responsabilità civile nell'ambito dell'IA. In particolare, la Proposta viene in rilievo per la definizione di Intelligenza Artificiale, per la categorizzazione dei sistemi che se ne avvalgono e per l'individuazione delle pratiche vietate. Peraltro, la Risoluzione del 2020 e l'*AI Act* condividono la

---

[34] Art. 6(1), Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, COM(2021) 206 *final*, cit. Il paragrafo 2 della disposizione stabilisce inoltre: "Oltre ai sistemi di IA ad alto rischio di cui al paragrafo 1, sono considerati ad alto rischio anche i sistemi di IA di cui all'allegato III".

[35] Ai sensi del Regolamento (UE) 745/2017, i dispositivi medici sono classificati mediante suddivisione in quattro classi di rischio: I, IIa, IIb, e III. Sulla base di tale distinzione, l'art. 52 del Regolamento predispone una procedura di valutazione della conformità del dispositivo medico che varia in funzione della classe di rischio assegnata. L'unica ipotesi in cui non è richiesto l'intervento dell'organismo notificato è quella riguardante i dispositivi medici che rientrano nella classe di rischio I e che presentano determinate caratteristiche: non sono sterili; non svolgono funzioni di misura; e non costituiscono strumenti chirurgici riutilizzabili. In questo solo caso, il Regolamento pone in capo al fabbricante l'obbligo di redigere una dichiarazione di conformità, senza che siano coinvolti soggetti terzi nella procedura.

[36] Merita sottolineare che le preoccupazioni circa i possibili effetti dell'IA sulla tutela dei diritti fondamentali della persona ha recentemente indotto autorevoli esponenti dell'accademia a proporre alle Istituzioni europee di includere una valutazione di impatto sui diritti fondamentali nell'ambito della regolamentazione dell'IA. Si consulti al riguardo l'indirizzo di rete <https://brusselsprivacyhub.com/2023/09/12/brussels-privacy-hub-and-other-academic-institutions-ask-to-approve-a-fundamental-rights-impact-assessment-in-the-eu-artificial-intelligence-act/>.

[37] Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 2020/2014(INL). Per un esame dei contenuti della normativa proposta v. A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence Does Not Exist! Defying The Technology-Neutrality Narrative in The Regulation of Civil Liability for Advanced Technologies*, cit., p. 384 ss.

[38] Per la ricostruzione della genesi del quadro giuridico europeo in materia di responsabilità civile per danni da IA v. D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'*Artificial Intelligence Act *dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, n. 2, p. 95 ss.

[39] Al riguardo, si veda, ad esempio, il *Considerando* n. 9 della Proposta di Regolamento sulla responsabilità per i funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale allegata alla Risoluzione in esame.

[40] Per alcune riflessioni sul tema v. G. TADDEI ELMI, S. MARCHIAFAVA, A. UNFER, *Responsabilità civile e Personalità giuridica della Intelligenza Artificiale*, in *i-lex*, 2021, n. 2, p. 100 ss., nonché L. ARNAUDO, R. PARDOLESI, Ecce robot. *Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 2023, n. 4, p. 409 ss.

particolare attenzione posta sull'esigenza di individuare il rischio legato all'utilizzo dei sistemi di IA e di predisporre una corretta allocazione della responsabilità tra i diversi soggetti che intervengono nel ciclo di vita di un algoritmo (fabbricante, utilizzatore, destinatario del trattamento, ecc.)[41].

La Proposta di regolamento allegata alla Risoluzione del 2020, strutturata in ventiquattro considerando, cinque capi e quindici articoli, proponeva alla Commissione l'adozione di un regime di responsabilità oggettiva per i sistemi ad alto rischio e un regime di responsabilità per colpa per gli altri sistemi.

Nel caso di sistemi ad alto rischio la previsione attorno alla quale si imperniava il regime di responsabilità extracontrattuale era quella che individuava il soggetto responsabile per i danni causati da un sistema di IA nell'operatore. Dal punto di vista dell'elemento soggettivo, come anticipato, veniva sancita l'applicazione del criterio della responsabilità oggettiva[42]. La responsabilità degli operatori di sistemi di IA ad alto rischio era pertanto esclusa solamente nelle ipotesi in cui il danno fosse dovuto a cause di forza maggiore, non essendo sufficiente la prova dell'aver agito con la dovuta diligenza[43].

Nel caso di sistemi di IA connotati da rischio minore, in virtù del regime di responsabilità per colpa, l'operatore era invece esonerato dall'obbligo di risarcimento mediante la dimostrazione della non imputabilità del danno alla sua condotta oppure dell'avere agito con la dovuta diligenza[44]. La responsabilità era inoltre esclusa quando il sistema di IA, nonostante fossero state adottate tutte le misure necessarie per evitarne l'attivazione, si fosse attivato senza che l'operatore ne fosse a conoscenza.

Successivamente alla Risoluzione del 2020, due ulteriori proposte legislative sono state avanzate nel 2022 dalle Istituzioni europee sul tema della responsabilità civile: la Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi[45] e la Proposta di Direttiva sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale[46].

Mentre la prima Proposta risponde alla menzionata necessità di un adeguamento della vigente Direttiva sulla responsabilità per danni da prodotto difettoso, la seconda si occupa specificamente della questione in esame. Essa si pone come obiettivi principali quelli di fornire strumenti giuridici idonei a garantire ai cittadini europei il diritto al risarcimento dei danni causati da sistemi di IA ad alto rischio. In questa prospettiva, la regolamentazione proposta si occupa di agevolare l'identificazione dei soggetti potenzialmente responsabili del danno eventualmente subito, nonché la dimostrazione dei fatti posti a fondamento della domanda risarcitoria.

Al riguardo, è disposizione rilevante l'articolo 3(1), che attribuisce a un organo giurisdizionale il potere di ordinare la divulgazione di elementi di prova in relazione a specifici sistemi di IA ad alto rischio la cui operatività si presume abbia cagionato un danno.

Inoltre, al paragrafo 5 dello stesso articolo 3, è introdotta una presunzione di non conformità della condotta del convenuto all'obbligo di diligenza previsto in capo allo stesso. Si tratta di uno strumento procedurale che, oltre ad essere bilanciato dal diritto del convenuto di confutare quanto acquisito dal giudice in via presuntiva, è applicabile nei soli casi in cui il convenuto non si conformi alla richiesta di divulgazione o di conservazione degli elementi di prova (di cui all'art. 3, par. 1 e 2).

Nell'impostazione della Proposta di Direttiva in esame, la responsabilità è attribuita sulla base della sussistenza della colpa, ricavabile dalla non conformità della condotta a un obbligo di diligenza previsto a norma del diritto unionale oppure nazionale.

Per quanto riguarda poi il nesso causale tra la violazione dell'obbligo di diligenza e l'*output* prodotto dal sistema di IA, o la mancata produzione di un *output* da parte del sistema di IA che ha cagionato un danno, la normativa proposta stabilisce, all'articolo 4(1), una presunzione relativa di causalità per superare le difficoltà in cui il danneggiato potrebbe incorrere nella difficoltosa dimostrazione di tale nesso.

In virtù della regola per cui la colpa del convenuto deve pur sempre essere dimostrata in giudizio dall'attore, la presunzione di causalità è da applicarsi solo quando si può ritenere probabile che la colpa in questione abbia influenzato l'*output* del sistema di IA o la sua mancata produzione sulla base di una attenta valutazione delle circostanze del caso concreto.

Inoltre, in caso di sistemi di IA ad alto rischio, l'articolo 4(4) prevede come eccezione all'applicabilità della presunzione di causalità il caso in cui il convenuto dimostri che l'attore può ragionevolmente accedere a elementi di prova sufficienti per dimostrare il nesso causale.[47]

Nel caso in cui il danno sia invece causato da sistemi di IA non appartenenti alla categoria "ad alto rischio", l'articolo 4(5) rimette l'applicazione della presunzione di causalità al prudente apprezzamento del giudice: essa sarà applicabile solo quando l'organo giurisdizionale ritenga eccessivamente difficile per l'attore la dimostrazione della sussistenza del nesso causale. Tali difficoltà devono essere valutate alla luce delle caratteristiche degli specifici sistemi di IA coinvolti, con attenzione alla loro eventuale autonomia o particolare opacità, che potrebbero rendere nel caso concreto estremamente

---

[41] In questa prospettiva, v. D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'*Artificial Intelligence Act *dell'Unione europea*, cit., p. 100.

[42] V. l'art. 4 della Proposta di Regolamento allegata alla Risoluzione del 2020, rubricato "Responsabilità oggettiva per i sistemi di IA ad alto rischio". Si tratta di una scelta che ha trovato conferma al punto n. 146 della Risoluzione del Parlamento europeo del 3 maggio 2022 sull'intelligenza artificiale in un'era digitale, 2020/2266(INI).

[43] Art. 4, par. 3, della Proposta di Regolamento allegata alla Risoluzione del 2020.

[44] La disciplina del regime di responsabilità per i danni causati dagli "altri sistemi di IA" è contenuta nell'art. 8 della Proposta di Regolamento sulla responsabilità per i funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale.

[45] Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, COM(2022) 495 *final*.

[46] Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale, COM(2022) 496 *final*.

[47] Si tratta di una previsione che sembra voler incentivare il rispetto degli obblighi di divulgazione e di trasparenza imposti in capo a coloro che producono o impiegano sistemi di IA ad alto rischio.

difficile la spiegazione del funzionamento interno del sistema di IA, nonché la dimostrazione relativa al nesso di causalità. Anche in questo caso, il convenuto può offrire elementi utili a ribaltare la presunzione di causalità di cui all'art. 4(1)[48].

5. Alcune riflessioni in tema di IA e responsabilità medica

Come evidenziato nei precedenti paragrafi di questo contributo[49], l'IA sta assumendo un ruolo di primaria importanza in ambito sanitario, consentendo, tra le diverse applicazioni, di migliorare la rapidità e l'efficacia della diagnosi delle patologie[50] e del trattamento delle stesse.

Alla luce di un progresso tecnologico di tale portata, sorge l'interrogativo circa l'adeguatezza di una normativa – quella della responsabilità medica – concepita in un contesto in cui non poteva compiutamente tenersi conto delle evoluzioni tecnologiche che sarebbero intervenute[51].

In assenza di precise indicazioni legislative, la dottrina che si è occupata del tema della responsabilità civile per danni causati dall'impiego dell'IA ha avanzato diverse ipotesi ricostruttive, tra loro spesso confliggenti. I punti nodali della riflessione in materia vertono sul regime di responsabilità dell'operatore sanitario, della struttura ospedaliera e del fabbricante del sistema di IA difettoso.

5.1. La responsabilità dell'operatore sanitario

Secondo un primo orientamento, l'impiego dell'IA andrebbe considerato come fattore neutrale rispetto alla qualificazione della natura della prestazione sanitaria: essa, nell'impostazione tradizionale, rientra tra le prestazioni di mezzi. In caso di inadempimento, la responsabilità è parametrata sul criterio della colpa, da valutarsi secondo il canone della diligenza professionale *ex* art. 1176, co. 2, c.c. e secondo le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali di cui all'art. 5 della legge Gelli-Bianco[52].

Una parte della dottrina ritiene, inoltre, non corretta l'istituzione di un'automatica correlazione tra il carattere di complessità ed innovatività dei sistemi di IA impiegati in medicina e l'applicazione della limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave prevista dall'art. 2236 c.c. per il caso di prestazioni implicanti «problemi tecnici di speciale difficoltà»: la ricorrenza di tale presupposto deve essere infatti effettivamente riscontrata nel caso concreto[53].

Nell'ambito di un regime di responsabilità per colpa, il medico non risponderebbe pertanto del malfunzionamento di un sistema di IA, ma verrebbero ad esso imputati i soli danni causati da un suo negligente e scorretto utilizzo del sistema.

Una diversa parte delle dottrina ha ritenuto imputabili all'operatore i danni causati dal sistema di IA in applicazione, per estensione analogica, delle forme speciali di responsabilità extracontrattuale previste dal c.c. In particolare, tra le altre, sono state avanzate interpretazioni incentrate ora sull'art. 2048, co. 2 (responsabilità del precettore per le azioni dell'allievo), ora sull'art. 2049 (preponente-preposto), oppure sull'art. 2052 c.c. (proprietario-animale)[54].

Nell'elaborazione dottrinale, non è infine mancato chi ha proposto di guardare alla indicazione algoritmica di un trattamento sanitario come a una linea guida medica o a una buona pratica assistenziale[55]. Accogliendo questa impostazione, dalla conformità del trattamento sanitario alle indicazioni diagnostiche e terapeutiche elaborate dall'algoritmo discenderebbe l'esclusione della punibilità del medico ovvero la riduzione dell'ammontare del danno risarcibile al paziente[56].

5.2. La responsabilità della struttura ospedaliera

Nell'indagine volta a individuare i soggetti imputabili per i danni derivanti dall'impiego di IA in ambito medico, deve certamente prendersi in considerazione anche la struttura sanitaria.

Essa è infatti responsabile non solo in via indiretta per le condotte del proprio personale medico, ma anche, in via diretta, in caso di inadempimento dell'obbligo di predisporre un contesto organizzativo di livello adeguato alle esigenze di cura e di trattamento degli assistiti.

Considerati gli obblighi di manutenzione e di verifica della strumentazione posti in capo agli enti ospedalieri, potrebbe argomentarsi che eventuali danni causati da sistemi di IA malfunzionanti che sarebbero stati evitabili alla luce di un corretto adempimento di tali obblighi determini l'insorgenza di una responsabilità della struttura sanitaria per difetto di organizzazione[57]. Il regime di responsabilità sarà in questo caso di tipo oggettivo (con il limite dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile), dovendosi inquadrare i doveri organizzativi dell'ospedale nell'ambito delle obbligazioni di risultato[58].

Per altro verso, sembra potersi affermare che la struttura ospedaliera non possa essere chiamata a rispondere dei danni causati da sistemi di IA che presentino vizi di

---

[48] Art. 4(7) della Proposta di Direttiva.

[49] Si rinvia al riguardo a quanto osservato nel paragrafo n. 2.

[50] Si consideri, per esempio, il caso di un paziente che, pur essendosi sottoposto a visite mediche con diciassette specialisti, è riuscito a ottenere la diagnosi della propria patologia grazie a ChatGPT. La storia è ricostruita all'indirizzo di rete <https://www.fanpage.it/innovazione/scienze/chatgpt-trova-la-diagnosi-per-un-bambino-che-stava-male-da-3-anni-era-stato-visitato-da-17-medici/> (ultimo accesso 15.09.2023).

[51] Si pensi ad esempio alle pratiche di telemedicina, che pongono particolari e specifiche questioni in tema di responsabilità medica. Si veda sul punto l'indirizzo web <https://www.studiolegalestefanelli.it/it/approfondimenti/i-nuovi-scenari-di-responsabilita-del-medico-nella-telemedicina/> (ultimo accesso 20.09.2023).

[52] M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2023, n. 3, p. 735 ss.

[53] G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitaria: il problema della responsabilità civile*, in *Danno e Responsabilità*, 2022, n. 6, p. 675 ss.; M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., p. 736.

[54] Per una panoramica v. M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., p. 737.

[55] A.G. GRASSO, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, in *Rivista di diritto civile*, 2023, n. 2, p. 341 ss.

[56] A.G. GRASSO, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, cit., p. 346.

[57] G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitaria: il problema della responsabilità civile*, cit., p. 674.

[58] In questo senso v. M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., p. 738 ss.

fabbricazione non rilevabili da parte dell'ente nosocomiale neppure a seguito di diligenti controlli.

5.3. La responsabilità del produttore

Come si ricava da quanto osservato finora, il fabbricante può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati da malfunzionamenti dei sistemi di IA[59], anche non riconducibili alla negligenza del personale medico oppure a un *deficit* organizzativo della struttura sanitaria.

Ai fini dell'affermazione della responsabilità civile del produttore di un sistema di IA difettoso, la normativa di riferimento è notoriamente costituita dalla disciplina europea sulla responsabilità del produttore (Dir. n. 374/1985 CEE), recepita in Italia agli artt. 114-127 cod. cons.

Come rilevato in precedenza, l'applicazione di tale normativa ai sistemi di IA si caratterizza per alcune criticità. È stata sottolineata da più parti, ad esempio, l'incertezza riguardante la riconducibilità dei dispositivi di IA alla nozione di "prodotto" e del *software* a quella di "componente" ai sensi dell'art. 115 cod. cons. Inoltre, come anticipato, l'opacità dell'IA può rendere particolarmente difficoltosa la dimostrazione della sussistenza del difetto[60] e del nesso causale *ex* art. 120 cod. cons.

Non è un caso che le Istituzioni europee abbiano presentato la nuova Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi. Questa, oltre a modificare le nozioni di prodotto e di componente, da un lato stabilisce una serie di articolati meccanismi presuntivi in favore del danneggiato, dall'altro mantiene l'esimente del rischio da sviluppo (c.d. *state of the art defence*) così da non disincentivare lo sviluppo scientifico e tecnologico.

Ma è davvero questa la metodologia regolatoria da seguire per regolare un fenomeno così complesso come quello dei sistemi di intelligenza artificiale?

La responsabilità del produttore e la cd *pre-emption doctrine* sembrano non cogliere la disarticolazione di un fenomeno che sfugge alla norma giuridica per la velocità inafferabile dello sviluppo tecnologico.

In data 12 settembre 2023 più di 100 professori europei (supportati da Bruxel Privacy Hb) hanno chiesto alle istituzioni europee di includere il cd FRIA ("*Fundamental Right Impact Assessment")* nel futuro regolamento AI "*for ensuring;*

1) clear parameters about assessment of the impact of AI on Fundamental Right";

2) transparency about the risults of the impact assessment trought public meaningful summaries;

3) participation of affected end-users, especially if a position of vulnerability;

4) involvement of independent public authorities in the impact assessment process and/or auditing mechanisms".

La valutazione di impatto sui diritti fondamentali deve, però, coniugarsi con la nuova tecnica del **cd Foresight. ossia la tecnica di anticipazione degli scenari futuri come aiuto del pensiero proattivo.**

Il Foresight implica la necessità di un approccio anticipante, proattività e anticipazione di scenari futuri possibili e probabili.

Se Goleman parlava di intelligenza emotiva e Gardner anticipava la teoria delle cd "intelligenze multiple", l'approccio basato sul Foresight segna oggi il passaggio evolutivo necessario nella regolazione che supera la stessa tecnica del sandbox, ossia della norma sperimentale.

La storia del Foresight nasce nel 1944/45 per assicurare la pace nell'era atomica.

Le figure più significative erano il generale Henry "Hap" Arnold, padre fondatore della US Air Force, Theodor von Kàrmàn, il precursore del volo supersonico, ipersonico e spaziale, Vannevar Bush, l'iniziatore del progetto Manhattan. Il loro contributo (su tutti i dossier ricordiamo "*Toward new Horizons*" e "*Science, the Endless Frontier*") hanno cambiato il modo di fare scienza nella Difesa e nel Governo. Le famose parole del Generale Arnold *"Le mie menti più brillanti possono arrivare al futuro per prima*", segnano la metodologia anticipante e proattiva che può aiutare il regolatore a segnare la direzione verso cui far evolvere i sistemi di intelligenza artificiale. La tecnica del foresight sta a significare la "**capacità di prevedere scenari futuri":** si pensi al net-assessment, incorporata nel thinkthank interno al Pentagono che durante la Guerra Fredda ha giocato un ruolo chiave nello studio delle trattative strategiche e delle scelte chiave per poter vincere senza combattere.Il cd Foresight implica ,in altri termini, una strategia "anticipante", il **cd pre-emptive remedy, con un approccio multidisciplinare , incorporando elementi di sociologia, psicologia, economia e diritto.**

La parola d'ordine oggi è per lo studio e la regolazione dell'Intelligenza artificiale "contaminazione" delle discipline, ossia trasversalità delle competenze: i botanici affermano che il genio è nell'ibridazione e nell'errore creativo.

La sentenza della Corte di Giustizia "Schrems" II , ossia la sentenza che ha invalidato la decisione di "adeguatezza" della Commissione Europea per il trasferimento dei dati personali verso gli Stati Uniti, ha colto di sorpresa gran parte degli operatori e ha posto un problema concreto ed urgente nei confronti del quale "*il sistema tradizionale di compliance*", basato su un approccio reattivo, non ha potuto fare nulla di diverso se non correre ai ripari in maniera disarticolata.

Tre regolatori hanno cominciato ad operare in una nuova direzione l'European Data protection Supervisor, il CNIL in Francia (Commission National de l'informatique e des Libertès) e l'ICO(Information Commissioner's Office) in Inghilterra con i loro laboratori di innovazione per anticipare scenari futuri.

Approccio anticipante di tipo "**funzionale**" e non "**categoriale**", tenendo presente che i sistemi di Intelligenza Artificiale sono caratterizzati da questi elementi : **volatility, ambiguity,(cd black box, oscurità degli algoritmi), complexity e uncertainity.**

Richard Slaughter distingue tre tipi di tecnica foresight:

[59] Sul tema v. G.F. SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno e responsabilità*, 2023, n. 4, p. 435 ss.

[60] G.F. SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, cit., p. 446 ss.

1) pragmatic foresight;
2) progressive foresight;
3) civilisation foresight.

Tale tassonomia vede una sua correlazione con il cd "*atlante dei futuri potenziali*" teorizzato da Henchey e con i modelli di "*coni di futuro"* teorizzati da Bancock e Bazold, ossia i futuri possibili, i futuri plausibili e i futuri probabili.

Tali teorie dovranno considerare che la regolazione dell'AI in medicina non potrà essere simile alla regolazione dell'AI prevista per altri settori (come ad esempio quello finanziario delle criptocurrency o della giustizia predittiva), dovrà avere una sua conformazione specifica basata sulle cd "norme prudenziali", in quanto l'atto medico necessita di una sua peculiare disciplina investendo l'interesse primario della tutela della salute umana. Tale regolazione dovrà costituire la sintesi tra la cd *umanizzazione delle cure* e le nuove tecnologie incorporante la cd *algoretica* di cui parla il prof.Benanti.

Dovrà essere una regolazione **"future proof",** a prova di futuro, flessibile e versatile pronta ad adattarsi ad una realtà dinamica in continuo divenire basata non sul concetto di "*strict liability",* ma di "*accountability*" volta a creare un rapporto medico -paziente "t**ruststworthy**" degno di fiducia.

Profetiche risultano oggi le parole di Rita Levi Montalcini la quale affermava " *Qualunque decisione tu abbia preso per il tuo futuro, sei autorizzato , direi incorragiato, a sottoporla ad un continuo esame, pronto a cambiarla, se non risponde più ai tuoi desideri".*

5.4. L'importanza dell'equilibrio psicologico: metodologie del suo accertamento e della sua valutazione "funzionale" nella Pubblica Amministrazione

Nel corso degli ultimi 4 anni caratterizzati dalla pandemia Covid gli accertamenti psico-attitudinali nei concorsi pubblici hanno avuto una sempre maggiore attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa. Se è vero che" nessuno di noi è normale visto da vicino "de perto ninguem è normal" (in questa battura lapidaria è contenuto il pensiero rivoluzionario di Franco Basaglia, padre della legge 180 che chiuse per sempre i manicomi) i concetti di normalità e di anormalità trovano nell'ambito del diritto una loro tassonomia, intesa come "classificazione " e "categorizzazione" che deve rispondere a criteri oggettivi. Ma fino a che punto il concetto di categoria deve integrarsi con quella di funzione nell'ambito degli accertamenti psico-attitudinali ai fini dell'assunzione nella PA e in particolar modo nelle procedure dell'arruolamento nelle forze armate?

Il Consiglio di Stato con la nota sentenza **dell'Adunanza Plenaria 29 marzo 2023 n.12** (Pres.Maruotti, Est, Di Matteo) ha affermato che l'"*indoneità attitudinale sopravvenuta*" al servizio è condizione diversa dalla patologia "*inidoneità psicologica sfociata in una malattia"* e non può comportare il transito nell'amministrazione civile. Ma come si distingue l'inidoneità attitudinale dalla inidoneità psicologica nell'ambito dell'attività istruttoria del procedimento amministrativo e come si dimostra nell'ambito del processo? Vari sono i test utilizzati, il più noto accanto al test *BHS Back Hopelessness Scale e Z test Diapositive* per il disturbo del controllo degli impulsi attuali o pregressi, il più noto è il *Test Minnesota Multiphasic Personality Inventory*, sviluppatosi nell'Università del Minnesota durante la seconda guerra mondiale. Hatway e McKinly partirono dalla elicitazione di aree nelle affermazioni *(item*) riguardante una vasta gamma di psicopatologie, distinguendo tre scale di validità *(Scale Lie, Scale K correction,Scale I Infrequency),* 3 scale di controllo e tre aree (area *nevrotica, area sociopatica e area psicotica*).

Tali valutazioni che rientrano nel concetto giuridico indeterminato di "discrezionalità tecnica" *(Uberstimterrechbegriff)* impongono al giudice amministrativo un sindacato intrinseco , ma "non sostitutivo" che arriva al "core" dell'accertamento tecnico sotto il profilo non della opinabilità, ma della maggiore o minore attendibilità. Ma è davvero così lineare tale valutazione quando è in gioco l'accertamento di un equilibrio psicologico? Il cervello umano ha una tale complessità da imporre anche al giurista un preliminare studio della sua struttura. La sede delle emozioni è l'amigdala , piccola gloriosa mandorla che , essendo una struttura sottocorticale, non dispone di capacità logiche ed analitiche e di strumenti cognitivi che permettono di valutare il tipo di pericolo con cui si interfaccia. Quando lo stato di stress o di paura aumenta, l'attivazione dell'amigdala crea una forte interferenza con i lobi prefrontali, i quali smettono di funzionare correttamente. In ambito militare è importante che la cd "attivazione emozionale" dell'amigdala non interferisca con le capacità razionale di controllo dei lobi prefrontali. Essendo questi ultimi deputati al pensiero logico, tutti i processi razionali potrebbero essere inficiati dalla produzione di catelocamine, come adrenalina e cortisolo. Sono noti gli studi sul funzionamento dell'amigdala condotti da **Joseph Le Doux** o quelli relativi alla *motionsikness* di **MicaEndsly** o anche quelli relativi alla gestione dello stress enucleato dalla psiconeuroimmunologia basata sui concetti di *percezione-emozione, comprensione e protezione.* **Erik Kandel,** studioso dell'epigenetica, **sprouning cd gemmazione** incentrata sulla *cd plasticità del cervello*, ha dimostrato che l'apprendimento e l'esperienza modificano le connessioni tra i neuroni cerebrali. Ciò significa che i cervelli non sono tutti uguali: anche i gemelli omozigoti, con i lori genomi identici hanno un cervello leggermente differente se sono stati esposti ad esperienze di tipo diverso. Occorre considerare ,inoltre che il cervello si divide in :a) *il cervello razionale* (che occupa solo il 30% dello spazio all'interno del cranio ed è la parte più recente dell'encefalo),b) "*cervello rettiliniano*"e c *)il sistema limbico* che costituisce quello che Le Doux definisce "*il cervello emotivo*". Il cervello emotivo è il cuore del sistema nervoso centrale. Il suo compito fondamentale è quello di farci da guardia del corpo per proteggerci da eventuali situazioni in grado di mettere a repentaglio la nostra incolumità psicofisica. L'informazione sensoriale del mondo esterno che ci arriva attraverso il *sistema propriocettivo* converge nel *talamo*, un'area del sistema limbico simile ad un server di posta elettronica, cioè un primo centro di smistamento di ogni informazione. I messaggi che arrivano al talamo non richiedono che la persona sia consapevole di quello che viene rilevato. Queste sensazioni vengono poi trasmesse in due direzioni : in alto verso i lobi frontali dove raggiungono la consapevolezza cosciente la cd "via lunga"e in basso verso l'amigdala , quella che Le Doux definisce la "via breve". L'amigdala , elaborando le informazioni che riceve dal talamo

più velocemente dei lobi frontali, ha il potere di decidere se le informazioni in arrivo costituiscano una minaccia o meno per la sopravvivenza, anche prima della consapevolezza del pericolo stesso.
In ambito militare è importante il processo di gestione delle emozioni: **la cd valutazione cognitiva.**
Poiché abbia inizio il processo di valutazione cognitiva delle emozioni, il primo passo è quello di imparare a osservare le proprie emozioni per analizzarle correttamente. Nell'ambito delle *cd Intelligenze Multiple* di cui parlava **Gardner** oggi non viene insegnata una competenza fondamentale quella che **Daniel Goleman** definisce"**intelligenza emotiva".** Sulla base anche dello studio elaborato da **Pavlov ("stile emotivo" o stile di attaccamento)** la personalità dell'individuo è data da una base genetica, alla quale si deve aggiungere uno stile emotivo che può essere di tipo "*sicuro",* "*evitante" e "ambivalente*". Sulla base della mia esperienza come Avvocato dello Stato che difende le Forze Armate innanzi al giudice amministrativo ormai da molti anni , ciò che viene spesso riscontrato negli accertamenti psico-attitudinali è il cd Stato d'Ansia, **Mood Disorder**, un'ansia che non è un'ansia "adattiva ma impeditiva", ma anche il cd **DOC,** disturbo ossessivo-compulsivo e gli **Intrusive thoughts** Cd pensieri intrusivi. **Fino a che punto si può sostenere in giudizio tale tipo di inidoneità**? L'ansia , intesa come "emozione primaria" si può considerare come una risposta iniziale di orientamento, dovuta all'attivazione del sistema reticolare attivante come studiato da **Giuseppe Moruzzi e Horace Magoun (G. Moruzzi, HW Magoun "*Brain stem reticular formation and activation of the EEG", Electroencephalography and clinical Neurophysiology 1 (1949).*** Questi due ricercatori verso la metà del ventesimo secolo hanno scoperto una regione del tronco encefalico implicante uno stato di allerta definito in termini tecnici "***arousal***",ossia risveglio. Successivamente si è scoperto che le funzioni di arousal non erano riconducibili a un unico sistema integrato nel tronco encefalico, ma all'attività di tanti agglomerati neuronali differenti. Tali studi hanno portato ad individuare la necessità di imparare ad incanalare l'ansia in modo operativo, qualità essenziale nelle Forze Armate. Il noto psichiatra **Bessel van der Kolk** afferma che nell'attivazione di un'emozione occorre valutare la "*variabile contesto*" (cioè analizzare l'ambiente circostante) e "variabile altro"), la relazione. Alcuni elementi dopo esperienze traumatiche, possono funzionare da "trigger", cioè essere in grado di scatenare una forte emozione in virtù di qualche analogia. Occorre allora riscrivere l'amigdala, la cd "**desensibilizzazione sistematica" (** vedi il recente libro della psicologa dell'Aeronautica **Vittoria Lugli "***In volo con le emozioni***", 2023 sul fenomeno della cd chinetosi):** alcuni sintomi sono la conseguenza della mancata elaborazione di eventi traumatici particolarmente importanti. L'archivio delle emozioni che oggi sappiamo essere all'interno del sistema limbico e che ,più nello specifico, coinvolgono l'amigdala, dopo eventi traumatici subisce delle trasformazioni per cui alcuni circuiti vengono alterati con la comparsa di sintomi che non rimangono "nobili", ma invalidanti o, addirittura, di patologie psichiche. L'amigdala archivia e conserva al suo interno in modo duraturo tutte quelle esperienze che rappresentano una minaccia reale e presunta per l'incolumità psicofisica. Una volta che le esperienze vengono registrate non possono essere cancellate, ma solo riscritte. Per riscrivere l'amigdala bisogna procedere con molta cautela, seguendo un percorso graduale per far sì che gli eventi traumatici memorizzati in ogni loro dettaglio vengano gradualmente sostituti da nuovi elementi. Un cervello sano è un cervello proattivo ed è un cervello che nutre un elemento fondamentale per il nostro equilibro: la speranza, ossia la proiezione positiva verso il futuro.
Richard Davidson, professore di psicologia e psichiatria all'Università del Wisconsin, ha definito la speranza un'emozione formata da due componenti: **una affettiva e una cognitiva**. Sperare in qualcosa (ad esempio una brillante carriera nelle Forze Armate) significa impiegare facoltà cognitive che servono ad elaborare informazioni e dati rilevanti necessari per le strategie atte a realizzare l'evento desiderato. Ma la speranza implica anche una "previsione affettiva", ossia quel sentimento confortante, tonificante e rasserenante che si prova prefigurando mentalmente il futuro sperato.
Fabrizio Benedetti, professore d fisiologia umana e neurofisiologia all'Università di Torino, è tra i massimi esperti mondiali del cd "effetto placebo". Nel suo ultimo libro "*La speranza è un farmaco*" ritiene che siano le parole il mezzo più importante per infondere speranza: parole empatiche, di fiducia, conforto, motivazione. Sulla base di tali autorevoli considerazioni è sempre necessario che i test eseguiti siano accompagnati in virtù del principio *tempus regit actum* dal colloquio individuale con i psicologi della Commissione valutatrice in sede concorsuale, nella consapevolezza che i "*mestieri più difficili sono nell'ordine il genitore, l'insegnante e lo psicologo".* Sono queste le parole di **Sigmund Freud** il quale aggiungeva" ***Psiche*** *è un vocabolo greco che significa "anima". Perciò per psichico si intende trattamento dell'anima; si potrebbe quindi pensare che voglia dire trattamento dei fenomeni patologici della vita dell'anima. Ma il significato dell'espressione è diverso. Trattamento psichico vuol dire invece trattamento a partire dall'anima, trattamento di disturbi psichici o somatici, con mezzi che agiscono in primo luogo e direttamente sulla psiche umana. Questo mezzo è costituito soprattutto dalla parola, e le parole sono uno strumento fondamentale del trattamento psichico. Certo, difficilmente il profano potrà comprendere come le "sole"parole del medico possano rimuovere disturbi patologici somatici e psichici. Penserà che gli si chieda di credere nella magia. E non ha tutto il torto; le parole dei nostri discorsi di tutti i giorni sono solo magia attenuata".*

Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica

di **Alfio Guido Grasso**

Sommario: 1. Premessa. 2. Analisi predittiva medica, algoritmi di associazione e scenari di inefficienza. 3. L'indicazione algoritmica quale linea guida medica o buona pratica assistenziale. 4. Il contributo di partecipazione del medico e i fattori di imputazione nelle diagnosi algoritmiche. 5. Consenso informato e scenari di (in)successo: uno sguardo al diritto tedesco. 6. Note a margine della Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale.

Abstract: I sistemi di supporto alle decisioni diagnostiche pongono problemi inediti sul piano dell'attribuzione di responsabilità nei casi in cui il dispositivo intelligente effettui una valutazione errata dalla quale derivi un danno. Verificata la valenza di linee guida o buone pratiche delle prescrizioni algoritmiche, sono oggetto di riflessione sia il profilo del consenso informato sia il contributo di partecipazione del medico valutato ai sensi dell'art. 2236 c.c. Un approccio alternativo è offerto dalla Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale, capace di fornire, attraverso il ricorso alle presunzioni relative, una efficace protezione al paziente senza penalizzare eccessivamente la posizione del professionista.

1. Premessa

Tra i settori maggiormente interessati dalla quarta rivoluzione industriale, quello medico-sanitario ha conosciuto negli ultimi anni un'evoluzione particolarmente significativa e ampiamente positiva[1], grazie anche all'utilizzo vieppiù crescente dei cosiddetti sistemi di supporto alle decisioni cliniche[2]. I *clinical decision support systems* (CDSS) sono stati storicamente una delle principali applicazioni dell'intelligenza artificiale: già a partire dagli anni '70, sebbene per lo più a fini accademici o di ricerca, esistevano modelli ideati per supportare i medici nelle decisioni diagnostiche e terapeutiche[3]. Solo di recente, tuttavia, grazie all'integrazione con le cartelle cliniche elettroniche e ai flussi di lavoro computerizzati, questi sistemi – che nella maggior parte dei casi non sono nemmeno integrati in un dispositivo medico ma vengono utilizzati come qualsiasi altra *App* – hanno raggiunto un livello di precisione e velocità tale da determinare un effettivo cambiamento di paradigma nell'assistenza sanitaria[4]. Al riguardo si possono distinguere *clinical decision support system knowledge-based* e *clinical decision support system non-knowledge-based*. Le due diverse tipologie si differenziano a seconda della base di conoscenza del dispositivo, cioè di quella componente del *device* in cui sono contenute le regole e le associazioni di dati. Se nel primo caso la fonte di conoscenza del dispositivo è costituita da un insieme predefinito di regole e informazioni messe a disposizione o formulate appositamente per istruire il sistema – come il patrimonio di acquisizioni della comunità scientifica o di un singolo specialista in un'area del sapere medico –, nel secondo caso invece si fa ricorso a forme di intelligenza

(*) Già pubblicato in Rivista di diritto civile 2/2023, pp. 334 ss.
Programma di ricerca di Ateneo UNICT 2020-22 linea 2, progetto di ricerca «*SMART Soggetti e Macchine tra Autonomia e responsabilità: quali tutele. Le discipline sostanziali e processuali per la società della IV rivoluzione, dopo la pandemia*». Il lavoro è stato realizzato anche grazie al sostegno del Ministero Federale Tedesco dell'Istruzione e della Ricerca (BMBF). Numero di sovvenzione: 16DII112 – «German Internet Institute/Deutsches Internet-Institut».

[1] V. Faccioli (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, Napoli 2022; D'Adda, *Danni «da robot» (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2022, p. 805 ss.; Di Rosa, *I robot medici*, in Salanitro (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa 2022, p. 115 ss.; Votano, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno e resp*., 2022, p. 669 ss.; Colaruotolo, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, in *Resp. med*., 2022, p. 299 ss.; Ruffolo, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in Gabrielli - Ruffolo (a cura di), *La responsabilità medica*, in *G. it.*, 202, p. 502 ss.; Colletti, *Intelligenza artificiale e attività sanitaria. Profili giuridici dell'utilizzo della robotica in medicina*, in *R. d. econ. tras. e amb*., 2021, p. 201 ss.; Marchese, *Principi civilistici dell'*Information Technology *in àmbito sanitario*, Napoli 2021; Pasceri, *Intelligenza artificiale, algoritmo e* machine learning*. La responsabilità dell'amministrazione sanitaria e del medico*, Milano 2021; Fiorentini, Machine learning *e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, in *Corr. giur*., 2021, p. 1258 ss.; C. Perlingieri, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecn. e d*., 2020, p. 161 ss.; Lagioia, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, Torino 2020; Ciancimino, *Protezione e controllo dei dati in àmbito sanitario e Intelligenza Artificiale. I dati relativi alla salute tra novità normative e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2020; Giusti, *Intelligenza artificiale e sistema sanitario*, in *D. e salute*, 2019, p. 1 ss.; Di Gregorio, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, in *Resp. med*., 2019, p. 433 ss.; Bottari, *Profili innovativi del sistema sanitario*, Torino 2018; Passarelli, *Responsabilità civile e dispositivi medici difettosi*, in *Rass. d. civ*., 2018, p. 559 ss.

[2] Sikma – Edelenbosch - Verhoef, *The use of AI in healthcare: A focus on clinical decision support systems*, RECIPES project, European Commission, aprile 2020; Montani - Striani, *Artificial Intelligence in Clinical Decision Support: a Focused Literature Survey*, in *Yearb. Med. Inform*., 2019, 28, 1, p. 120 ss.; Miller, *Medical Diagnostic Decision Support Systems – Past, Present, and Future: A Threaded Bibliography and Commentary*, in *J. Am. Med. Inform. Assoc*., 1994, 1, p. 8-27.

[3] Shortliffe - Buchanan, *A model of inexact reasoning in medicine*, in *Math. Biosci*., 1975, 23, 3-4, p. 379.

[4] Probabilmente il più noto sistema di supporto alle decisioni cliniche è l'IBM Watson. Il sistema è in grado di svolgere complesse operazioni anamnestiche e diagnostiche, definizione di cure personalizzate, grazie all'utilizzo di *cloud computing* estremamente sviluppati. Qui un recente studio che ne confronta l'alto tasso di accuratezza rispetto ai trattamenti ricevuti nei reparti di urologia: Yu – Kim – Chung – Hwang – Jung – Kang – Kwon, *Early experience with Watson for Oncology: a clinical decision-support system for prostate cancer treatment recommendations*, in *World J. Urol*., 2021, 39, 2, p. 407-413. Mentre v. Lagioia - Contissa, *The strange case of dr. Watson: liability implications of ai evidence-based decision support systems in health care*, in *EJLS*, 12, 2, November 2020, p. 245-289; Allain, *From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artificial Intelligence Systems*, in *Louisiana Law Review*, 2013, 73, 4, p. 1062, per le questioni che pone Watson sul piano della responsabilità.

artificiale *machine learning* (ML) che permettono al computer di imparare autonomamente dalle esperienze passate e/o di trovare modelli nei dati clinici senza bisogno di fissare un set predefinito di regole o individuare *a priori* gli *input* da cui apprendere[5].

I *clinical decision support system* possono svolgere molteplici funzioni, tra le quali: avvisare sulla presenza di valori clinici anomali; informare sull'opportunità di sottoporre il paziente a un determinato *test*; ricordare al medico la necessità di prenotare un determinato trattamento; suggerire modifiche alla terapia in atto; assistere nell'interpretazione degli esiti di esami come l'elettrocardiogramma o la risonanza magnetica; reperire e mettere a disposizione per la consultazione linee guida o piani terapeutici; facilitare la realizzazione di report o statistiche basati su dati e condizioni del paziente; fornire supporto diagnostico. Quando sono utilizzati come strumenti di assistenza alla diagnosi – *diagnostic decision support systems* (DDSS) – questi sistemi hanno lo scopo di suggerire al medico una serie di possibili o probabili ipotesi diagnostiche in modo rapido e accurato, in vista di una decisione terapeutica ovvero di scegliere se e quali pazienti ricoverare d'urgenza o trasferire in terapia intensiva[6].

Da queste notazioni si può già cogliere l'estrema novità di questi strumenti, ai quali è possibile affidare una attività che fino a un recentissimo passato era appannaggio esclusivo degli esseri umani, e cioè la capacità di inferire da una serie di dati (sintomi, storia clinica, reazione agli stimoli, esami medici etc. etc.) la veridicità o meno dell'ipotesi clinica iniziale (è provato che *X* soffra della malattia *Y* o viceversa). Tali dispositivi, infatti, a differenza dei tradizionali strumenti diagnostici – i quali permettono di identificare in genere soltanto l'esistenza di uno o più elementi caratteristici della malattia –, sono progettati per offrire un'informazione definitiva e completa sull'esistenza di una patologia senza bisogno di ricorrere alla valutazione di sintesi di un medico. Gli stessi strumenti, poi, suggeriscono anche la terapia da adottare.

Nonostante questi progressi, rimangono ancora riserve sull'uso e gli effetti che i *clinical decision support system* hanno sugli utenti nonché sulla correttezza dei risultati. Non sono mancati studi che hanno messo in guardia sugli effetti controproducenti che l'utilizzo di queste applicazioni può avere su medici e pazienti. Sui primi in termini di (a) perdita della dimensione umanistica della conoscenza medica, di (b) eccessiva dipendenza dalla diagnosi proposta dal dispositivo e di (c) smarrimento (*deskilling*) della capacità di giungere a un'anamnesi senza il suggerimento del dispositivo. Sui pazienti, in termini di paure e ansie connesse alla rilevazione (e alla gestione) dei sintomi[7].

Oltre ai conflitti etici e alle implicazioni deontologiche, questi strumenti pongono problemi giuridici, legati all'autonomia del medico e al rispetto delle garanzie inerenti ai processi decisionali automatici nonché all'attribuzione di responsabilità in caso di danni. In altre sedi abbiamo già affrontato le questioni dei limiti e delle salvaguardie relative ai processi decisionali automatizzati in medicina[8]. In questo studio ci proponiamo di indagare le conseguenze in termini di responsabilità derivanti dall'adesione del medico all'indicazione algoritmica, in particolare, nel caso in cui il dispositivo intelligente effettui una valutazione errata da cui derivi un danno. Infatti, se nella maggioranza dei casi tali sistemi si rivelano un supporto efficiente, non va trascurato che la decisione presa statisticamente, anche da un algoritmo perfettamente implementato, potrebbe non essere corretta in relazione al singolo caso[9]. Nella misura in cui un sistema di intelligenza artificiale giunge a conclusioni sulla base di inferenze statistiche, il suo processo decisionale si fonda pur

---

[5] Questi sistemi possono essere basati su reti neurali, algoritmi genetici, macchine vettoriali di supporto, alberi decisionali o qualsiasi altra tecnologia di apprendimento automatico che «impara» a riconoscere i modelli in serie di dati caso per caso. Per approf. si rinvia a G. MINER – L. MINER – GOLDSTEIN – NISBET – WALTON – BOLDING – HILBE - HILL, *Biomedical Informatics*, in *Practical Predictive Analytics and Decisioning Systems for Medicine: Informatics Accuracy and Cost-Effectiveness for Healthcare Administration and Delivery Including Medical Research*, 2014, Academic Press, p. 42 ss. In genere, le reti basate su tecnologie *machine learning* si concentrano su una lista più ristretta di sintomi dei sistemi fondati su una conoscenza predefinita.

[6] Uno dei sistemi diagnostici più risalenti è il programma per la diagnosi del dolore addominale acuto. Già nella sua concezione originaria, uno degli obiettivi consisteva nel discriminare tra trattamenti chirurgici e non chirurgici, al fine di aiutare il medico nel *triaging* dei pazienti in una situazione di emergenza.: DE DOMBAL – LEAPER – HORROCKS – STANILAND - MCCANN, *Human and computer-aided diagnosis of abdominal pain: further report with emphasis on performance of clinicians*, in *Br. Med. J.*, 1974, 1, p. 376-380. Più di recente, v. RAZZAKI et al., A *comparative study of artificial intelligence and human doctors for the purpose of triage and diagnosis*, 2018, in *https://arxiv.org/abs/1806.10698*, ove casi identici sono stati valutati sia da un sistema di intelligenza artificiale che da medici umani. Le diagnosi differenziali e i risultati del *triage* sono stati poi considerati da un soggetto esterno indipendente, ignaro della provenienza (umana o artificiale) dei risultati. Nel complesso lo studio ha trovato il sistema di *triage* e diagnostica fondato sull'IA in grado di identificare la condizione del paziente con un'accuratezza paragonabile a quella dei professionisti. Inoltre, il suggerimento di ricovero raccomandato era, in media, più affidabile di quello dei medici. Di recente, complice l'esigenza di fronteggiare l'epidemia da Covid-19 evitando il più possibile il contatto umano, sono stati sviluppati diverse applicazioni in grado di distinguere i pazienti che necessitano di un ricovero d'emergenza da quelli che possono attendere un ricovero ordinario o programmato: v. KIM – CHOI - JIAO, et al., *An automated COVID-19 triage pipeline using artificial intelligence based on chest radiographs and clinical data*, in *Npj Digit. Med.* 5, 5 (2022); KAPOOR - KAPOOR - MAHAJAN, *Use of Artificial Intelligence to Triage Patients with Flu-Like Symptoms Using Imaging in Non-COVID-19 Hospitals during COVID-19 Pandemic: An Ongoing 8-Month Experience*, in *Indian J Radiol Imaging*, 2022 Jan 10, 31(4), p. 901 ss.; GILBERT - GHUYSEN, *Triage in the time of COVID-19*, in *The Lancet Digital Health*, vol. 4, 9 marzo 2022.

[7] Per molti, v. SUTTON – PINCOCK – BAUMGART – SADOWSKI – FEDORAK – KROEKER, *An overview of clinical decision support systems: benefits, risks, and strategies for success*, in *Npj Digital Medicine*, 2020, 3, p. 17; WASYLEWICZ – SCHEEPERS - HOEKS, *Clinical Decision Support Systems*, in KUBBEN et al. (a cura di), *Fundamentals of Clinical Data Science*, Springer 2019, p. 153 ss.; LYSAGHT et al, *AI-Assisted Decision-making in Healthcare The Application of an Ethics Framework for Big Data in Health and Research*, in *Asian Bioethics Review*, 2019, 11, p. 299-314.

[8] GRASSO, *GDPR e intelligenza artificiale: limiti al processo decisionale automatico in sanità*, in *SMART. La persona e l'infosfera*, cit., p. 187 ss.

[9] TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, v. 27, n. 10, Set./Dez. 2020, p. 112 ss., spec. 115. In relazione specificamente al versante medico v. DOMENICI - GUIDI, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 356 ss.

sempre su probabilità, ripetizioni, similarità e quindi su una conoscenza (almeno parzialmente) incerta[10], più affidabile a livello globale che locale: circostanza dalla quale non sono esenti i *clinical decision support system*[11].

2. Analisi predittiva medica, algoritmi di associazione e scenari di inefficienza

L'analisi predittiva medica si fonda su modelli che stimano il rischio di una futura malattia o condizione di salute del paziente. Gli algoritmi forniscono stime di rischio più elevate per i pazienti associati a determinati indici, i quali hanno una alta probabilità di andare incontro a un determinato evento avverso. Questo modo di procedere ha permesso ai programmi di *clinical decision support system* o di *diagnostic decision support system* di raggiungere in molti campi della medicina un livello di accuratezza superiore a quello degli esperti nell'identificare la presenza di infermità e nel ricondurle alla corretta tassonomia[12].

Tuttavia, anche quando dispongano di un livello di precisione molto elevato, queste associazioni possono rivelarsi inadeguate a causa della logica che governa tali sistemi, basata sulla prossimità e sulla inferenzialità. Sebbene la prossimità possa essere utile nei casi in cui ogni fatto sia assolutamente vero o assolutamente falso, il campo della medicina non può essere ridotto a un regime binario siffatto. Si consideri l'esempio di un dolore al torace, il quale può essere sintomo tanto di un attacco cardiaco quanto di un disturbo gastrointestinale. In questo caso, pure se nella base di conoscenza del dispositivo tale sintomo venisse associato anche al manifestarsi di disturbi cardiaci, di fronte a un quadro ambivalente di sintomi, valori e riferimenti (quale può essere la giovane età del paziente) è ben possibile che il sistema attribuisca il malessere a problemi gastrici. A parte l'importanza che assume l'esame personalizzato del medico in questo caso, l'esempio consente di cogliere che la prossimità non è di per sé esatta e può risultare inefficace (se non addirittura deleteria) in presenza di una sintomatologia riconducibile a fattori eziologici diversi[13].

L'approccio inferenziale, dal canto suo, si rivela spesso sufficiente per semplici scenari causali ove sono coinvolte singole affezioni, ma può portare a diagnosi subottimali o pericolose quando viene applicato a diagnosi differenziali, ossia quando il medico si trova a scegliere tra diverse ipotesi di malattia in concorso o in contrasto tra loro. La diagnosi infatti non è tanto un'associazione tra sintomi e malattia ma è fondamentalmente un compito di inferenza controfattuale; mentre gli algoritmi basati sull'apprendimento associativo si limitano spesso a determinare le malattie che hanno un'associazione più stretta con i sintomi del paziente, nonché una maggiore esposizione nella popolazione a cui appartiene[14].

Se traduciamo in termini dialettici questo modo di procedere degli algoritmi diagnostici, possiamo identificare almeno cinque scenari in cui l'elevata affidabilità di questi sistemi può venire meno, dando luogo a indicazioni errate potenzialmente foriere di danni:

1. In relazione ai pazienti asintomatici o che hanno sintomi atipici. In assenza di sintomi, un soggetto non sarà identificato dall'algoritmo come affetto da una malattia, e anche se i sintomi fossero presenti, se sono insoliti rispetto a quelli tipici con cui la patologia si manifesta, l'algoritmo tenderà a non attribuirli alla diagnosi corretta.
2. Con riferimento alle malattie rare in generale o rare in relazione alla popolazione cui appartiene il paziente. Consideriamo una malattia che colpisca per il 70% adulti e per il 30% giovani, oppure una malattia che colpisca per l'80% uomini e per il 20% donne. In questo caso, la fase di programmazione sarà calibrata su queste percentuali, e quindi si inseriranno dati provenienti per il 70% da adulti e per il 30% da giovani, oppure si alimenterà l'algoritmo con un set di dati che riguarderà prevalentemente uomini piuttosto che donne, in ragione della sua destinazione[15]. Si corre allora il rischio che, nell'identificazione della patologia, queste percentuali conducano a risultati calibrati solo su un certo *target* di individui, pregiudicando quella minoranza di persone che, in misura statisticamente inferiore, vanno incontro al disturbo[16].

---

[10] Cfr. MITTELSTADT – ALLO – TADDEO – WACHTER - FLORIDI, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, December 2016; già GINI, *I pericoli della statistica*, Discorso inaugurale alla Prima Riunione Scientifica della Società Italiana di Statistica (Pisa, 9 ottobre 1939), apparso in "Atti della I Riunione Scientifica della S.I.S", Roma 1939; rist. nel 2001 in un volume dal titolo *Statistica e induzione/Induction and Statistics*, Supplemento al num. 1 di *Statistica*, anno LXI, pp. 27-70.

[11] V. CABITZA – ALDERIGHI – RASOINI - GENSINI, *Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina*, in *Recenti Prog. Med.*, 2017, p. 108, 397 ss.; SIKMA – EDELENBOSCH - VERHOEF, *op. cit.*, p. 19.

[12] MONTANI - STRIANI, cit., p. 120 ss.; KUNHIMANGALAM – OVALLATH - JOSEPH, *A clinical decision support system with an integrated EMR for diagnosis of peripheral neuropathy*, in *Neuroimaging Clin. N. Am.*, 2014, 24, p. 49-65, i quali hanno sviluppato un'applicazione DDSS particolarmente riuscita per la diagnosi della neuropatia periferica raggiungendo il 93% di accuratezza rispetto agli esperti nell'identificare neuropatie motorie, sensoriali, miste o normali; SUTTON – PINCOCK – BAUMGART – SADOWSKI – FEDORAK – KROEKER, cit.

[13] Significativi esempi in questo senso sono riportati in ALTHER - REDDY, *Clinical Decision Support Systems*, in REDDY - AGGARWAL (a cura di), *Healthcare Data Analytics*, London 2015, p. 646, e JIANG - QIU - XU - LI, *The Research of Clinical Decision Support System Based on Three-Layer Knowledge Base Model*, in *Journal of Healthcare Engineering*, vol. 2017, p. 1 ss.

[14] Tra gli studi sul tema v. RICHENS – LEE - JOHRI, *Improving the accuracy of medical diagnosis with causal machine learning*, in *Nat. Commun.*, 2020, 11, p. 3923 ss.; PROSPERI – GUO - SPERRIN et al., *Causal inference and counterfactual prediction in machine learning for actionable healthcare*, in *Nat. Mach. Intell.*, 2020, 2, p. 369-375; PAPADOPOULOS et al., *A systematic review of technologies and standards used in the development of rule-based clinical decision support systems*, in *Health and Technology*, 2022, 12, p. 713-727.

[15] Al di là del caso di una malattia che percentualmente colpisca più uomini che donne, storicamente le regole e le classificazioni nelle scienze mediche si basano prevalentemente sui corpi maschili. Tuttavia, i ricercatori hanno riscontrato differenze di sesso nei tessuti, organi e persino nelle cellule del corpo, così come nella distribuzione, frequenza e gravità delle malattie più comuni. Si denuncia pertanto il rischio che i pregiudizi esistenti possano essere prolungati e persino esacerbati dal ricorso ai sistemi IA: v. PEREZ, *Invisible Women: Exposing Data Bias in a World Designed for Men*, London 2019, *passim*.

[16] V. WINKLER et al., *Association between surgical skin markings in dermoscopic images and diagnostic performance of a deep learning convolutional neural network for melanoma recognition*, in *JAMA*

3. Rispetto ai pazienti con comorbidità o con un quadro clinico complesso. Gli algoritmi diagnostici considerano solitamente una singola condizione patologica, mentre non è raro che un paziente abbia più di una problematica allo stesso tempo, anche solo a causa delle complicazioni della prima malattia[17]. In relazione a un soggetto affetto da più di una condizione patologica, l'algoritmo tenderà a diagnosticare l'infermità i cui sintomi sono più evidenti e a trascurare l'altra, latente o in fase di esordio ma possibilmente più grave (riconducendo qualsiasi sintomo alla malattia i cui segni sono maggiormente evidenti).
4. Con riguardo alle caratteristiche dell'ambiente di destinazione in cui la macchina si trova a operare, che possono essere molto diverse da quelle dei laboratori di progettazione o di sperimentazione. Da un lato, giacché queste inferenze non tengono conto della variazione dei tassi di incidenza di una malattia da una zona all'altra, a causa della storia di quella regione, di fattori climatici o naturalistici, o di impianti industriali[18]. Dall'altro lato, in quanto l'ambiente circostante influisce sulle prestazioni del dispositivo[19], rendendo difficile prevedere se sarà in grado di soddisfare adeguatamente le aspettative, i requisiti e gli *standard* degli operatori sanitari[20]. Sarebbe opportuno raccogliere dati sufficienti per addestrare in modo ottimale gli algoritmi ad 'adattarsi' alla popolazione locale e/o ai modelli di pratica del posto[21], ma si tratta di un'implementazione che raramente viene effettuata perché, oltre a essere costosa, non è alla portata della maggior parte delle organizzazioni sanitarie, le quali non dispongono dei mezzi necessari[22].
5. Relativamente alle malattie ancora sconosciute e pertanto non inserite nella base di conoscenza del dispositivo, il quale di conseguenza non potrà che ricondurle ad altre più note.
Se per un verso l'esistenza di questi scenari di rischio induce a diffidare delle opinioni che considerano i sistemi decisionali come la soluzione definitiva al problema delle diagnosi errate, per altro verso non consente di eludere le questioni relative al valore delle indicazioni algoritmiche e alla misura in cui la loro adesione incida sulla responsabilità del medico, in quanto la scarsa frequenza di questi scenari evidenzia come l'approccio inferenziale risulti sufficiente (ed efficiente) rispetto agli sviluppi causali più ricorrenti.

3. L'indicazione algoritmica quale linea guida medica o buona pratica assistenziale

Ancora prima di considerare l'incidenza che riveste sul piano della responsabilità la scelta del medico di dare, o meno, seguito alle indicazioni algoritmiche, è sul fronte medico-legale che va verificata la valenza delle prescrizioni provenienti da un sistema automatico di supporto alla diagnosi, di cui è stata prospettata la rilevanza *de iure condendo* ma che a mio avviso possono assumere in una certa misura valore già *de iure condito*.
Si pensi al caso di un medico che, confidando nella correttezza della diagnosi proposta dal sistema automatizzato, adotti la terapia corrispondente (che lo stesso dispositivo può avergli suggerito[23]), provocando nel paziente un aggravamento della lesione e forse anche un danno di cui non soffriva. Per far ciò, è necessario (ri)considerare la fonte delle informazioni da cui il sistema trae (elabora) le proprie conclusioni, richiamando la distinzione tra *clinical decision support system knowledge-based* e *clinical decision support system non-knowledge-based*, fondata sull'esistenza o meno di un insieme di regole predeterminate quale base di conoscenza dell'applicativo.
Relativamente ai primi, le regole di riferimento possono consistere nell'insieme di linee guida, raccomandazioni, *best practice* e studi clinici che orientano la scienza medica in un determinato momento storico e che il dispositivo (ri)elabora, insieme ai dati del paziente e ad altre informazioni inserite nella griglia operativa, quando è chiamato a offrire il proprio supporto. Indicazioni che, malgrado la loro diversità, sono in genere reperibili – almeno quando provenienti da istituti di ricerca o enti scientifici pubblici: es. National Library of Medicine, National Comprehensive Cancer Network, American Society of Clinical Oncology[24] – e possono quindi essere valutate dal professionista per la loro pertinenza al caso concreto.
Allorché la base di conoscenza sia nota e accessibile non sembrano allora esserci particolari ostacoli a considerare le indicazioni provenienti dal sistema alla stregua di *raccomandazioni previste dalle linee guida* (art. 5, l. n. 24/2017), dal momento che la risposta non è altro che la combinazione del *background* di indicazioni scientifiche consolidate con le informazioni riguardanti il paziente: in modo non dissimile da come agisce un medico che metta a confronto i dati e i valori dei pazienti con le indicazioni e i risultati codificati della propria scienza. Del resto il professionista, ai sensi dell'art. 5, comma 1°, l. n. 24/2017, è tenuto nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie – comprese quelle diagnostiche e terapeutiche – ad attenersi alle linee

Dermatol., 155, 2019, p. 1135-1141 sulla suscettibilità agli errori dei modelli diagnostici quando vengono applicati a popolazioni di pazienti diverse.

[17] V. Comito – Falcone - Forestiero, *AI-Driven Clinical Decision Support: Enhancing Disease Diagnosis Exploiting Patients Similarity*, in *IEEE Access*, vol. 10, 2022, p. 6878-6888, spec. 6879.

[18] Se un algoritmo venisse alimentato con dati provenienti da un ambiente con un'incidenza bassa o nella media di un determinato tipo di malattia, potrebbe fornire sistematicamente stime di rischio sottostimate quando fosse utilizzato in un ambiente in cui l'incidenza è più alta.

[19] Panch – Mattie - Celi, *The «inconvenient truth» about AI in healthcare*, in *npj Digit. Med.*, 2, 2019, p. 77.

[20] A causa della complessità e dell'imprevedibilità che connota i sistemi sanitari, risulta poco affidabile calcolare in studi controllati la probabilità di tali esiti incerti.

[21] Cfr. Sikma – Edelenbosch - Verhoef, *op. cit.*, p. 17.

[22] Panch – Mattie - Celi, *op. cit.*, p. 77.

[23] V. Lyell et al., *BMC Medical Informatics and Decision Making*, 2017, 17, p. 28-42, il cui studio ha rilevato che quando la raccomandazione proveniente dal CDSS è corretta, gli errori farmacologici si riducono del 58,8%, ma quando la prescrizione è errata, gli errori aumentano dell'86,6%, a riprova della capacità delle indicazioni algoritmiche di influenzare le valutazioni dei medici. Emerge prepotentemente il rilievo che assume il c.d. «bias dell'automazione», ovvero l'idea che una decisione presa da un computer sia in qualche modo più valida o accurata di una decisione umana.

[24] V. Hoffman et al., *Guiding principles for the use of knowledge bases and real-world data in clinical decision support systems: report by an international expert workshop at Karolinska Institutet*, in *Expert Review of Clinical Pharmacology*, 2020, vol. 13, n. 9, p. 925-934.

guida o, in mancanza, alle buone pratiche clinico-assistenziali, salve le specificità del caso.

A questo proposito, tuttavia, si pone un problema in relazione a quanto previsto dagli artt. 3 e 5 della legge Gelli-Bianco, in quanto è possibile che le raccomandazioni contenute nella base di conoscenza del dispositivo non siano state sottoposte (a causa ad esempio della loro origine straniera) alla procedura di accreditamento e aggiornamento ivi disciplinata (la cui normativa di dettaglio si ritrova nel d.m. 27 febbraio 2018, il cui art. 4 a sua volta rimanda per la procedura di valutazione alle disposizioni adottate dall'Istituto superiore di sanità[25]). Sebbene la maggior parte delle linee guida pubblicate dalle società scientifiche o dalle associazioni tecnico-scientifiche italiane non siano altro che adattamenti di linee guida già presenti altrove, rimane il problema di quelle di matrice estera che non siano state recepite[26].

In ogni caso, anche quando non pubblicate secondo la disciplina prevista dalla riforma, le linee guida (a prescindere da come vengano denominate nel sistema di provenienza) potrebbero essere considerate alla stregua di buone pratiche clinico-assistenziali, le quali non necessitano di essere codificate e non sono soggette alla procedura di riconoscimento né hanno un «*referente documentale di formazione ma operano come prassi comunemente accreditate nei settori di intervento*»[27].

Si possono al riguardo sollevare due obiezioni. La prima è relativa al contenuto delle buone pratiche, per alcuni radicalmente distinto da quello delle linee guida e quindi non adatto a ricomprendere quelle linee guida già disponibili ma prive della validazione prevista dalla legge; la seconda – condizionata in parte dalla prima – riguarda il rischio che, qualificando come buone pratiche raccomandazioni provenienti da linee guida (o documenti equivalenti) non accreditati, si dia accesso a direttive non verificate dalle istituzioni nazionali competenti[28].

Per quanto concerne la prima obiezione, parte della dottrina medico-legale sostiene che linee guida e buone pratiche, pur condividendo una significativa affinità funzionale, non possano essere considerate come un'endiadi, in quanto le buone pratiche o *standards* avrebbero finalità di prevenzione dei danni (e quindi di contenimento dei costi) e sarebbero più stringenti, come tali rientrando nella categoria dei protocolli. In questo senso si sottolinea che la legislazione che più fa riferimento alle buone pratiche è quella riguardante principalmente il campo della sperimentazione e della medicina di laboratorio, a dimostrazione di come si tratti per lo più di procedure per la sicurezza (come quelle per la salubrità della sala operatoria) marginali nella pratica clinica[29].

Le prime applicazioni in medicina del concetto di «buona pratica» si ritrovano effettivamente nel campo delle «pratiche per la sicurezza», come testimonia sia il dato comparatistico[30] sia la stessa legislazione interna, ove la prima (e forse tuttora unica) definizione di 'buone pratiche' è contenuta nel d.m. 15 luglio 1997 di regolamentazione della sperimentazione clinica dei farmaci sull'uomo[31]. In quest'ambito, le buone pratiche si configurano come protocolli o *checklist* la cui applicazione

---

[25] Disposizioni tecniche rinvenibili all'indirizzo https://snlg.iss.it/?cat=3.

[26] Lo riconosce anche il decreto di riorganizzazione del sistema nazionale di linee guida emanato dal Ministero della Salute all'indomani della riforma, ove si specifica che possono essere presentate proposte di accreditamento di linee guida internazionali adattate a livello nazionale e che l'ISS valuta ogni nuova proposta sulla base anche dell'esistenza di linee guida internazionali: v. art. 5, commi 2 e 3, Decreto 27 febbraio 2018, Ministero della Salute, Istituzione del Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG). (18A01899), G.U. Serie Generale, n. 66 del 20 marzo 2018.

[27] F. BOCCHINI, *La sanità lesiva. Ideologie e strategie a confronto*, in *Contratto e impr.*, 2018, p. 1317. Inoltre BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *D. pen. proc.*, 2018, p. 646 ss.; MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, II, p. 757. In termini assoluti, non sembra condivisibile l'opinione – espressa ad esempio da MERLI, *La disciplina delle linee guida e delle buone pratiche mediche nella legge Gelli-Bianco. L'impatto sulla causa di esclusione della punibilità rimodulata e reintrodotta dalla riforma*, in *R. it. med. leg.*, 2018, p. 1485 – per la quale le buone pratiche riceverebbero un riconoscimento formale dall'istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità di cui all'art. 3 della legge. In realtà, quelle *ivi* previste come oggetto di acquisizione dai Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, sono solo le buone pratiche relative alla prevenzione del rischio sanitario, come risulta dalla rubrica dell'articolo e dalla consultazione del sito web dello stesso organismo in questione (*https://www.buonepratichesicurezzasanita.it/*). Le buone pratiche clinico-assistenziali di cui all'art. 5, come avremo modo di precisare, hanno un contenuto assai diverso, e non sono né censite né pubblicate da questo o da altri osservatori o enti.

[28] La complessità della procedura di accreditamento e aggiornamento, per quanto stigmatizzabile nella sua macchinosità (v. E. QUADRI, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, in *www.giustiziacivile.com*, 3, 2017, p. 5 s.; ZIVIZ, *Linee guida e buone pratiche, dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *RiDaRe.it*, 27 marzo 2017), assume significato nella misura in cui, per effetto della novella, le linee guida entrano formalmente nel quadro delle fonti (così FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 278; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ.*, 2018, p. 1448 ss.), dando luogo a importanti conseguenze in termini di esenzione della responsabilità penale e civile: tali da giustificare l'esistenza di un sistema di catalogazione, di conferma della loro validità e di conoscenza o conoscibilità così articolato (cfr. DI LELLA, Leges artis *e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2018, II, p. 267; BRUSCO, *op. cit.*).

[29] Argomentano a favore di un più netto confine tra linee guida e buone pratiche, *ex multis*, ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *D. pen. e proc.*, 2013, p. 216 ss.; VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *R. it. d. proc. pen.*, 2013, 1, p. 250 ss.; NOCCO, *Le linee guida e le «buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica» nella «legge Balduzzi»: un opportuno strumento di* soft law *o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *R. it. medicina legale*, 2013, p. 781 ss. Di opinione diversa, all'interno sempre della dottrina penalistica e medico-legale, BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *R. trim. d. pen. cont.*, 2013, IV, p. 51 ss., spec. 63 s.; VERGALLO, *Le buone pratiche clinico-assistenziali nella legge 8 marzo 2017*, n. 24, in *Resp. med.*, 2017, n. 2, p. 271 ss., ove ampie argomentazioni.

[30] V. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. «Balduzzi»). Le indicazioni del diritto comparato*, in *R. it. medicina legale*, 2013, p. 833 s.

[31] Ove pure è contenuta una definizione di buona pratica alquanto ampia («*uno* standard *internazionale di etica e qualità scientifica per progettare, condurre, registrare e relazionare gli studi clinici che coinvolgono esseri umani*»), a differenza di quanto ci si potrebbe aspettare se si aderisse all'idea che le buone pratiche si sostanzino (solo) in schemi rigidi, predefiniti e in quanto tali inderogabili: ciò dimostra che, al di là delle differenze che possono essere ricostruite in astratto, il legislatore

risulta obbligatoria nella misura in cui riduce il rischio di danni in modo certo e drastico. Tuttavia, nel corso del tempo, alle buone pratiche per la sicurezza si sono affiancate le buone pratiche clinico-assistenziali che, come le linee guida, costituiscono raccomandazioni di comportamento elaborate per aiutare i medici a decidere i metodi di trattamento più appropriati in situazioni cliniche specifiche[32]. Il medesimo legislatore della riforma ha preso atto di questa differenza e ha distinto tra buone pratiche per la sicurezza (art. 3) e buone pratiche clinico-assistenziali (art. 5), equiparando queste ultime alle linee guida.

In effetti, quando intervengono nella pratica clinica, ossia in quella branca della medicina che mira allo studio del paziente e al conseguente trattamento terapeutico, le buone prassi non differiscono – se non per la loro natura prasseologica e non sempre (o almeno non in linea di principio) documentale – dalle linee guida e, dunque, non sorprende che il legislatore le abbia considerate come «*un tutt'uno*»[33]. Il risultato è stato che, a differenza della legge Balduzzi (l. 8 novembre 2012, n. 189), dove erano legate da un rapporto di complementarità – e quindi applicabili anche congiuntamente –, nella legge Gelli-Bianco le buone prassi, occupando lo stesso campo semantico, sono intese come alternative alle linee guida[34], applicabili nella misura in cui queste ultime manchino o il caso concreto le renda inadeguate[35].

Per quanto riguarda il rischio che, qualificando come buone pratiche linee guida non accreditate, si introducano nel sistema raccomandazioni potenzialmente inadeguate, va osservato che, sebbene le buone pratiche clinico-assistenziali non siano soggette alla procedura di accreditamento, per svolgere una funzione complementare della norma primaria devono essere state elaborate a seguito di un processo di revisione sistematica della letteratura e dei contributi scientifici nonché redatte da società scientifiche riconosciute. Tale verifica rende più complessa la valutazione delle linee guida non istituzionalizzate, perché postula l'esame di elementi estrinseci come l'autorevolezza della fonte e la correttezza metodologica[36]; tuttavia l'indirizzo anche della giurisprudenza costituzionale è nel senso di non limitare la funzione integratrice della disposizione legislativa alle linee guida formalizzate[37]. Sarà in ogni caso onere del medico dimostrare di aver esaminato criticamente la buona pratica all'atto di effettuare la scelta diagnostica o terapeutica[38].

Se si condivide il presupposto che seguire le indicazioni diagnostiche, e quindi terapeutiche, dell'algoritmo possa costituire una buona pratica assistenziale, dobbiamo di conseguenza ammettere che la loro osservanza sia in grado di ridurre l'ammontare del danno liquidabile al paziente, quando non di escludere la responsabilità del medico, stando alla meditata tesi secondo cui l'osservanza delle linee guida o delle buone pratiche escluda la punibilità in sé ove l'evento si sia verificato per imperizia[39].

La base di conoscenza che compone questi dispositivi non è tuttavia sempre accessibile, specie quando è formata da informazioni ancora segrete e/o commercializzabili. Sebbene molti esperti, informatici e medici, invochino con forza l'apertura e la massima trasparenza delle fonti (*open access*), quando il patrimonio di conoscenza rappresenta anche un prodotto commerciale l'accessibilità può risultare limitata. Il grado di intelligibilità di questi dispositivi si riduce di conseguenza e, in termini di verificabilità della fonte di informazione, possono essere accomunati ai sistemi *non-knowledge-based*, che si avvalgono di forme di *machine learning* per fornire indicazioni sulla diagnosi e sul trattamento terapeutico.

Nei *clinical decision support system* non basati sulla conoscenza l'applicazione, dopo la fase iniziale di addestramento dall'esperienza e/o da modelli clinici passati (solitamente si tratta di apprendimento supervisionato), è in grado di (*è chiamata a*) fare a meno delle regole o degli *input* con cui è stata «istruita». Al di là del fatto che il *dataset* utilizzato per l'apprendimento è solitamente un prodotto commerciale, si può dubitare che, anche quando fosse divulgato, permetterebbe di conoscere lo schema seguito dal programma per giungere a una determinata diagnosi. Questi sistemi, non solo sono imprevedibili *ex ante*, ma sono anche opachi *ex post*, in quanto progettati per rispondere, oltre agli *input* predefiniti, a nuovi *input* individuati indipendentemente

---

assume il significato che ritiene necessario adottare nel momento in cui impiega questi termini (a volte intesi come alternativi altre come complementari).

[32] Definizioni analoghe si ritrovano in PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881 ss., ed *ivi* riferimenti in nt. 5, e DI LELLA, *op. cit.*, p. 268.

[33] L'espressione è in ALPA, Ars interpretandi *e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 729.

[34] Cfr. FIORI - MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*[2], Milano 2018, p. 201.

[35] La preferenza del legislatore per le linee guida può essere spiegata alla luce dell'origine empirica delle buone pratiche, derivanti dal "buon senso clinico", e quindi spesso non documentali, e di conseguenza più difficili da accertare e verificare.

[36] V. DE TURA, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna 2010, p. 264 ss.; CAPUTO, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e* checklist *nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *R. it. d. proc. pen.*, 2018, p. 888.

[37] Cfr. C. cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2012, e C. cost. 14 novembre 2003, n. 338, in *F. it.*, 2004, I, p. 343.

[38] Cfr. FRANZONI, *Colpa e linee guida*, cit., p. 805.

[39] La Legge Gelli Bianco, all'art. 7, comma 3°, prevede che il giudice, nel determinare il risarcimento, tenga conto della condotta dell'operatore sanitario in relazione al rispetto delle linee guida o delle buone pratiche. Il riferimento alla determinazione del risarcimento sembra diretto a limitare la valutazione della condotta del medico al profilo del *quantum*, escludendo che possa portare all'esenzione in sé dalla responsabilità: in questo senso COPPOLA, *op. cit.*, p. 1453; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, II, p. 1122, il quale ne sottolinea però la contraddittorietà. Contraddittorietà che ha portato autorevole dottrina a correggere in via interpretativa il testo, ritenendo che laddove prevede – all'art. 6, comma 1° (*alias* art. 590-*quinquies* c.p.) – che l'osservanza delle linee guida o delle buone pratiche escluda la punibilità (penale) del medico ove l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la norma intenda precludere in generale la sanzionabilità del professionista, dunque anche sul versante civilistico, a meno che le esigenze del caso concreto non giustifichino una deroga alle stesse: ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, cit., p. 713; DI LELLA, *op. cit.*, p. 269.

dall'algoritmo[40]. Di conseguenza, mentre in una prospettiva futura è ben possibile che specifiche disposizioni qualifichino le diagnosi e le terapie frutto di elaborazioni basate sull'intelligenza artificiale come linee guida[41], in un'ottica *de iure condito* sembrerebbe doversi escludere valore di buona pratica alle indicazioni sviluppate da algoritmi di *machine learning*, tanto meno di linea guida: il medico non avrebbe modo di effettuare quel controllo critico di elementi quali la correttezza metodologica e l'autorevolezza della fonte necessario per svolgere una funzione integrativa della norma primaria.

4. Il contributo di partecipazione del medico e i fattori di imputazione nelle diagnosi algoritmiche

Anche quando la non conoscibilità (e prevedibilità) della fonte di apprendimento del dispositivo impedisce di considerarle tecnicamente linee guida o buone pratiche assistenziali, la scelta di utilizzare tecnologie particolarmente sofisticate e avanzate come quelle ad intelligenza artificiale incide giocoforza sui profili di responsabilità del medico, in un senso che può essere di esposizione o aggravamento della responsabilità oppure di attenuazione o esenzione della stessa.

Possiamo ipotizzare tre scenari come sfondo al verificarsi di tali effetti:

1. Il caso in cui il medico osservi e metta in atto una indicazione algoritmica errata;
2. Il caso in cui il medico dia seguito a indicazioni esatte ma si produca comunque un danno;
3. Il caso in cui il medico si discosti da una indicazione in realtà corretta.

L'accuratezza dei sistemi diagnostici automatizzati o semiautomatizzati non esclude l'esistenza, come sopra evidenziato, di possibili errori. La maggiore probabilità che essi si verifichino all'interno di contesti di per sé caratterizzati da particolari difficoltà, da un lato, non esclude l'eventualità che essi si presentino anche in condizioni eziologiche ordinarie e, dall'altro lato, giustifica (e rinforza) la cautela che il medico deve prestare quando si avvale di questi strumenti.

Le ragioni di biasimo nei confronti del professionista possono risiedere anzitutto nel non aver prestato attenzione ai segnali di allarme sulla correttezza dell'indicazione algoritmica: segnali che spesso solo il medico può individuare dall'anamnesi del paziente e poi dall'esame obiettivo. Senza cedere alla trappola di innalzare eccessivamente lo *standard* di diligenza richiesto[42], il medico sarà ritenuto responsabile, o parzialmente responsabile, nella misura in cui si tratti di indici rilevabili sulla base della diligenza propria del suo livello professionale: con la consapevolezza che, come anticipato, gli errori ricadono il più delle volte in contesti eziologici rari ed estremamente complessi[43].

Se da un lato va evitata l'insidia di indurre i medici (già peraltro riluttanti) a non utilizzare dispositivi ampiamente efficaci e tempestivi nella salvaguardia e nel miglioramento della salute, dall'altro lato sono da rifiutare soluzioni ancora più insidiose (perché all'apparenza risolutive nonché eque) che ne escludano la responsabilità sul presupposto della non prevedibilità del pericolo insito nel prodotto[44].

In termini generali la natura episodica del rischio è compensata infatti dalla notevole rilevanza del danno quando esso si verifica, mentre in termini più puntuali la natura di «scatola nera» «insondabile» dei sistemi di intelligenza artificiale non esclude la possibilità di acquisire una conoscenza di base del funzionamento del programma. Anche quando la base di conoscenza dell'applicazione risulta sconosciuta o il *dataset* inaccessibile, è possibile infatti ricavare i fattori da cui è dipesa maggiormente l'indicazione algoritmica e il loro peso a livello aggregato e/o disaggregato[45]. Elementi utili in chiave di comprensibilità della indicazione algoritmica se considerata alla stregua di una

---

[40] Così SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in questa *Rivista*, 2020, p. 1247.

[41] V. BERTOLINI, *Dall'*imaging *ai sistemi esperti. La responsabilità del medico e le nuove frontiere della medicina difensiva*, in *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, cit., p. 39 ss., spec. 56.

[42] A parità di condizioni, la soglia di diligenza richiesta al medico nella prestazione non dovrebbe essere elevata a seconda che utilizzi o meno una tecnologia ad intelligenza artificiale. Cfr. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 1261, la quale opportunamente rammenta che «l'obbligazione del professionista, anche se l'impiego di dispositivi estremamente sofisticati può accrescere le aspettative dei pazienti che pretendono sempre di più la guarigione invece che la cura, rimane di mezzi e non di risultato (…)». Cfr. anche VOTANO, *op. cit.*, p. 675, per il quale «l'utilizzo di sistemi intelligenti dovrebbe rappresentare un fattore di per sé neutrale rispetto alla natura della prestazione sanitaria».

[43] Per quanto riguarda l'onere della prova, se nel regime precedente era coerente con la ricostruzione della responsabilità del medico come contrattuale porre a suo carico l'onere di dover dimostrare la speciale difficoltà (cfr. Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, in *F. it.*, 2005, I, c. 2479; Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, *ivi*, 2004, I, c. 3328, con nota di BITETTO; Cass. civ., 20 novembre 1998, n. 11743, in *Danno e resp.*, 1999, p. 344, con nota di BATÀ-SPIRITO; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *F. it.*, 1971, I, c. 1476), sotto il regime corrente possono manifestarsi dubbi sulla conformità di tale impostazione: tanto che prima della svolta operata da Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589 (che affermò la natura contrattuale della responsabilità del medico strutturato, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441, con nota di DI MAJO) la giurisprudenza poneva sul professionista solo l'onere di dimostrare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della norma, spettando al paziente provare la colpa grave, in accordo con i caratteri della responsabilità aquiliana: Cass., 16 novembre 1988, n. 6220, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, fasc. 11. Tuttavia l'indirizzo della Cassazione è nel senso che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà rilevi soltanto ai fini della valutazione del grado della diligenza e del corrispondente grado della colpa del professionista e, come tale, sia indifferente alla qualificazione della responsabilità come contrattuale o aquiliana (v. le recenti Cass. civ., 6 maggio 2020, n. 8496, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. civ., 15 giugno 2018, n. 15732, in *Guida dir.*, 2018, p. 47).

[44] Esprime dubbi in questo senso BRUTTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità in ambito medico: la prospettiva statunitense*, in *Resp. med.*, 2018, 4, p. 473 ss., spec. 474.

[45] Si consideri un sistema utilizzato per identificare l'asma e le malattie polmonari che prenda in considerazione la Capacità Vitale (CV), il Volume Espiratorio Forzato nel 1° secondo (FEV1) e la Capacità Vitale Forzata (FVC), i quali assumano ciascuno un determinato peso quali parametri di ingresso (0,8 il primo, piuttosto che 0,6 il secondo o 0,2 il terzo, il tutto in una scala che va da 0 a 1): v. BADNJEVIC – GURBETA - CUSTOVIC, *An Expert Diagnostic System to Automatically Identify Asthma and Chronic Obstructive Pulmonary Disease in Clinical Settings*, Sci Rep. 2018 Aug 3, 8, 11645.

decisione automatica (art. 22 GDPR), ma anche di responsabilità del medico, perché rendono il professionista sanitario edotto (e quindi in una certa misura partecipe) dei fattori presi in considerazione dal sistema e di quale è stata la loro incidenza a livello ponderato: tale consapevolezza può consentire al medico di mettere in discussione in modo più efficace l'accuratezza della diagnosi e, quindi, avvisarlo tempestivamente della presenza di un possibile errore[46].

I motivi di rimprovero nei confronti dell'operato del medico possono risiedere altrimenti nella diligenza e nella perizia utilizzata per interagire con l'applicativo: da qui la possibilità che, nonostante venga dato seguito a una prescrizione algoritmica in sé corretta, si possano verificare lo stesso danni[47].

Nonostante il livello di automazione, i sistemi di supporto alla diagnosi non possono fare a meno dell'apporto dei medici, il cui contributo risulta necessario per l'implementazione della prescrizione algoritmica (e quindi per la produzione stessa del danno)[48]. Contributo che si concretizza non solo nell'identificazione dei sintomi, ma anche nella selezione della diagnosi più appropriata tra quelle suggerite dal programma, nonché nella selezione della terapia più adeguata tra quelle prospettate dal sistema. A parte l'estremo interesse in termini di personalizzazione delle cure, queste tecnologie prescindono solo in parte dall'intervento del medico: la cui attività è peraltro indispensabile per interpretare poi i risultati, nonché per tradurre in pratica la risposta terapeutica di cui il dispositivo ha previsto l'efficacia[49].

Particolarmente importanti a questo proposito sono le raccomandazioni del produttore sull'uso del sistema e l'effettivo controllo (espresso anche in termini di conoscibilità dei meccanismi e dei limiti) dell'utente sul prodotto. Se le indicazioni del produttore non sono trasparenti, la decisione errata del medico dovrà essere considerata in modo meno rigoroso, ma se le istruzioni del produttore sono improntate alla chiarezza e richiedono un certo *standard* di preparazione dell'operatore sanitario o, ad esempio, indicano una certa percentuale di possibile errore diagnostico del dispositivo in relazione a particolari contesti o situazioni, la responsabilità del medico e/o dell'ospedale dovrà essere riconosciuta[50].

Discutibile appare piuttosto se tale responsabilità debba essere riconosciuta anche quando la condotta del medico sia stata lievemente colposa o solo quando caratterizzata da colpa grave.

In questo secondo caso, potrebbero essere le caratteristiche di autonomia e opacità proprie delle tecnologie di intelligenza artificiale a fondare i presupposti di applicabilità dell'art. 2236 c.c., indipendentemente dall'esistenza di fattispecie sottostanti caratterizzate da speciale difficoltà. Peraltro, il professionista che, a causa dell'assoluta novità dello strumento, non ne utilizzi al meglio le funzioni o non riconosca l'errore in cui è incorso l'algoritmo, potrebbe essere considerato alla stregua di un medico poco esperto, privo di una formazione adeguata ad adoprare un mezzo così tecnologicamente innovativo: sì che la fattispecie rientrerebbe nel perimetro di applicazione della regola che dottrina,

---

[46] Le linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati (*Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, 3 ottobre 2017, spec. 27) indicano la necessità di fornire all'interessato informazioni sufficientemente complete sui fattori presi in considerazione per il processo decisionale e sul loro rispettivo 'peso' a livello aggregato. Altrove (GRASSO, «The Bad Algorithm. *Automated Discriminatory Decisions in the European General Data Protection Regulation*», Napoli 2022, spec. p. 72 ss.) abbiamo sostenuto che la divulgazione del peso a livello aggregato può essere intesa solo come il requisito minimo necessario per adempiere agli obblighi di trasparenza, ma che il responsabile è obbligato a rivelare i pesi dei fattori presi in considerazione dal sistema in forma disaggregata se l'interessato lo richieda o la fattispecie lo imponga, a condizione che sia tecnicamente possibile mantenere l'anonimato dei dati.

[47] Non può essere trascurato che la Cassazione ha riconosciuto in capo al medico l'onere di provare di aver verificato o di essersi assicurato del corretto funzionamento del macchinario: Cass. civ., 3 ottobre 2018, n. 27448, in *www.italgiure.giustizia.it*.

[48] Di recente si è registrato un grande sviluppo nel campo delle procedure telediagnostiche a distanza, a causa della pandemia da Covid-19. I sistemi sviluppati includono un tampone nasofaringeo, un'ispezione della cavità orale, l'auscultazione del torace, la percussione e la palpazione dell'addome, tramite terminali robotici. Il medico è collegato utilizzando un'interfaccia utente di nuova concezione e un robot guida, con controllo rapido del ritorno di forza, che permette movimenti precisi e veloci: v. FUCHTMANN – KRUMPHOLZ – BERLET – OSTLER – FEUSSNER – HADDADIN - WILHELM, *COVID-19 and beyond: development of a comprehensive telemedical diagnostic framework*, in *International Journal of Computer Assisted Radiology and Surgery*, 2021, 16, p. 1403-1412. Tutto ciò suggerisce che, nel momento in cui si arriverà ad integrare l'intelligenza artificiale c.d. virtuale (cartelle cliniche elettroniche, *software* per la pianificazione di diagnosi e terapie etc. etc.) con l'intelligenza artificiale c.d. fisica (assistenza chirurgica tramite robot, protesi intelligenti, ecc.), l'utilizzo dei CDSS avrà raggiunto un significato diverso (e più comprensivo) di quello che assume al momento. Tuttavia, non bisogna nutrire aspettative eccessivamente ottimistiche su questi strumenti, stando proprio al campo della ricerca da Covid-19, dove i *software* per la diagnosi automatica dell'omonima infezione con la tomografia computerizzata del torace si sono dimostrati strumenti utili ma non in grado di sostituire i tamponi molecolari: lo fa rilevare DI ROSA, *op. cit.*, p. 117.

[49] Da qui anche la marginalità di indagare la compatibilità dei sistemi automatizzati con il principio di personalità nelle prestazioni professionali di cui all'art. 2232 c.c.

[50] Negli Stati Uniti sono sorte molte controversie relative all'uso improprio da parte dei medici di dispositivi complessi teleguidati come il robot Da Vinci. Sebbene si tratti di dispositivi che pongono problemi diversi e richiedono competenze differenti rispetto ai sistemi diagnostici, sembra comune la necessità di una formazione specifica da parte del medico, talvolta assente. In molti di questi casi si sono riscontrate pressioni da parte degli ospedali sui medici affinché utilizzassero il robot da Vinci nonostante fossero sprovvisti di una formazione adeguata alla luce proprio delle istruzioni sull'uso del prodotto: qui (https://www.reliasmedia.com/articles/136329-hospital-settles-lawsuit-after-credentialing-surgeon-on-robot) il caso Taylor v. Intuitive (per un commento v. GUERRA, *Profili di responsabilità del robot chirurgico nell'ordinamento americano*, in *Resp. med.*, 2020, p. 227 s.) A questo proposito, si potrebbe porre la questione se nel contesto europeo, alla luce degli obblighi cui sembra sarà tenuto un fornitore di dispositivi IA, l'uso di un dispositivo medico complesso da parte di un dipendente di una struttura sanitaria che non sia un esperto possa essere motivo di esenzione di responsabilità per il fornitore stesso: e ciò proprio alla luce delle indicazioni dettagliate messe a disposizione dell'utente, che potrebbero raccomandare o comunque sollecitarne l'uso solo da parte di professionisti appositamente qualificati.

giurisprudenza e Corte costituzionale[51] hanno confinato ai casi di imperizia[52].

Più difficile risulta superare l'osservazione secondo cui il presupposto per l'applicazione della disposizione dovrebbe essere rinvenuto sempre nel caso concreto, non essendo sufficiente «*la potenziale prospettabilità di problemi di speciale difficoltà desunta da categorie astratte e predefinite*»[53]: quale potrebbe essere, ad esempio, l'utilizzo di dispositivi di intelligenza artificiale. A questo proposito, tuttavia, pur escludendo l'applicazione automatica dell'art. 2236 c.c. al mero ricorrere di prestazioni sanitarie eseguite con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale, l'osservazione potrebbe rivelarsi in concreto un limite solo apparente se si considera la circostanza, già fatta rilevare, che gli scenari in cui è più probabile il verificarsi di un errore algoritmico sono di solito caratterizzati proprio da speciale difficoltà. Per altro verso, e al di là del rilievo empirico (che, in quanto tale, non sempre ricorre), potrebbe assumere rilevanza il recente orientamento della Cassazione che, in quest'opera di riscoperta del valore dell'art. 2236 c.c., ha ripercorso il concetto di «speciale difficoltà» precisando come il problema tecnico così identificato ricomprenda «*non solo la necessità di risolvere problemi insolubili o assolutamente aleatori, ma anche l'esigenza di affrontare problemi tecnici nuovi, di speciale complessità* (...)»[54].

Quanto precede non deve indurre a trascurare la circostanza che nella maggior parte dei casi le indicazioni algoritmiche risultano corrette e che il tasso di errore diagnostico di questi dispositivi in molte aree della medicina sia inferiore a quello dei medici[55]. L'elevata accuratezza delle tecnologie di intelligenza artificiale porta di conseguenza a considerare le relative indicazioni come un modello comportamentale particolarmente accreditato e affidabile, ferma restando la necessità di verificare l'adattabilità delle raccomandazioni algoritmiche al caso specifico[56].

Ecco perché rischia di risultare in colpa grave il medico che, senza nemmeno procedere ai rilievi necessari, decida di disattendere o tralasciare l'indicazione macchinica di cui si dimostri la correttezza, pure (anzi, forse a maggior ragione) se si confronta con un caso caratterizzato da speciale difficoltà[57]. La circostanza per cui è più probabile del contrario che l'indicazione algoritmica sia corretta determina un onere di approfondimento per il medico intenzionato a discostarsene: onere che non va inteso come limitazione o invasione della sua discrezionalità professionale, ma come misura di tutela della organizzazione di appartenenza di fronte a possibili richieste risarcitorie civili e contabili e, soprattutto, di salvaguardia della salute dei pazienti.

5. Consenso informato e scenari di (in)successo: uno sguardo al diritto tedesco

Un altro significativo profilo di novità consiste nel determinare se, ed eventualmente quali, informazioni fornire al paziente sull'utilizzo di un dispositivo automatizzato nella prestazione di cura. Aspetto da considerare anche per le sue ripercussioni sul versante della responsabilità, in quanto ad esso sono legate, su tutte, due questioni di particolare rilevanza: rendere o meno il paziente partecipe dell'eventuale natura *machine learning* del dispositivo (con tutto ciò che ne consegue in termini di presa di coscienza dell'imprevedibilità delle soluzioni e imprecisabilità della fonte di conoscenza); informare o non informare il paziente sul tasso di errore dell'applicazione (più o meno elevato a seconda delle aree mediche in cui è impiegato e delle situazioni ovvero dei contesti in cui viene utilizzato)[58]. All'evidenza, quindi, determinare quali informazioni fornire al paziente assume rilevanza per le sue

---

[51] C. cost., 28 novembre 1973, in *F. it.*, 1974, c. 19.

[52] Cfr. per tutti ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano 1999, 715; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino 2006, p. 745 ss.; FRANZONI, *Trattato resp. civ. L'illecito*, Milano 2004, p. 228 ss.; CIATTI, *Responsabilità medica e decisioni sul fatto incerto*, Padova 2002, p. 57; ma v. per un ampliamento dell'ambito di applicazione della previsione: TESCAROLI, *L'art. 2236 c.c. e l'auspicabile contenimento della responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Studium iuris*, 2021, p. 32 ss. Nella giurisprudenza civile v. Cass. civ., 18 novembre 1997, n. 11440, in *R. it. medicina legale*, 1999, p. 982; Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852, in *F. it.*, 1999, I, c. 2874, con nota di FILOGRANA; Cass., 13 gennaio 2005, n. 583, in *Giust. civ.*, 2006, I, π. 2186; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in *G. it.*, 2008, I, p. 63; Cass. civ., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33, con nota di Amone; Cass. civ., 15 giugno 2018, n. 15732, in *Guida dir.*, 2018, p. 47. Nella giurisprudenza penale sono note le alterne vicende che hanno riguardano l'applicazione dell'art. 2236 c.c. Allo stato dell'arte, la giurisprudenza di legittimità, pur escludendone la diretta applicazione, considera l'art. 2236 espressione di un «criterio di razionalità del giudizio» e, come tale, lo ritiene applicabile «*come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà*»: Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, in *G. it.*, 2018, 4, p. 841 e 944, con note di DI MAJO e RISICATO; anche in *D. pen. proc.*, 2018, 646, con nota di Brusco; Cass. pen., 7 giugno 2017, n. 28187, in *G. it.*, 2017, p. 2199, con nota di RISICATO; Cass. pen., 19 novembre 2015, n. 12478, in *Cass. pen.*, 2016, II, p. 4438, con nota di MARCHINI; Cass., 26 aprile 2011, n. 16328, in *R. it. medicina legale*, 2012, p. 369, con nota di SARDELLA.

[53] FACCIOLI, *La responsabilità civile in telemedicina*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 740 ss., ove ampi riferimenti; un'opinione diversa è espressa da BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Pol. d.*, 2014, p. 661 s.

[54] Tra le più recenti v. Cass., 21 novembre 2020, n. 25876 e Cass., 31 agosto 2015, n. 16275, entrambe in *www.italgiure.giustizia.it*.

[55] A parte gli studi citati, riferimenti a molteplici progetti già sperimentati con successo nei campi dell'oftalmologia, della cardiologia e della radiologia si ritrovano in SUTTON – PINCOCK – BAUMGART – SADOWSKI – FEDORAK – KROEKER, cit., p. 5 e 6.

[56] Richiama il principio del legittimo affidamento che «costituirebbe uno scudo rispetto alla responsabilità medica ogniqualvolta il dispositivo goda di una certificazione di garanzia della qualità e il medico abbia fatto affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti delegati al sistema»: LAGIOIA, *op. cit.*, p. 157 s.

[57] In un caso di particolare difficoltà, è vero che l'algoritmo commetterà più errori, ma questa maggiore probabilità di sbagli è direttamente proporzionale alla particolare difficoltà che caratterizza tali contesti, in cui il medico da solo o con il solo ausilio di mezzi tradizionali non avrebbe verosimilmente trovato meno difficoltà. Il sistema automatizzato, in questi casi più che in altri, può quindi rappresentare un valido supporto svolgendo in maniera più evidente la funzione esercitata da un medico esperto cui venga richiesto un consulto da un collega con minore esperienza o comunque desideroso di un confronto qualificato e possibilmente chiarificatore (il che certo non esclude l'errore dello stesso medico più specializzato).

[58] Un'adeguata informazione sui possibili effetti – almeno quelli prevedibili – è motivo di esonero da responsabilità in presenza di un atto terapeuticamente necessario e correttamente eseguito secondo le

ripercussioni sul fronte della responsabilità civile, ma non soltanto, in quanto può favorire o compromettere la fiducia in questi dispositivi da parte della comunità dei pazienti.

Questa capacità di condizionamento dell'informazione è un aspetto della questione da tenere in debita considerazione, in quanto la giurisprudenza ha dato particolare rilievo al profilo della capacità del consenso informato di influenzare la scelta del paziente di sottoporsi, o no, ad un trattamento medico o a una operazione chirurgica. Quando è stata chiamata a dirimere eventuali incertezze su cosa comunicare al paziente, la Cassazione ha escluso la necessità di informarlo su esiti anomali e rari, considerando legittima un'informazione circoscritta agli esiti più comuni e ricorrenti, per evitare di spaventarlo e dissuaderlo dal sottoporsi ad operazioni o trattamenti utili e per lo più privi di rischi[59]. Anche in coerenza con questo orientamento, è stata esclusa l'esistenza di un obbligo di informare il paziente sull'uso di dispositivi di intelligenza artificiale, tantomeno sul loro tasso di errore o su ulteriori aspetti ad essi relativi[60].

In merito si possono avanzare riserve, innanzitutto sulla base del disposto normativo contenuto nell'art. 1, l. 22 dicembre 2017, n. 219, in cui si riconosce il diritto di ogni persona a essere informata in modo completo, aggiornato e comprensibile sulla diagnosi, la prognosi, i benefici e i rischi degli esami diagnostici proposti, nonché sulle possibili alternative e sulle conseguenze di un eventuale rifiuto[61]. In questo modo il paziente, messo a conoscenza del tasso di errore del dispositivo o del suo meccanismo di funzionamento, potrebbe ad esempio decidere di ricorrere all'«alternativa» rappresentata da un intervento condotto secondo modalità tradizionali[62].

Ma ulteriori dubbi possono essere avanzati sulla base del confronto comparatistico, in particolare con l'ordinamento tedesco, dove prevale una visione decisamente meno paternalistica. In quel sistema il consenso è inteso in modo maggiormente dettagliato ed egualitario e non è un caso che il dibattito sull'obbligo per il medico di informare il paziente dell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per la diagnosi e il trattamento sia aperto[63].

Già dalla lettura del § 630 *BGB*, in combinato disposto con il § 228 *StGB*, emerge che il rilievo attribuito a un'informazione analitica e dettagliata non si esaurisce nel profilo inerente al rispetto del diritto all'autodeterminazione informativa e terapeutica, ma si estende al versante della responsabilità del medico, che viene esclusa nel caso in cui il paziente condivida e accetti il rischio preventivato, laddove espresso in modo completo e comprensibile. Il medico curante è tenuto a informare il paziente di tutte le circostanze rilevanti per il consenso, compresi, in particolare, la natura, la portata, l'attuazione, le conseguenze previste, i rischi associati alla pratica nonché la sua necessità, urgenza, idoneità e prospettive di successo rispetto alla diagnosi e al trattamento. L'elevato grado di analiticità e completezza delle informazioni da fornire al paziente induce a ritenere ammissibile l'esistenza di un obbligo di mettere al corrente il paziente sull'uso di un dispositivo di apprendimento automatico nella formulazione della diagnosi, nonché sui tassi di errore associati[64].

A ostacolare questo approdo intervengono i limiti di trasparenza associati al funzionamento dei dispositivi di intelligenza artificiale, che possono rendere difficile nella pratica comunicare ai pazienti informazioni adeguate. Tuttavia, come verrà di seguito discusso, i requisiti informativi che la Proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale vincola il fornitore a trasmettere all'utente (in particolare gli artt. 12-14) potrebbero compensare la difficoltà di rendere il paziente adeguatamente edotto sul funzionamento e le inadeguatezze dei sistemi di apprendimento automatico[65].

Un approccio alternativo, che d'altronde trova pure seguito nell'ordinamento tedesco (cfr. § 630h BGB, numm. 1, 4, 5), è

---

regole dell'arte: Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di DI MAJO.

[59] Cass. civ., 19 settembre 2014, n. 19731, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass.civ., 11 dicembre 2013, n. 27751, in *R. it. medicina legale*, 2015, p. 322; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *G. it.*, 2005, p. 1395, con nota di D'AURIA.

[60] Diffusamente DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 2022, p. 181 ss.; ora anche in *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, cit., p. 9 ss. Si mostrano di diverso avviso: TOZZI - CINELLI, *Informed consent and artificial intelligence*, in *Biolaw Journal*, *Special Issue*, 2, 2021, p. 106 s.; MUTO - TOSCO, *Forum AI and Law*, in *Biolaw Journal*, 2020, 1, p. 507.

[61] L'analiticità della norma e il fondamento costituzionale del consenso informato nell'art. 13 oltre che nell'art. 32 Cost. (v. C. cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *G. cost.*, 2008, p. 4947) superano la rilevanza che l'art. 33 del Codice di Deontologia Medica potrebbe avere là dove impone di tenere conto «della sensibilità e della reattività emotiva del paziente»: norma fra l'altro che, a parte i limiti meramente interni, è principalmente diretta a orientare la comunicazione del medico in caso di prognosi infausta.

[62] Indicativi sembrano anche: il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 29 maggio 2020 su «Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici» (spec. 14) in cui si raccomanda di informare adeguatamente il paziente sui sistemi di IA impiegati nel trattamento; e le linee guida sull'intelligenza artificiale in sanità dell'ONU ove si raccomanda ai medici di essere trasparenti con i pazienti e di informarli sull'uso dell'IA, di spiegarne al meglio lo scopo e la funzione e di essere chiari su eventuali criticità (*Ethics and governance of artificial intelligence for health*, *WHO guidance*, 28 June 2021, spec. p. 48).

[63] *Ex multis*, DROSTE - WIEBKE, *Intelligente Medizinprodukte: Verantwortlichkeit des Herstellers und ärztliche Sorgfaltspflichten*, MPR 2018, p. 109-115; HELLE, *Intelligente Medizinprodukte: Ist der geltende Rechtsrahmen noch aktuell?*, in *Medizinrecht*, 2020, 38 (12), p. 993-1000; SPINDLER, *Telemedizin; Roboter und Künstliche Intelligenz*, *sub* § 823 BGB, *VIII. Besondere Fälle*, in GSELL – KRÜGER – LORENZ - REYMANN (a cura di), *beck-online.Grosskommentar zum BGB*, Munich 2021, Rn. 1052-1057.

[64] V. EBERS – HEINZE – KRÜGEL - STEINRÖTTER, *Künstliche Intelligenz und Robotik*, München 2020, p. 100 s., i quali sembrano escludere un siffatto obbligo solo quando l'IA sarà matura, sufficientemente testata ed effettivamente sicura da usare.

[65] Significativa in questo senso è anche la riforma francese della legge sulla bioetica. La *loi* n. 2021-1017 del 2 agosto 2021 ha inserito all'interno del Codice di sanità pubblica un nuovo articolo (art. L4001-3), ove è sancito l'obbligo per i professionisti se utilizzano dispositivi medici che comportano l'elaborazione algoritmica di dati allo scopo di realizzare un trattamento preventivo, diagnostico o terapeutico di informarne la persona nonché, se del caso, di avvertirla dell'interpretazione dei relativi risultati. Gli operatori sanitari devono a loro volta essere istruiti sull'uso del trattamento dei dati e i dati del paziente utilizzati nel processo di elaborazione nonché i risultati ottenuti devono essere loro accessibili. Gli sviluppatori e i progettisti garantiscono la spiegabilità del relativo funzionamento agli utenti.

offerto dal ricorso alle presunzioni relative, capaci di fornire – senza per questo penalizzare eccessivamente la posizione del professionista – una efficace protezione al paziente danneggiato dal concorso della negligenza del medico e della fallacia del sistema decisionale automatico.

6. Note a margine della Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale

Il ricorso alle presunzioni si rivela particolarmente utile se si considerano le caratteristiche di autonomia e opacità proprie di alcuni sistemi di intelligenza artificiale: caratteristiche che di fatto rendono estremamente arduo fornire spiegazioni sul funzionamento interno del dispositivo. Il legislatore europeo, non a caso, ha eletto la presunzione come istituto privilegiato di armonizzazione nella recente Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale, ritenendola più efficace e meno invasiva di altri strumenti disponibili nei diritti nazionali[66].

Tale impianto normativo si basa sull'applicazione dei requisiti per i sistemi ad alto rischio contenuti nella Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale[67], dipendendo prevalentemente dalla conformità o meno a tali requisiti la possibilità di un alleggerimento dell'onere probatorio. La Proposta di Direttiva, che ha un ambito di applicazione tanto ristretto quanto cruciale, stabilisce norme comuni sulla divulgazione di elementi di prova riguardanti sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio sospettati di aver prodotto un danno e sull'onere della prova nelle azioni di responsabilità extracontrattuale per colpa.

Viene innanzitutto introdotta una presunzione di violazione di un obbligo di diligenza nel caso in cui il fornitore o l'utente di un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio si rifiuti di conformarsi ad un ordine giudiziale di divulgazione o conservazione di elementi di prova a sua disposizione. In particolare, se nel contesto di una domanda di risarcimento del danno il convenuto non si adegua all'ordinanza di ingiunzione dell'autorità giudiziaria si presume «*la non conformità a un pertinente obbligo di diligenza da parte del convenuto, che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno*» (art. 3, comma 5°, della Proposta di Direttiva). Questa presunzione sembra da accogliere con favore alla luce della riluttanza con cui nella prassi fornitori e utenti divulgano informazioni e rivelano elementi (potenzialmente probanti in un'eventuale causa di risarcimento danni) riguardanti i sistemi di intelligenza artificiale di cui sono responsabili. Facendo strumentalmente leva sull'assenza di un preciso obbligo legale, si limitano spesso a dichiarazioni generiche ed esemplificative sul funzionamento del sistema e, al più, sulla politica di sicurezza seguita in merito all'implementazione di dispositivi di intelligenza artificiale, senza spingersi oltre nei dettagli o fornire un quadro analitico completo. Si tratta di una resistenza ordinariamente dovuta non tanto a carenze tecniche, quanto alla volontà di non svelare logiche aziendali in un'ottica di massimizzazione dei profitti.

Concentrandoci sul profilo di nostro interesse, si pone la questione di quali elementi di prova potrebbe essere chiamato a divulgare il medico che ricorra a un dispositivo automatizzato per la sua attività professionale. In termini generali, l'utente di un sistema di intelligenza artificiale (quale è da considerarsi un medico che utilizzi un dispositivo ad esempio *machine learning*) può essere tenuto a divulgare due ordini di elementi di prova: quelli derivanti dalle informazioni trasmessegli dal fornitore o quelli derivanti dagli obblighi che la Proposta di Regolamento pone direttamente a suo carico.

Stando alla Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale, il fornitore deve informare l'utente del rischio residuo associato a ciascun pericolo che il dispositivo può generare, nonché del rischio residuo complessivo che può presentare (art. 9, comma 4°, della Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale). Vanno inoltre portate a conoscenza le istruzioni per l'uso del dispositivo, nonché tutta una serie di informazioni relative al fornitore, alle prestazioni e allo scopo del sistema, ai gruppi di persone su cui è destinato a operare (riferimento importante se applicato ai contesti diagnostici), alle specifiche dei dati di ingresso o del dataset di addestramento, convalida e prova, alla durata prevista del sistema e a tutte le misure di manutenzione e cura necessarie per garantirne il corretto funzionamento, compresi gli aggiornamenti (art. 12 della Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale): tutte informazioni finalizzate a rendere effettivo il principio della sorveglianza umana (*human in the loop*) (art. 14 della Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale).

Per quanto riguarda, invece, le informazioni derivanti dagli obblighi che la Proposta di Regolamento pone direttamente in capo all'utente e che il medico, in qualità di utilizzatore di dispositivi di intelligenza artificiale, potrebbe quindi essere chiamato a divulgare, si tratta di elementi di prova discendenti dalle attività svolte in prima persona dall'utente o connesse all'attività di vigilanza esercitata dallo stesso sul dispositivo. Gli utenti garantiscono innanzitutto la pertinenza dei dati immessi nell'applicativo (dati di *input*) con la finalità prevista del sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio (si pensi ad esempio ai dati di un paziente inseriti in un *clinical* o *diagnostic decision support systems*), monitorano inoltre il funzionamento del dispositivo in conformità alle istruzioni ricevute e sono altresì tenuti a conservare i *log* generati automaticamente dal sistema per un tempo proporzionato alla relativa finalità e agli obblighi di legge (art. 29 della Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale)[68].

---

[66] Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), COM/2022/496 final, Bruxelles, 28 settembre 2022.

[67] Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, COM/2021/206 final, Bruxelles, 21 aprile 2021.

[68] Un *log* è un file in cui viene registrato in ordine cronologico l'insieme delle operazioni eseguite da un utente o da una macchina in fase di utilizzo di un software o di un'applicazione, comprese le operazioni che un computer esegue senza l'intervento dell'uomo. Oltre alle informazioni sul funzionamento fisiologico del dispositivo, nei *log* vengono registrati anche eventuali errori o anomalie.

Maggiori perplessità suscita la presunzione relativa all'esistenza del nesso di causalità, la quale, a differenza della presunzione di violazione di un dovere di diligenza, presenta un campo di applicazione «a fattispecie complessa»[69]: pur potendo essere invocata (a determinate condizioni) anche rispetto a danni prodotti da sistemi di intelligenza artificiale non ad alto rischio (art. 4, comma 5°, della Proposta di Direttiva)[70], non si applica in caso di domanda di risarcimento del danno riguardante un sistema di intelligenza artificiale (ancorché) ad alto rischio «*se il convenuto dimostra che l'attore può ragionevolmente accedere a elementi di prova e competenze sufficienti per dimostrare l'esistenza del nesso di causalità*» (art. 4, comma 4°, della Proposta di Direttiva).

Al di fuori di quest'ultima ipotesi, la presunzione si applica ai danni (sembrerebbe limitatamente ai danni fisici[71]) prodotti da sistemi di intelligenza artificiale, a condizione che il danneggiato dimostri: l'inosservanza colposa da parte del convenuto dei doveri di diligenza stabiliti dalla legislazione europea o nazionale volti a prevenire il danno verificatosi; la ragionevole probabilità, desunta dalle circostanze concrete, che tale condotta abbia influito sul rendimento del sistema; la provenienza del danno dall'*output* del dispositivo (art. 4, comma 1°, lett. *a-c*). Tuttavia, quando si tratta di un fornitore o di un utente di un sistema di intelligenza artificiale ad alto rischio, l'oggetto della prova si restringe e, per quanto riguarda il mancato rispetto dei doveri di diligenza, si riduce alla prova che il (1) fornitore non abbia rispettato uno dei requisiti cui è soggetto in forza della Proposta di Regolamento (Capi II e II del Titolo III) o che (2) l'utente (a) non abbia osservato l'obbligo di utilizzare o monitorare il sistema in conformità alle istruzioni ricevute o, se del caso, di sospenderne o interromperne l'uso; oppure (b) abbia esposto il sistema all'inserimento di dati di *input* sotto il suo controllo non pertinenti.

Se quest'ultimo requisito è propriamente sotto il controllo dell'utente e come tale da questi esigibile (si pensi a un medico che inserisca nella finestra di dialogo del programma indici riconducibili a un'altra patologia, traendo così in inganno il sistema), lo stesso utente si trova spesso nella condizione di non poter osservare l'obbligo di utilizzare o monitorare il dispositivo in conformità alle istruzioni ricevute senza per questo generare danni dei quali potrebbe essere ritenuto responsabile secondo le disposizioni nazionali in materia di responsabilità. Le istruzioni ricevute possono risultare infatti ambigue, parziali o antinomiche rispetto al caso sottoposto alla sua attenzione: nondimeno il medico dovrebbe conformarsi alle stesse onde evitare il rischio di innescare la presunzione dell'esistenza del nesso di causalità tra la sua condotta e l'*output* prodotto dal sistema.

Una situazione non dissimile si ritrova in relazione alla questione della sospensione o dell'interruzione dell'utilizzo del dispositivo. Come dimostrano alcuni casi statunitensi relativi a danni prodotti dal robot Da Vinci[72], la cui *ratio* è estensibile al contesto diagnostico, si può dubitare della possibilità per il medico di rimanere esente da responsabilità laddove venga dimostrato che la sua scelta di rinunciare al dispositivo (pure se giustificata) abbia condotto a una soluzione subottimale[73].

Nonostante l'art. 14 della Proposta di Regolamento (in particolare il par. 4d) preveda che l'utilizzatore di dispositivi ad alto rischio – quali sono i *device* medico-diagnostici – debba essere in grado, in ogni situazione particolare, di escludere, ignorare o invertire l'*output* del sistema, in realtà, come rappresentato, il medico (se non anche altri operatori) non è sempre nelle condizioni di orientarsi seguendo solo la propria scienza. Né appare realistico supporre che, di fronte a un'indicazione algoritmica incerta o ambigua, il professionista si faccia carico di derogarvi noncurante della possibilità di beneficiare di una corrispondente esenzione o riduzione di responsabilità: per di più in un campo notoriamente caratterizzato da marcati meccanismi difensivistici come quello sanitario. Se si vuole incoraggiare l'uso dell'intelligenza artificiale senza correre il rischio di disattivare il principio «*human-in-the-loop*», va evitato di fondare sulla nuda causalità gli interventi di inasprimento dell'onere della prova, circoscrivendoli a quei casi in cui sia possibile rivolgere un (serio?) rimprovero al medico sul piano dell'imputazione soggettiva.

---

[69] L'espressione è in D'ADDA, *op. cit.*, p. 822, nt. 27.

[70] Quando la richiesta di risarcimento si riferisce a un sistema non ad alto rischio la presunzione è limitata ai casi in cui la prova del nesso di causalità è ritenuta eccessivamente difficile.

[71] Nonostante l'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati (proprio anche dello strumento utilizzato), la Proposta di Direttiva sembra nondimeno propendere per una limitazione della presunzione di causalità alle richieste di risarcimento danni per lesioni fisiche (22° *considerando*).

[72] A parte i casi già citati alla nt. 50, una ampia rassegna si ritrova in GUERRA, *Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico nell'ordinamento americano*, in *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, p. 57 ss., la quale inserisce tra i rischi più evidenti del «*responsibility gap*» in materia di robotica «la potenziale tendenza a trasformare le azioni contro il chirurgo in azioni contro i produttori del macchinario» (spec. P. 69).

[73] Nel caso di medici strutturati, il paziente potrebbe intraprendere un'azione *ex* artt. 1218 e 1228 c.c. direttamente nei confronti della struttura sanitaria, imputandole la mancata adeguata formazione dei professionisti di cui si avvale: per riferimenti alla letteratura medico-legale straniera in cui tale possibilità è stata pure articolata v. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 1262.

Le implicazioni etiche e legali dell'intelligenza artificiale nel contenzioso sanitario

di **Francesca Toppetti**

Sommario: 1. Sanità Digitale, diritto alla Salute e sistemi algoritmici. 2. La nuova frontiera della responsabilità sanitaria, il modello antropocentrico e l'Algoretica. 3. Linee guida, buone pratiche assistenziali ed algoritmi. 4. Processo decisionale clinico, Consenso informato e strumenti algoritmici. 5. Il DDL 1146/2024 approvato a marzo 2025 ed il naufragio della Direttiva europea sull'intelligenza artificiale.

Abstract: La professione sanitaria è un'arte complessa che richiede esperienza, conoscenza, passione e costanti sforzi di aggiornamento: studiare le implicazioni etiche e legali dell'intelligenza artificiale nel contenzioso sanitario è sicuramente una delle nuove frontiere della responsabilità professionale medica, nella quale si assiste spesso alla polarizzazione tra l'incentivazione dei settori tecnologicamente avanzati ed il rischio di una indiscriminata responsabilizzazione da intendersi come responsabilità senza colpa. Il processo decisionale clinico, il consenso informato e gli strumenti algoritmici così come la ripartizione dell'onere della prova, a seconda dei diversi possibili atteggiarsi degli errori nella erogazione di prestazioni sanitarie in cui sia intervenuto l'uso di sistemi di intelligenza artificiale, sono sotto la lente di osservazione del giurista che si accosti al mondo della sanità ed alle sue continue evoluzioni.

1. Sanità Digitale, Diritto alla Salute e sistemi algoritmici

L'intelligenza artificiale è ormai protagonista centrale di ogni convegno, dibattito e riflessione che interessi il mondo della sanità, perché gli strumenti di intelligenza artificiale invadono ogni giorno di più qualunque ambito della medicina.

Sicuramente gli algoritmi - e tutto quello che ruota intorno ad essi - costituiscono strumenti eccellenti per poter migliorare la capacità e l'efficienza delle diagnosi mediche e del sistema sanitario nazionale, con possibili significativi risparmi, ma a condizione che la formazione degli esseri umani chiamati ad interfacciarsi con tutte queste nuove tecnologie vada di pari passo con lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale stessi.

L'intelligenza artificiale non può essere più considerata, infatti, universo parallelo, ma costituisce una modalità nuova che arricchisce il mondo della sanità e delle professioni sanitarie di complessità e di opportunità straordinarie, quanto i progressi tecnologici che mette a disposizione dell'uomo, inteso come Medico e come Paziente.

È impossibile condensare in una breve analisi o in poche pagine di riflessioni, le tante incredibili potenzialità che gli algoritmi stanno dimostrando di poter mettere al servizio della Medicina, ad esempio nel campo della ricerca farmaceutica, nella quale i sistemi di intelligenza artificiale riescono con grandissima abilità a processare milioni di dati anche contenuti all'interno di immagini diagnostiche per metterli in correlazione con le risultanze dei farmaci in corso di studio e sperimentazione. Recente è la notizia di ricerche portate avanti attraverso sistemi algoritmici che sfruttano gli effetti collaterali di alcuni farmaci conosciuti per trasformarli in cure sconosciute di patologie esistenti, anche in questo caso sfruttando la mole di informazioni e dati, che l'intelligenza artificiale è in grado di studiare in un tempo brevissimo.

Nel campo della diagnostica per immagini e nel mondo della radiologia, numerosi studi dimostrano che sistemi di assistenza, forniti al Radiologo, attraverso l'intelligenza artificiale possono determinare una migliore efficacia terapeutica in termini di output della prestazione sanitaria finale, ma ci sono naturalmente tante variabili che - in questo come in ogni altro campo medico - possono determinare una diversa sensibilità della efficacia, quali la pregressa complessiva esperienza del professionista e al tempo stesso la sua dimestichezza con i sistemi di intelligenza artificiale stessa, per cui sempre l'intelligenza del professionista, specialista umano, riveste un ruolo fondamentale.

Analogamente, anche in relazione alle prestazioni sanitarie erogate dai medici di medicina generale, oggetto di studio, a livello internazionale[1], è la possibilità di rivoluzionare il rapporto con i pazienti attraverso l'integrazione di assistenza fornita dalla intelligenza artificiale per rendere più efficienti le risposte ai pazienti e portare sollievo alla incombente quantità di richieste di cui medici sono quotidianamente destinatari, ma sempre con un'estrema e delicata attenzione per la *personalizzazione,* che non può che passare attraverso la supervisione del medico, essere umano in carne ed ossa.

Il miglioramento dell'efficienza è indicato come esponenzialmente significativo anche rispetto alle situazioni in cui si rende necessario un *Triage* per porre diagnosi accurate in una situazione di urgenza, con particolare riferimento alle branche specialistiche in cui vengono in rilievo le capacità di riconoscimento delle immagini (l'oftalmologia, la dermatologia, la patologia clinica e non solo la radiologia).

Parimenti, nell'ambito dei trapianti, l'intelligenza artificiale potrebbe determinare radicali trasformazioni attraverso "lo sviluppo di modelli predittivi e strumenti avanzati basati sull'intelligenza artificiale, che permetteranno di valutare rapidamente le variabili relative al donatore, all'organo e al

[1] Ogni uso di intelligenza artificiale, in questo ambito, viene sempre ribadito come da intendersi e concepirsi a supporto del medico e non in sua vece, preservando intatto il cuore della relazione medico paziente (cfr. https://careonline.it/wp-content/uploads/2024/04/Care-1-2-2024-Bausano-IA.pdf sul tema Using Artificial Intelligence to Improve Primary Care for Patients and Clinicians, https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/2814643

ricevente, offrendo ai chirurghi strumenti per scegliere il protocollo più adatto in tempi ridotti."[2]. Si tratta di scenari in cui la modellazione attinta ai sistemi algoritmici diviene ancillare rispetto alla pratica clinica, permanendo la centralità del Chirurgo, ma radicalmente migliorando tutto il contesto ed il quadro che intorno al Professionista si muove per metterlo nelle migliori condizioni possibili di fare il meglio per il paziente, integrando l'esperienza del Medico con set di dati ed informazioni sulle specifiche situazioni di patologia con cui è chiamato a confrontarsi, per conoscere in anticipo e rapidamente la reazione degli organi, secondo lo schema dei c.d. *gemelli digitali*, che consentono di ripetere in modo virtuale ciò che accadrebbe/accadrà nel corpo del paziente e rendere ottimale la cura.

E, da ultimo, finanche la sfera della salute mentale, specialmente negli Stati Uniti[3], è sempre più avvicinata dal mondo degli algoritmi con finalità terapeutiche, in collegamento con sistemi di intelligenza artificiale generativa, che avrebbe il vantaggio di poter fornire un supporto in tempi veloci a persone che non hanno la possibilità di accedere - per ragioni economiche o per questioni legate ai tempi di attesa - ad un clinico in carne ed ossa: i risultati in termini di benessere, come aumentata salute della sfera psichica, parrebbero in molte situazioni apparire potenzialmente rivoluzionari.

Tutte le grandi aziende nazionali ed internazionali, che stanno portando avanti l'applicazione dell'intelligenza artificiale nel mondo della medicina, dichiarano - quale proprio scopo programmatico - quello di garantire una assistenza ai pazienti che sia al tempo stesso più accessibile e più personalizzata.

Certo è che le grandi trasformazioni che l'intelligenza artificiale sta producendo - ed inevitabilmente è destinata a continuare a produrre nel mondo della salute e nell'ambito dei sistemi sanitari -postulano necessariamente che rimanga saldo il controllo dell'intelligenza umana e preoccupazione solleva l'*Healthy Technology Act* 2025[4], un disegno di legge statunitense, in cui gli Stati Uniti prospetterebbero una AI autonoma nel processo terapeutico, certamente inconciliabile con il *modello antropocentrico*, cui l'Europa ha scelto di aderire.

Un buon medico, cura il malato, non le malattie: questo è il punto nodale attraverso cui dovrebbe passare lo sviluppo di qualunque forma di intelligenza artificiale applicata alla medicina, perché gli algoritmi saranno strumentali ad aumentare ed accelerare la capacità curare le malattie (e questo è certamente un bene), ma occorre che non accada al *prezzo* di distogliere il *focus* finalisticamente incentrato sulla persona.

Qualunque atto chirurgico o terapeutico e qualunque scelta medica che riguardi la vita, il benessere e la salute di un essere umano dovrebbe sempre restare affidata a chi possiede un cuore in carne ossa ed è capace di usarlo, perché l'indifferenza rispetto al dolore e alla sofferenza non possono che alterare in modo definitivo il senso stesso sotteso alla nota *professione di impegno,* risalente ad Ippocrate: indubbio è che tale esigenza appaia munita di un valore particolarmente assorbente in Italia e in Europa ed è per questo che non è facile creare una uniformità di regolamentazione normativa e regolamentare al livello transnazionale, perché il rischio della uniformità potrebbe dover essere quello di rinunciare ai principi fondativi delle nostre radici storiche e culturali, nonché alla nostra tradizione umana, giuridica ed etica.

2. La nuova frontiera della responsabilità sanitaria: il modello antropocentrico e l'Algoretica

Il tema dei confini della autonomia dei sistemi di intelligenza artificiale rispetto all'Uomo è assai rilevante sotto il profilo etico e, per questo, esiste oggi un nuovo termine, la *Algoretica*, riconosciuto e censito anche dall'Accademia della Crusca[5], per definire "la risposta a quella che viene chiamata *Algocrazia*, letteralmente il dominio degli algoritmi", cioè una società basata sulla massiccia applicazione degli algoritmi.

L'esigenza della Algoretica scaturisce dalla necessità di "*studio dei problemi etici e dei risvolti sociali (ma anche politici, economici e organizzativi) che derivano dall'uso sempre maggiore delle tecnologie informatiche: l'etica ha bisogno di contaminare l'informatica*", per rendere calcolabili le valutazioni di bene e di male: Padre Paolo Benanti, internazionalmente considerato il più autorevole interprete e punto di riferimento[6] sul tema dell'algoretica, è colui che sta costruendo questa nuova strada di discernimento costante per guidare verso un *modus agendi* "*sapiente*"[7].

Rispetto, dunque, alla *sanità digitale*, quale sistema di responsabilità può legittimamente essere applicato?

---

[2] Un esempio interessante può essere quello in atto al Politecnico di Torino https://www.fondazionedot.it/intelligenza-artificiale-ingegneria-e-medicina-il-progetto-che-rivoluziona-i-trapianti/

[3] Il pensiero va ad un studio recentemente pubblicato (Randomized Trial of a Generative AI Chatbot for Mental Health Treatment, https://ai.nejm.org/doi/full/10.1056/AIoa2400802) dalla Dartmouth University, che conclude nel senso di affermare che "*I chatbot basati sull'intelligenza artificiale generativa (Gen-AI) sono promettenti per la creazione di trattamenti di salute mentale altamente personalizzati ed efficaci su scala, affrontando al contempo i problemi di coinvolgimento e fidelizzazione degli utenti comuni alle terapie digitali. Presentiamo uno studio randomizzato controllato (RCT) che testa un chatbot alimentato da Gen-AI e perfezionato da esperti, Therabot, per il trattamento della salute mentale".*

[4] Cfr. https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-bill/238#:~:text=%2F07%2F2025)-,Healthy%20Technology%20Act%20of%202025,law%20to%20administer%20the%20drug

[5] Cfr. la pagina di analisi di seguito riportata, https://accademiadellacrusca.it/it/parole-nuove/algoretica/18479#:~:text='dominio%20degli%20algoritmi'%2C%20una,sempre%20maggiore%20delle%20tecnologie%20informatiche, che consente di approfondire la novità di questa parola e l'universo cui fa riferimento.

[6] Si rinvia alla lettura dei suoi più recenti scritti ed in particolare a: *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Paolo Benanti, Mondadori Università, 2022; *Il crollo di Babele. Che fare dopo la fine del sogno di Internet*, Paolo Benanti, San paolo editore 2024; *Un'etica per l'era digitale*, Luiss University Press, 2024, Paolo Benanti e Sebastiano Maffettone.

[7] Padre Paolo Benanti, frate francescano del Terzo Ordine Regolare, esperto di algoritmi e intelligenza artificiale, nominato tra i 39 membri del New Artificial Intelligence Advisory Board delle Nazioni Unite, spiega che *"il software ha il potere di definire la realtà» perché la fruibilità degli oggetti è sempre più spesso decisa da chi li programma…oggi l'intelligenza artificiale è quel modo di programmare per cui l'uomo*

Studiare le implicazioni etiche e legali dell'intelligenza artificiale nel contenzioso sanitario è sicuramente una delle nuove frontiere della responsabilità professionale medica nella quale si assiste alla polarizzazione tra l'incentivazione dei settori tecnologicamente avanzati ed il rischio di una indiscriminata responsabilizzazione da intendersi come responsabilità senza colpa.

La professione sanitaria è un'arte complessa che richiede esperienza, conoscenza e costanti sforzi di aggiornamento, oltre che di empatia ed umanità, in una dimensione complessiva che punta sempre più alla personalizzazione della prestazione e alla prevenzione ed il tema della *rivoluzione* in atto riguarda la diagnosi, il trattamento e la gestione dei pazienti e determina valori aggiunti quali la possibile maggiore accuratezza e la maggiore precocità della diagnosi, con incrementi esponenziali in termini di efficacia e di accessibilità, anche a fronte di ad una sempre crescente domanda di diagnostica e di assistenza sanitaria e alla contemporanea progressiva carenza di professionisti sanitari qualificati in numero adeguato rispetto alla domanda.

Sono molteplici le ipotesi concrete in cui l'errore sanitario legato all'uso ed all'applicazione di sistemi di intelligenza artificiale può estrinsecarsi e ciascuna richiede una specificità di riflessione per individuare la migliore disciplina possibile, per la tutela degli interessi dei soggetti danneggiati, ricordando sempre che là dove vi sia un danno ingiusto che non venga risarcito*, il danno non è capace di scomparire,* ma resta a carico del soggetto danneggiato, per cui è necessario identificare attraverso l'interpretazione del panorama normativo esistente in capo a quale soggetto il danno possa essere "trasferito", con la conseguente sua responsabilità risarcitoria.

Controversa appare, allo stato, la questione della ipotesi di soggettualità e di personalità giuridica, nonché di intenzionalità, di autonomia e di responsabilità[8] da attribuire alle macchine intelligenti artificiali, con tutte le implicazioni connesse al passaggio dalla res alla persona.

Nel panorama normativo e giurisprudenziale esistente, certo è che i riferimenti normativi sono da ricercare, in primo luogo, nella legge Gelli Bianco, il decreto 24 del 2017 con i suoi recenti aggiornamenti e, poi, nelle norme che disciplinano la responsabilità di cui agli articoli 2050 e 2051 del codice civile e, cioè, rispettivamente la responsabilità per attività pericolose e la responsabilità per cose in custodia, senza tralasciare anche quella per prodotti difettosi, disciplinata dalla direttiva comunitaria di ottobre 2024.

Nel caso in cui il danno al paziente sia causato da un errore riconducibile a un sistema di intelligenza artificiale impiegato nell'ambito sanitario, la responsabilità della struttura può essere ricondotta, in via concorrente, agli articoli 1218 e seguenti del codice civile (responsabilità contrattuale) e all'art. 2051 cod. civ. (responsabilità per cosa in custodia). La struttura sanitaria, infatti, risponde dell'inadempimento dell'obbligazione sanitaria, ex art. 1218 cod. civ., salvo prova di aver adottato tutte le misure diligenti nella scelta, nell'uso e nella supervisione del sistema di intelligenza artificiale, ma si configura una parallela responsabilità di tipo oggettivo, ex art. 2051 cod. civ., per il danno derivante da un bene (il sistema di IA) sottoposto alla custodia dell'ente, che può essere esclusa solo mediante prova del caso fortuito, inteso come evento imprevedibile e inevitabile, anche con riferimento al comportamento dell'algoritmo.

L'ente sanitario è tenuto a garantire il controllo, l'aggiornamento e il corretto funzionamento dell'IA impiegata e risponde dei danni derivanti dal suo malfunzionamento, salvo che dimostri l'assenza di colpa (in sede contrattuale) o l'interruzione del nesso causale (in sede extracontrattuale).

Qualora l'errore derivi da un mancato o inesatto aggiornamento del software, la struttura potrà esperire azione di rivalsa nei confronti del soggetto incaricato della manutenzione, in base alle obbligazioni contrattualmente assunte, mentre laddove il malfunzionamento sia riconducibile ad un vizio originario di programmazione, troverà applicazione la disciplina sulla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso, secondo quanto previsto dalla nuova direttiva europea in materia[9].

La struttura sanitaria può essere ritenuta responsabile per i danni derivanti dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale (IA), qualora tali dispositivi non siano stati sottoposti alle necessarie attività di verifica, manutenzione e aggiornamento, funzionali a garantirne il corretto funzionamento: la responsabilità dell'ente si fonda sulla **violazione del dovere di controllo** e sulla mancata adozione delle misure organizzative idonee a prevenire l'insorgenza di malfunzionamenti prevedibili o prevenibili.

Può escludersi la responsabilità della struttura sanitaria, invece, laddove il pregiudizio arrecato al paziente sia riconducibile a un **vizio intrinseco del sistema di intelligenza artificiale**, originatosi nella fase di progettazione, costruzione o fabbricazione del dispositivo, e non rilevabile attraverso un controllo diligente e conforme agli standard tecnici normalmente esigibili da parte dell'ente sanitario. In simili ipotesi, la responsabilità deve ritenersi in capo esclusivo

---

fornisce i fini e la macchina sceglie i mezzi per compierli" (cfr. il suo intervento "Dov'è è il Sapiente?" Intelligenze artificiali tra algoritmi e libertà", 20 maggio 2024, all'Università Cattolica e dall'Ufficio comunicazioni della Diocesi di Cremona) e sottolinea che è importante "*mettere a terra dei guard rail che addomestichino la macchina per una nuova stagione del nostro esistere*".

[8] Sul punto si vedano E. Bocchini, "La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale", Giappichelli, Torino, 2024; G. Finocchiaro, "Intelligenza artificiale. Quali regole?", il Mulino, Bologna, 2024; nonché le riflessioni presenti nell'articolo del prof. Ugo Ruffolo (U. Ruffolo, Il problema della "personalità elettronica", in https://jelt.padovauniversitypress.it/system/files/papers/JELT-02-01-04_4.pdf, Journal of Ethics and Legal Technologies, Aprile 2020), in cui si sottolinea che Il riferimento al tema della "personalità elettronica" evoca un duplice problema - connesso con implicazioni etiche e giuridiche legate al passaggio da dalla res alla persona - *da un lato, quello (spesso sopravvalutato) dei doveri e degli obblighi da attribuire all'Intelligenza Artificiale così 'entificata', anche in termini di sua diretta responsabilità nei confronti dei danneggiati; dall'altro, quello, ben più rilevante, dei "diritti", o almeno delle tutele, da riconoscere all'entità robotica.*

[9] Il riferimento è alla Direttiva (UE) 2024/2853, che ha sostituito la Direttiva 85/374/CEE ed ha applicazione anche ai prodotti digitali, dotati di componenti di intelligenza artificiale, stabilendo che il produttore sia responsabile dei danni causati da difetti presenti al momento dell'immissione sul mercato.

ai soggetti coinvolti nella catena produttiva e distributiva del sistema, in quanto autori del difetto tecnico che ha determinato l'evento lesivo.
Tuttavia, qualora il sistema venga utilizzato in ambito clinico, e si invochi un criterio di **responsabilità oggettiva** — spesso applicabile nei confronti delle strutture sanitarie in qualità di erogatori di prestazioni — grava su queste ultime l'onere di dimostrare che il malfunzionamento non risultava rilevabile mediante un esame diligente secondo la normale perizia tecnica esigibile in capo all'ospedale: in tali ipotesi, la responsabilità si sposta esclusivamente in capo ai soggetti coinvolti nella realizzazione e commercializzazione del sistema, quali **produttori e distributori**.
In difetto di tale prova liberatoria, la struttura sarà chiamata a risarcire il danno patito dal paziente in conseguenza dell'impiego del sistema difettoso, anche in assenza di colpa specifica nella gestione o nell'utilizzo dello stesso, cioè anche in assenza di un proprio errore colposo diretto.
Ma resta in capo al professionista sanitario, l'uso non corretto della strumentazione che faccia uso di algoritmi o la inadeguata interpretazione degli output che dalla strumentazione siano a lui derivati.
Pertanto, è possibile affermare il professionista sanitario sia chiamato a rispondere, in prima battuta, del trattamento erogato mediante l'ausilio di sistemi basati sull'intelligenza artificiale, laddove questi operino sotto la sua **diretta supervisione e controllo**: a tal riguardo, innegabile è che la certificazione del software come dispositivo medico costituisca un *presidio* per il sanitario, che vi faccia affidamento, per cui delle prestazioni del dispositivo potrà essere chiamato a rispondere il fabbricante del software, secondo le norme del codice del consumo e dei danni dei dovuti dal prodotto difettoso, sempre con una clausola di particolare attenzione – e conseguente difficoltà nella individuazione della disciplina applicabile – nel caso di prodotti che evolvono nel tempo attraverso l'apprendimento automatico, per i quali il difetto potrebbe emergere solo dopo la commercializzazione. Quindi, nel caso in cui il software impiegato sia certificato come dispositivo medico ai sensi della normativa vigente, il sanitario può legittimamente confidare sull'affidabilità tecnica dello strumento, spostando l'asse della responsabilità sul produttore, ai sensi della disciplina sul danno da prodotto difettoso contenuta nel Codice del Consumo e nella normativa europea in materia.
In sostanza, nel rapporto a tre lati che si instaura tra il dispositivo medico basato su IA, la struttura sanitaria - o il suo sanitario operatore - ed il paziente, si configura un vario modo di atteggiarsi della imputazione della responsabilità, in quanto accanto alla responsabilità del produttore per difetto del bene immesso sul mercato, si profila la cosiddetta responsabilità "da algoritmo" e, poi, la responsabilità della struttura sanitaria ex art. 2050 cod. civ. (per attività pericolose) o art. 2051 cod. civ. (per cose in custodia), a seconda della natura del danno e del grado di controllo effettivo esercitato sul sistema impiegato. La **responsabilità da algoritmo** può assumere due forme, sia avendo riferimento alla condotta dell'autore del codice di apprendimento automatico (machine learning), sia alla condotta del soggetto che ha addestrato l'algoritmo (trainer).
Un dato certo è che la questione della ripartizione dell'onere della prova tra le parti si presenta particolarmente complessa in questo ambito e nel futuro del contenzioso in materia di responsabilità medico-legale, specie con riferimento all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario, non potrà escludersi anche l'intervento di **specialisti in tecnologie digitali e sistemi algoritmici**, al fianco dei consulenti tecnici in medicina legale e agli specialisti delle branche mediche interessate dall'accertamento. Pertanto, in prospettiva contenziosa futura il giudice, nell'accertare la dinamica dei fatti, per la valutazione delle responsabilità, potrebbe progressivamente farsi affiancare anche da ausiliari tecnici specializzati in sistemi di intelligenza artificiale e già si profila la possibilità di procedere alla acquisizione – oltre che della documentazione clinica del paziente – anche della scheda tecnica del dispositivo o del software impiegato, al fine di comprendere le logiche sottese all'elaborazione algoritmica.

3. Linee guida, buone pratiche assistenziali ed algoritmi

Un rilevante nodo interpretativo riguarda l'applicazione dell'art. 5 della legge 24/2017 all'impiego di algoritmi e sistemi automatizzati: occorrerà infatti verificare se – e in che misura – tali strumenti possano ritenersi conformi alle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in loro assenza, alle buone pratiche clinico-assistenziali menzionate dalla norma.
Sarà sufficiente comprovare l'adesione alle **linee guida** di settore o sarà invece necessario anche fornire prova di un'adeguata conoscenza e padronanza dell'utilizzo delle tecnologie basate su IA? La legge Gelli-Bianco stabilisce che i professionisti sanitari, nell'erogazione delle prestazioni a fini preventivi, diagnostici, terapeutici, riabilitativi, palliativi e medico-legali, devono attenersi alle linee guida redatte da enti pubblici o privati, società scientifiche o associazioni tecnico-scientifiche accreditate, ma resta centrale il tema di chi sia legittimato a verificare – in un contesto caratterizzato dall'impiego di processi di *deep learning* – la **conformità degli algoritmi alle linee guida** o alle buone pratiche clinico-assistenziali
Le criticità maggiori nel contenzioso sanitario presente e futuro si pongono oggi:
- con riferimento alla verifica dell'aggiornamento, sotto il profilo della completezza e della tempestività, dei sistemi di intelligenza artificiale impiegati nelle strutture sanitarie;
- in relazione al livello di formazione che le strutture sanitarie sono tenute a garantire al personale sanitario, affinché quest'ultimo possa operare in sicurezza e con piena consapevolezza degli strumenti tecnologici utilizzati;
- circa la legittimità della pretesa di **trasparenza circa i meccanismi di apprendimento** della macchina, specie laddove gli stessi siano protetti da segreti industriali o da altri diritti di privativa. In tale contesto, appare particolarmente rilevante l'AI Act[10], recentemente approvato a livello europeo,

[10] Per la lettura del testo normativo: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj .

il quale impone ai fornitori di sistemi di intelligenza artificiale qualificabili come "ad alto rischio" – tra cui rientrano i software a uso medico – l'obbligo di progettare soluzioni in grado di garantire un adeguato livello di trasparenza. Il sistema deve quindi consentire agli operatori sanitari di comprendere e interpretare in maniera sufficiente l'output generato, così da consentirne un impiego conforme e responsabile. Ai sensi dell'AI Act, i sistemi basati su intelligenza artificiale che rientrano nella classificazione di dispositivi medici sono soggetti a specifiche procedure di validazione e valutazione della conformità, quale condizione necessaria per la loro immissione sul mercato europeo;

- con riferimento all'applicazione dell'art. 2236 del codice civile, che limita la responsabilità del professionista in caso di *colpa lieve* qualora la prestazione presenti una particolare difficoltà tecnica: occorre interrogarsi sul fatto se/che l'introduzione di software complessi nell'attività medica abbia l'effetto di semplificare o, al contrario, di aumentare il livello di difficoltà dell'atto sanitario, anche in ragione della necessità di un controllo consapevole e informato dell'intero processo decisionale da parte dell'operatore umano.

4. Processo decisionale clinico, consenso informato e strumenti algoritmici

Nel contesto dell'evoluzione tecnologica applicata alla medicina, il **consenso informato** acquista una valenza particolarmente significativa ogniqualvolta il trattamento sanitario, diagnostico o terapeutico, preveda l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale.

In tali ipotesi, il diritto del paziente a una piena consapevolezza circa le caratteristiche del trattamento non può limitarsi alla descrizione delle modalità esecutive e degli effetti attesi, ma deve estendersi alla chiara indicazione dell'utilizzo di **strumenti algoritmici in grado di incidere sul processo decisionale clinico**, anche laddove il medico conservi la supervisione finale. Sul punto, l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione I Civile, n. 28358 del 10 ottobre 2023, ha affermato un principio di grande rilevanza, chiarendo - sia pure non con specifico riferimento al mondo sanitario - che il consenso al trattamento dei dati personali operato tramite algoritmi può ritenersi valido solo se l'interessato sia stato posto in condizione di comprendere il funzionamento logico del sistema impiegato: occorre che il paziente possa avere una percezione della sequenza logica e operativa attraverso cui l'algoritmo giunge alla determinazione finale[11].

Applicando questa impostazione di principio all'ambito sanitario, si rafforza la necessità per le strutture sanitarie di adottare modelli informativi chiari, accessibili e specifici in ordine all'utilizzo di tecnologie intelligenti, evidenziandone l'incidenza nel percorso diagnostico-terapeutico. Il paziente deve essere messo in grado di comprendere, anche in termini generali, il ruolo che l'intelligenza artificiale svolge nel processo clinico, cui egli è prossimo a sottoporsi, così da poter esprimere un consenso realmente informato e consapevole: la comunicazione trasparente e dettagliata anche sulla misura e le modalità di interazione dei sistemi algoritmici sulla prestazione sanitaria da erogare ed alla quale cui si acconsente, garantisce il pieno rispetto dell'autodeterminazione del paziente, nonché la legittimità giuridica del trattamento sanitario fondato sull'uso di IA ed occorre tenere conto di queste indicazioni anche rispetto alle rigorose regole poste dalla legge 219/2017 sul consenso ai trattamenti sanitari.

Esistono molteplici riferimenti da tenere presenti sul tema in analisi[12] e certo è che l'intelligenza artificiale non possa ormai essere considerata elemento estraneo o parallelo alla relazione terapeutica, essendo chiamata ad assumere un ruolo complementare, subordinato e di supporto, nel rispetto della centralità della persona, con la conseguenza che si renderà sempre più necessario fare in modo che - affinché l'informativa sia conforme ai principi del consenso informato – siano **promossi percorsi formativi e divulgativi** rivolti sia agli operatori sanitari che ai pazienti: il rapporto medico-paziente nel futuro sarà proiettato sempre più verso una evoluzione che includa l'intelligenza artificiale come strumento di sostegno – mai suppletivo – dell'attività clinica.

A decorrere dal 2 febbraio 2025, il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. *A.I. Act*)[13] vieta l'impiego di pratiche ad alto rischio nell'ambito dell'intelligenza artificiale e introduce l'obbligo di alfabetizzazione specifica: tutte le organizzazioni saranno tenute ad adeguarsi, mediante la mappatura dei sistemi di intelligenza artificiale in uso e l'implementazione di programmi formativi strutturati, al fine di evitare rilevanti sanzioni. In particolare l'articolo 4 del regolamento europeo introduce l'obbligo, per fornitori e

---

[11] Sul punto, la Suprema Corte, premesso che "secondo il *D.L.vo n. 196 del 2003, art. 23, il consenso rende lecito il trattamento di dati personali da parte di privati e può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso. Esso "è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art. 13*", precisa che "*I requisiti del consenso sono, dunque, la prestazione libera e specifica in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato e le previe informazioni di cui all'art. 13, ossia, in particolare, circa le finalità e le modalità del trattamento",* per cui si richiede che chi esprime il consenso *"sia in grado di conoscere l'algoritmo, inteso come procedimento affidabile per ottenere un certo risultato o risolvere un certo problema, che venga descritto all'utente in modo non ambiguo ed in maniera dettagliata, come capace di condurre al risultato in un tempo finito. Che, poi, il procedimento, come spiegato con i termini della lingua comune, sia altresì idoneo ad essere tradotto in linguaggio matematico è tanto necessario e certo, quanto irrilevante: ed invero, non è richiesto nè che tale linguaggio matematico sia osteso agli utenti, né, tanto meno, che essi lo comprendano. Ciò che rileva, invece, è che sia possibile tradurre in linguaggio matematico/informatico i dati di partenza, cosicché il tutto divenga opportunamente comprensibile alla macchina, grazie ai soggetti esperti programmatori*".

[12] Si rinvia al documento del 29.05.2020 elaborato dalla Presidenza del Consiglio, "Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici", consultabile su https://bioetica.governo.it/media/4033/6-intelligenza-artificiale_misto-cnb-cnbbsv_it.pdf, nonché al documento del Ministero della Salute "I sistemi di intelligenza artificiale come supporto alla diagnostica" del 9.11.2021, consultabile su https://sirm.org/wp-content/uploads/2022/04/Intelligenza-artificiale.pdf

[13] Per la lettura del c.d. *A.I. Act*: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

utilizzatori di sistemi di intelligenza artificiale, di garantire *un adeguato livello di alfabetizzazione*[14] all'uso di intelligenza artificiale, per tutto il personale coinvolto, indipendentemente dal livello di rischio del sistema impiegato.

5. Il DDL 1146/2024 approvato a marzo 2025 ed il naufragio della Direttiva europea sull'intelligenza artificiale

Il Disegno di Legge n. 1146/2024, approvato dal Senato nel marzo 2025[15], recante *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*, delinea un primo quadro normativo coerente e articolato sul tema in analisi, ma sarà fondamentale che i futuri interventi attuativi sappiano colmare gli attuali spazi vuoti, per dirigere in modo equilibrato lo sviluppo dell'intelligenza artificiale verso un modello realmente centrato sull'uomo e sulla legalità.

Indubbio è il particolare rilievo che il DDL assume per il settore sanitario, introducendo una cornice normativa sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito clinico e assistenziale.

Innanzitutto viene riconosciuta in modo espresso la necessità di coniugare l'innovazione tecnologica con la tutela dei diritti fondamentali del paziente, delineando un modello di sanità digitale fondato sui principi di **trasparenza, tracciabilità e supervisione umana**, per cui lo scenario indicato è quello di un utilizzo dell'intelligenza artificiale, da parte delle strutture sanitarie e dei professionisti, subordinato all'adozione di misure tecniche e organizzative idonee a garantire il controllo dei processi decisionali automatizzati e la sicurezza degli strumenti impiegati.

La strada sembra quella di *fortificare* l'idea di una responsabilità condivisa tra il Medico, deputato a svolgere un ruolo centrale nella valutazione clinica e la Struttura, chiamata a garantire la regolare manutenzione, l'aggiornamento e la conformità dei sistemi di intelligenza artificiale impiegati.

In linea con il Regolamento europeo, il DDL prevede specifici obblighi informativi nei confronti del paziente, che deve essere messo a conoscenza dell'impiego di tecnologie intelligenti nel percorso diagnostico o terapeutico[16].

La riforma rappresenta un primo, importante passo verso una regolamentazione consapevole e sostenibile dell'intelligenza artificiale in sanità, ma richiederà un attento lavoro di attuazione per assicurare un equilibrio efficace tra progresso tecnologico e garanzie del paziente[17].

Restano sul tavolo, da risolvere, nodi critici, quali la necessità di una puntuale delimitazione dei profili di responsabilità in caso di *malfunzionamenti* o *errori algoritmici non immediatamente rilevabili*, che sollevano rilevanti questioni sia in termini probatori sia sul piano sostanziale.

A ciò si aggiunge l'urgenza di un coordinamento organico con il sistema vigente di responsabilità civile e penale, al fine di evitare lacune regolative o sovrapposizioni applicative.

Peraltro, va segnalata una discreta ampiezza della delega conferita al Governo per l'adozione dei decreti legislativi attuativi, che rischia di dilazionare l'effettiva entrata in vigore delle disposizioni sostanziali ed anche alcune non armonizzazioni con il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (*AI Act*), che potrebbero alimentare incertezze interpretative e difficoltà applicative nel momento in cui la normativa dovrà essere, in concreto, attuata nei contesti clinici e organizzativi.

Certo è che un valore assai significativo, rispetto al tema in analisi, ha la recente notizia del *naufragio* della **Direttiva europea sulla responsabilità per l'IA,** che avrebbe dovuto affiancare la Direttiva c.d. A.I. Act, nel delineare un quadro coerente di tutele in ambito extracontrattuale, ma è stata archiviata per assenza di un consenso politico tra gli Stati membri.

La Commissione europea ha ritirato la proposta di direttiva sulla responsabilità civile per l'intelligenza artificiale con il dichiarato scopo di evitare un eccesso di regolazione che potesse compromettere la competitività del sistema produttivo europeo, sul presupposto che introdurre criteri più rigorosi per l'imputazione del danno da sistemi autonomi avrebbe comportato un sovraccarico di oneri normativi, con possibili effetti demotivanti per lo sviluppo tecnologico e per l'attrattività del mercato europeo verso gli investitori, per cui ha privilegiato un approccio volto a preservare la capacità dell'industria europea di competere a livello globale, ma con il rischio che le imprese transnazionali siano esposte a regimi di responsabilità eterogenei, con ricadute sui costi di *compliance* e sulla **mancanza di certezza giuridica** nell'operatività internazionale.

Questo accende ulteriormente i riflettori sulla grande diversificazione dei sistemi europei in materia di responsabilità per danni da intelligenza artificiale ed al tempo stesso sul fatto

---

[14] Per *alfabetizzazione* all'intelligenza artificiale, il Regolamento intende il possesso di competenze e conoscenze sufficienti a consentire un uso consapevole dei sistemi, con piena comprensione di rischi e opportunità, ma non è allo stato emerso con adeguata certezza quale sia la soglia di tale "livello sufficiente" e come possa essere misurata questa "misura possibile", per cui restano aperte larghe maglie per la interpretazione che gli enti e le strutture organizzative saranno tenuti ad affrontare in modo cauto ed accorto.

[15] Per una integrale lettura, si può consultare il testo del disegno di legge al seguente link: https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/442084.pdf

[16] L'articolo 7 del DDL disciplina l'uso dell'intelligenza artificiale in sanità e nell'ambito della disabilità, imponendo il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare la protezione dei dati personali e vietando ogni utilizzo discriminatorio dell'intelligenza artificiale nell'accesso alle cure, oltre che garantendo al paziente il diritto a essere informato sull'impiego di tali tecnologie. L'intelligenza artificiale deve restare uno strumento di supporto, senza sostituire la decisione medica ed i sistemi impiegati devono essere affidabili, aggiornati e verificabili. L'articolo 8 promuove la ricerca scientifica sull'intelligenza artificiale in ambito sanitario, indicando il rilievo di interesse pubblico, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione italiana, al trattamento di dati, anche sensibili, per finalità di studio ed ammette l'uso secondario di dati non direttamente identificativi senza ulteriore consenso, nel rispetto della normativa privacy, rinviando all'Agenas le linee guida per l'anonimizzazione e i trattamenti dovranno essere approvati dai comitati etici e comunicati al Garante.

[17] Per approfondimento sull'impiego dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario, si rinvia a Ruffolo U., *L'Intelligenza Artificiale nei dispostivi medici e nell'attività sanitaria: per un'analisi interdisciplinare circa responsabilità, controlli preventivi e disciplina dei dati sanitari. Le conseguenti proposte interpretative e normative* in Ruffolo U., Gabbrielli M. (a cura di), *Intelligenza Artificiale, dispositivi medici e diritto*, Torino, 2023, 3 ss; G. Natale e F. D'Orazio, *La responsabilità medica alla prova dell'AI*, in Rassegna Avvocatura dello Stato - n. 1/2023; G. Natale, *Intelligenza artificiale, neuroscienze, algoritmi*, Pacini Giuridica, 2024.

che gli strumenti normativi già disponibili, interpretati in chiave evolutiva, sono ciò di cui l'interprete dispone per la disciplina dell'intelligenza artificiale, nell'ambito della responsabilità sanitaria.

Se è vero che la legge vive nella adeguatezza del contesto sociale, fondamentale si conferma "il ruolo dell'avvocato che introduce nel processo la richiesta di tutela della persona nella dimensione individuale e sociale"[18], fornendo al Magistrato "l'occasione di per procedere a quell'interpretazione logico sistematica del caso concreto", che alimenta e nutre il complesso rapporto tra la legge e la giurisdizione, con l'affermazione della presenza essenziale - nel panorama giuridico presente - del c.d. diritto vivente e questo, ora che la proposta di Direttiva è stata ritirata/rinviata, vale certamente sia con specifico riferimento all'uso ed alle applicazioni dei sistemi di intelligenza artificiale, quanto ai riflessi nel contenzioso sanitario, sia al livello di corti nazionali, che al livello della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

[18] Si rinvia alla relazione di intervento alla Inaugurazione dell'anno giudiziario del CNF, il 7 aprile 2025, del Primo Presidente della Corte di Cassazione, Margherita Cassano che ha sottolineato l'importanza di *"una rinnovata alleanza culturale e professionale per affrontare le sfide della società contemporanea, anche là dove la legge tace o non basta*", ribadendo l'essenzialità del dialogo tra magistratura e avvocatura, in quanto portatrici e depositarie della comune responsabilità di garantire lo Stato di diritto e la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Diritto all'oblio in ambito sanitario: bilanciamento tra opposti interessi

di **Carmelo Romeo**

Sommario: 1. Premessa. 2. Gli arresti della Suprema Corte di Cassazione. 3. Gli utili contributi della dottrina e del legislatore. 4. Centralità della Giurisprudenza dell'UE. 5. La soluzione del dilemma riguardo la (difficile) scelta tra opposti interessi.

Abstract: L'ambito sanitario in relazione al valore della persona offre l'occasione per mirate considerazioni sul delicato e parimenti complesso argomento del diritto all'oblio, in particolare sulle modalità del bilanciamento tra opposti interessi (il diritto di informazione e la protezione dei dati personali). Lo spunto di questo breve intervento è dato da una decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'UE che ha ribadito, in sintonia con l'orientamento già espresso della giurisprudenza italiana e recentemente confermato, che spetta a chi avanzi una richiesta di deindicizzazione dalla rete, dimostrare la fondatezza della pretesa.

1. Premessa

Come già, e in altra occasione, si è avuto modo di approfondire[1], la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'UE dell'8 dicembre 2022, causa C-460/20, incentrata sulla questione di rilevante ed attuale interesse del c.d. "diritto all'oblio", offre all'interprete e, segnatamente, all'attenzione dei giuslavoristi, taluni interessanti spunti di riflessione. Di particolare rilievo è l'indubbia circostanza che il *decisum* della Corte di Giustizia - sia pure mutando talune coordinate riferite al caso specifico risolto - possa essere declinato anche con riguardo alla tematica del valore della persona in ambito sanitario. La sentenza citata[2], resa su una domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dalla Corte Federale di giustizia tedesca, introduce, infatti, un nuovo parametro di valutazione al fine della possibilità di "deindicizzare" (*rectius*: rimuovere) notizie dai motori di ricerca.

Il risultato è quello di poter rendere più semplice l'accesso all'esercizio del diritto all'oblio, nell'ambito della legittima tutela della vita privata come ineliminabile profilo soggettivo della persona umana. Dunque, la seguente riflessione si muove nell'obbiettivo dichiarato di affrancare la persona del lavoratore da intrusioni che non siano affatto funzionali alla doverosa informazione su dati relativi alla caratura professionale, tecnica e dalla valenza curriculare, sottolineando la necessità (*id est* il diritto) di espungere dai siti *web* taluni dati personali e salvaguardare l'area della riservatezza, mantenendo i dati che siano realmente e concretamente utili all'utilizzatore del servizio.

2. Gli arresti della Suprema Corte di Cassazione

Tuttavia, recentemente e sul punto specifico delle problematiche legate al diritto all'oblio in ambito di dati sensibili alla sfera personale, corre l'obbligo segnalare una sentenza della nostra Corte di Cassazione[3] che si innesta autorevolmente sul solco tracciato dalla citata Corte di Giustizia. L'incipit scaturisce da una decisione del Tribunale di Roma[4] che ha accolto la domanda di un cittadino marocchino, nei confronti del Garante per la protezione dei dati personali del Ministero dell'Interno, volta ad "*accertare il diritto di accedere ai dati personali relativi alla segnalazione all'interno della Banca Dati SIS II - Sistema d'Informazione Schengen di seconda generazione - e di tutti i dati personali a questi riferiti trattati dalla Direzione Centrale della Polizia Criminale e dalla Direzione Centrale della Polizia di Prevenzione del Ministero dell'interno". L'originario ricorrente aveva lamentato che era stata respinta, dal Ministero dell'Interno, la sua richiesta di accesso e cancellazione dei dati personali, sul presupposto che si trattasse di dati inerenti alla tutela della sicurezza pubblica di cui all'art. 3, lett. a) e b) del D.M. 415/1994, e, proposto reclamo al Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 142 D.Lgs. 196/2003, il Garante non aveva deciso entro il termine previsto dall'art. 143, comma 3, del medesimo decreto*".

A fronte di ricorso alla Corte di Cassazione - avverso la sentenza del giudice del merito - quest'ultima censura ogni tentativo di sterilizzare tale tutela, stabilendo che "*il richiamo all'art. 5 del D.Lgs. 51/2018 o al concetto di sicurezza nazionale di cui all'art. 1 del D.Lgs., in quanto la previsione della liceità del trattamento nei casi di cui all'art. 5 va coordinata con la possibilità, riconosciuta nei successivi att. 11 e 12, di richiedere l'accesso, la rettifica e la cancellazione, nei casi in cui tale trattamento (in astratto lecito) travalichi le condizioni specifiche di legittimità previste dalla stessa legge. Quanto all'esclusione di cui all'art. 1, nel caso in esame, si verteva più che in un'ipotesi riguardante la "sicurezza nazionale", in un'ipotesi di trattamento di dati personali, svolta fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o comunque di salvaguardia e prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica (art. 1, comma 2, D.Lgs. 51/2018), ipotesi questa rientrante pienamente nell'ambito di applicazione di tale normativa*"[5].

---

[1] C. ROMEO, *Diritto all'oblio: bilanciamento tra opposti interessi e onere della prova*, in Il Lavoro nella Giurisprudenza, 2023, fasc. 1, p. 34 e ss..

[2] Per il testo della sentenza si rinvia al sito ufficiale della Corte di Giustizia www.curia.eu.

[3] Cass. 21 gennaio 2025, n.1491 sul trattamento dei dati personali e i correlati limiti del diritto di accesso.

[4] Cfr. Tribunale di Roma, con sentenza n. 14074/2023, pubblicata il 5/10/2023, inedita.

[5] È utile riportare il quadro normativo nazionale riassunto dalla Cassazione del 2025. "*Il D.Lgs. n. 51 del 18 maggio 2018 (attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità*

competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio) "si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali delle persone fisiche e al trattamento non automatizzato di dati personali delle persone fisiche contenuti in un archivio o ad esso destinati, svolti dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati, o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica" (comma 2, art. 1), mentre l'art. 1, al terzo comma, prescrive che il testo normativo "non si applica ai trattamenti di dati personali: a) effettuati nello svolgimento di attività concernenti la sicurezza nazionale o rientranti nell'ambito di applicazione del titolo V, capo 2, del trattato sull'Unione Europea e per tutte le attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea; b) effettuati da istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione Europea".

Il primo comma dell'art. 5 stabilisce la liceità del trattamento se "necessario per l'esecuzione di un compito di un'autorità competente per le finalità di cui all'articolo 1, comma 2, e si basa sul diritto dell'Unione Europea o su disposizioni di legge o... di regolamento o su atti amministrativi generali che individuano i dati personali e le finalità del trattamento".

L'art. 11 (Diritto di accesso dell'interessato) prescrive: "L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento conferma dell'esistenza di un trattamento in corso di dati personali che lo riguardano e, in tal caso, l'accesso ai dati e alle seguenti informazioni: a) le finalità e il titolo giuridico del trattamento; b) le categorie di dati personali trattati; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati comunicati; d) il periodo di conservazione dei dati personali o, se non è possibile, i criteri per determinare tale periodo; e) il diritto di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano; f) il diritto di proporre reclamo al Garante, con i relativi dati di contatto; g) la comunicazione dei dati personali oggetto del trattamento e di tutte le informazioni disponibili sulla loro origine. 2. Nei casi di cui all'articolo 14, comma 2, il titolare del trattamento informa l'interessato, senza ingiustificato ritardo e per iscritto, di ogni rifiuto o limitazione dell'accesso e dei relativi motivi, nonché del diritto di proporre reclamo dinanzi al Garante o di proporre ricorso giurisdizionale. 3. Il titolare del trattamento documenta i motivi di fatto o di diritto su cui si basa la decisione di cui al comma 2. Tali informazioni sono rese disponibili al Garante".

L'art. 12 prescrive che il titolare del trattamento deve provvedere a cancellare "senza ingiustificato ritardo i dati personali, quando il trattamento si pone in contrasto con le disposizioni di cui agli articoli 3, 5 o 7 e in ogni altro caso previsto dalla legge" e può, in luogo della cancellazione, limitare " il trattamento quando l'esattezza dei dati, contestata dall'interessato, non può essere accertata o se i dati devono essere conservati a fini probatori", cui corrisponde il diritto dell'interessato ad essere informato.

L'art.14 (Limitazioni dell'esercizio dei diritti dell'interessato) prevede che l'esercizio dei diritti di cui agli articoli 11, commi 1 e 2, e 12, comma 5, possono essere "ritardati, limitati o esclusi, con disposizione di legge o di regolamento adottato ai sensi dell'articolo 5, comma 2, nella misura e per il tempo in cui ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata, tenuto conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata al fine di: a) non compromettere il buon esito dell'attività di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, nonché l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali e delle misure di sicurezza; b) tutelare la sicurezza pubblica; c) tutelare la sicurezza nazionale; d) tutelare i diritti e le libertà altrui".

Aggiunge la Suprema Corte che il quadro normativo sovranazionale può essere riassunto come di seguito.

A livello Eurounitario, l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce che: "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

Il Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali n. 2016/679 - noto come GD.P.R. (General Data Protection Regulation) - è divenuto applicabile dal 25 maggio 2018, realizzando una definitiva armonizzazione della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali all'interno di tutti i Paesi dell'Unione Europea.

Il D.Lgs. n. 101/2018 vi ha dato attuazione, modificando il D.Lgs. 196/2003, Codice di protezione dei dati personali.Anche nel GD.P.R. è disciplinato il diritto di accesso (art. 15), di rettifica (art. 16), di cancellazione (art. 17, c.d. diritto all'oblio). L'autorità competente a trattare i reclami degli interessati è individuata (art. 55 GDPER) nel Garante per la protezione dei dati personali.

Rilevano poi il Regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006 (abrogato a partire dal 7/3/2023), e il Regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, che ha modificato e abrogato la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e il regolamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio e la decisione 2010/261/UE della Commissione.

Il Sistema d'informazione Schengen (SIS), dopo l'abolizione dei controlli alle frontiere interne, è "una delle principali misure compensative che contribuiscono a mantenere un elevato livello di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione, sostenendo la cooperazione operativa tra le autorità nazionali competenti" (Considerando 1, Reg. n. 1861 e del Reg. n. 1862).

Il SIS II è un sistema d'informazione che consente alle autorità nazionali di contrasto, giudiziarie e amministrative di eseguire controlli specifici condividendo dati pertinenti. Anche le agenzie Europee EUROPOL ed EUROJUST usufruiscono di limitati privilegi di accesso al sistema.

Il SIS II (di seconda generazione) è stato introdotto con regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio e con la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e ha sostituito il SIS istituito sulla base della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

Il Regolamento n. 1861 stabilisce le condizioni e le procedure applicabili all'inserimento e al trattamento nel SIS delle segnalazioni riguardanti cittadini di paesi terzi e allo scambio di informazioni supplementari e dati complementari ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno nel territorio degli Stati membri (art. 2 Reg. 1861). Il SIS è articolato in un sistema centrale e in sistemi nazionali dei singoli Stati membri ("N.SIS").

L'art. 24 del Reg. 1861 (Condizioni per inserire la segnalazione ai fini del respingimento o del rifiuto di soggiorno), nel prevedere che gli Stati membri possano inserire una segnalazione ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno in determinate ipotesi (tra le quali quelle per cui: "a) alla luce di una valutazione individuale comprendente anche una valutazione delle circostanze personali del cittadino di paese terzo interessato e delle conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno,... la presenza di tale cittadino di paese terzo interessato nel proprio territorio costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale" e "b) esistono fondati motivi per ritenere che il cittadino di paese terzo abbia commesso un reato grave, compreso un reato di terrorismo, o esistono indizi concreti della sua intenzione di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro"), contempla comunque il diritto, per le persone nei cui confronti sia stata emessa una decisione di respingimento e di rifiuto di soggiorno, come indicato al paragrafo 1, di proporre "un ricorso effettivo dinanzi a un giudice".

Pertanto, dal complesso e articolato quadro normativo riportato in nota, riassumendo le sistematiche indicazioni della Suprema Corte, risulta illegittimo il trattamento dei dati personali non supportati dalla sussistenza di una causa giustificatrice idonea.

3. Gli utili contributi del dottrina e del legislatore

Ancor più nello specifico è il caso di segnalare che l'argomento selezionato, a ben vedere, è stato già oggetto, in passato, di più d'una riflessione da parte della dottrina civilistica italiana[6] e straniera[7], con utili osservazioni e intuizioni anche di estrazione giuslavoristica[8]. *Lietmotiv* prevalenti in merito alle autorevoli intuizioni sono coerentemente rivolte al bilanciamento di opposti (e contrastanti) interessi, sono meritevoli di ulteriori approfondimenti, soprattutto riguardo alla ricognizione dell'ambito di operatività della tutela alla riservatezza di taluni dati sensibili, irrilevanti e sopratutto errati, nonchè fuori tempo, che pertanto vanno rimossi proprio avuto riguardo all'interesse dei terzi fruitori di notizie inutili e/o non rispondenti al vero. Dovrebbe - l'uso del condizionale è d'obbligo - essere lo stesso gestore del motore di ricerca a stralciare i fatti in contestazione dal *link* contenente tutti i risultati sulla persona in oggetto che costituiscono una vera e propria superfetazione rispetto al concreto interesse di informazione. *Cui prodes*t - ci si chiede - la diffusione di notizie meramente pleonastiche e ridondanti rispetto alla centralità della funzione sociale assegnata al diritto di informazione! Il paradossale rischio, ove non si disponesse la deindicizzazione, sarebbe quello di fare un cattivo servizio per l'informazione.

Tuttavia, è necessario sottolineare in tema l'intervento del legislatore nazionale attraverso l'entrata in vigore della legge 7 dicembre 2023, n. 193[9], che ha introdotto in Italia il diritto all'oblio oncologico, segnando un importante passo avanti

---

In tema di Protezione dei Dati (Capo IX), si stabilisce (art. 51, Reg. 1861; Art. 66, Reg. 1862) che, per il trattamento a fini di prevenzione, accertamento, indagine, o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, comprese la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse, si applica la direttiva (UE) 2016/680.

L'art. 53 Reg. 1861 e l'art. 67 Reg. 1862 (Diritto di accesso, rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente) riconoscono che gli interessati "possono esercitare i diritti di cui agli articoli 15, 16 e 17 del regolamento (UE) 2016/679 e agli articoli 14 - Diritto di accesso dell'interessato -, nonché 16, paragrafi 1 e 2, - Diritto di rettifica o cancellazione di dati personali e limitazione del trattamento - della direttiva (UE) 2016/680" e, al terzo comma, stabilisce che gli Stati membri "possono decidere di non fornire informazioni all'interessato, in tutto o in parte, in conformità della legislazione nazionale, nella misura e per il tempo in cui tale limitazione totale o parziale costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi dell'interessato al fine di:...c) proteggere la sicurezza pubblica; d) proteggere la sicurezza nazionale;..."; lo Stato membro deve informare l'interessato, senza ingiustificato ritardo e per iscritto, di ogni rifiuto o limitazione dell'accesso e dei motivi del rifiuto o della limitazione, salvo se la comunicazione di tali informazioni "rischi di compromettere una delle finalità di cui al primo comma, lettere da a) a e)", e della possibilità di proporre un reclamo dinanzi a un'autorità di controllo o di proporre ricorso giurisdizionale, nonché deve indicare i motivi di fatto o di diritto su cui si basa la decisione di non fornire le informazioni all'interessato, informazioni comunque rese disponibili alle autorità di controllo, potendo l'interessato poter esercitare i propri diritti anche tramite le autorità di controllo competenti.

L'art. 54 Reg. 1861 e l'art. 68 Reg. 1862 (Mezzi di impugnazione) prevede che "chiunque può adire" qualsiasi autorità competente, tra cui un organo giurisdizionale, in base alla legislazione di qualsiasi Stato membro, "per accedere, rettificare, cancellare, ottenere informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente a una segnalazione che lo riguarda".

3.3. L'affermazione dei ricorrenti secondo cui, nei casi di trattamento di dati per fini di sicurezza nazionale, non sussisterebbe alcun diritto di accesso, rettifica e cancellazione dei dati inesatti o illegittimamente trattati, non è fondata, in quanto sia la disciplina specifica in materia di trattamento di dati personali nell'ambito del Sistema d'Informazione Schengen (Reg. 1861), sia quella generale in materia di trattamento di dati personali disciplinano, pur riconoscendo in capo alle autorità nazionali la facoltà di limitare, in tutto o in parte e sulla base di una decisione assunta caso per caso, il diritto di accesso dell'interessato alle informazioni che lo riguardano (in particolare laddove sussista l'esigenza di proteggere la sicurezza nazionale), impongono precisi requisiti e oneri motivazionali per l'esercizio di tale facoltà e riconoscono, in ogni caso, il diritto di rivolgersi a un'autorità di controllo, che l'art. 154, co. 2, lett. a, D.Lgs. 196/2003 individua esplicitamente nel Garante per la protezione dei dati personali, e il diritto dell'interessato di contestare tale decisione anche dinanzi all'autorità giurisdizionale, ex art. 152 D.Lgs. 196/2003 che assegna all'Autorità giudiziaria ordinaria la giurisdizione su tutte le controversie in materia di accesso ai dati personali.

Vero che il Sistema d'informazione Schengen prevede la possibilità, per le autorità di uno Stato membro dell'Unione Europea di inserire nella banca dati le generalità di persone prive della cittadinanza di uno di tali Paesi (art. 24 reg. CE 1987/2006, oggi art. 24 reg. UE 1861/2018) con conseguente preclusione di fare ingresso nell'area Schengen. Ai sensi della disposizione citata, l'inserimento della stessa può avvenire anche allorquando "lo Stato membro ha concluso, alla luce di una valutazione individuale comprendente anche una valutazione delle circostanze personali del cittadino di paese terzo interessato e delle conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno, che la presenza di tale cittadino di paese terzo interessato nel proprio territorio costituisce una minaccia per... la sicurezza nazionale".

[6] In linea generale si accenni al contributo di S. RODOTÀ, *La vita e le regole tra diritto e non diritto, Milano*, Feltrinelli, 2006, che si interroga sul ruolo della nuova società "*satura di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private*", e affronta, in tutta la sua complessità, il tema del diritto e delle tutele correlate in relazione alle scelte etiche, sociali e politiche della società. Invece, nello specifico del nostro tema si v. F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, tratto dal volume, *Il caso del diritto all'oblio*, (a cura di F. Pizzetti), Torino, Giappichelli 2013, da . 63 e ss..

[7] Tra tutti D. LINDSAY, *The «Right To Be Forgotten» by Search Engines under Data Privacy Law: A Legal and Policy Analysis of the Costeja Decision*, in A.T. Kenyon, *Comparative Defamation and Privacy Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 199 ss.

[8] Cfr. M. MISCIONE, *Senza tempo e senza spazio le notizie in rete sul lavoro*, in *Liber amicorum* di Pietro Rescigno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, vol. II, da p.1353 e ss. E ancor prima F. Santoni, *La privacy nel rapporto di lavoro: dal diritto alla riservatezza alla tutela dei dati personali*, in Tullini (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Uso dei mezzi elettronici, potere di controllo e trattamento dei dati personali*, Padova, 2010, 25, 31. Da ultimo, invece, A. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. La trasparenza e tecniche di tutela*, Pisa, Pacini Giuridica, 2022, spec. da p. 54 e ss..

[9] In vigore dal 2 gennaio 2024 così statuisce nell' unico articolo: "**1.** Al fine di escludere qualsiasi forma di pregiudizio o disparità di trattamento, la presente legge reca disposizioni in materia di parità di trattamento, non discriminazione e garanzia del diritto all'oblio delle persone guarite da patologie oncologiche, in attuazione degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione, degli articoli 7, 8, 21, 35 e 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del Piano europeo di lotta contro il

nella tutela dei diritti dei sopravvissuti al cancro. Questa normativa, come è già stato osservato da altri, "*mira a prevenire discriminazioni e garantire pari opportunità per coloro che hanno superato una patologia oncologica, permettendo loro di non dover più fornire informazioni sulla loro pregressa condizione di salute in determinati contesti, una volta trascorso un periodo specifico dalla conclusione del trattamento*"[10]. Si tratta di tratta di una tematica che ha come scopo primario quello di evitare l'evidente pregiudizio alla vita di relazione della persona guarita da patologie oncologiche, attraverso la fissazione di regole e che finiscono con il coniugarsi con altre normative tra cui lo ***Statuto dei lavoratori***, in particolare all'art. 8 laddove si vieta al datore di lavoro di " ***effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore****, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore*". Il riferimento al divieto di indagini sulla vita privata, se non rilevano fatti in contrasto con la concreta attitudine allo svolgimento dell'attività lavorativa, è di tutta evidenza. Da qui l'esigenza, avvertita dal legislatore e dalla giurisprudenza, del diritto al c.d. "diritto all'oblio oncologico" che manifesta, in particolare, nel divieto ad effettuare indagini preassuntive vietate al datore di lavoro[11].

Orbene, in questa particolare configurazione e nel segno unanimamente riconosciuto del principio di proporzionalità - già accolto da precedenti decisioni della Corte di Giustizia[12] -, avendo l'accortezza di verificare quali sia la vera *utilitas* dei dati contenuti nel *web*, la legge n. 193 del 2023 rappresenta una pietra miliare nella pratica del cosiddetto *global devisting*, vale a dire una operazione di repulisti dalla URL (*Uniform Resource Locator*), espungendo dall'indirizzo *web mail* su rete del soggetto interessato, quindi dal suo profilo, ogni dato personale, inesatto, o del tutto ininfluente quindi irrilevante per la ricerca *web*, oppure perché datato e anacronistico.

4. Centralità della giurisprudenza dell'U.E.

La legge n. 193 del 2023, sia pure nella sua sinteticità, richiama la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di pubblicazione di dati[13], e sottolinea come occorre effettuare un bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà di espressione. Nello specifico, la decisione della Grande Corte di Giustizia dalla quale abbiamo preso le mosse, pur affermando che il diritto alla protezione dei dati personali non è un diritto assoluto, aggiunge plausibilmente che dev'essere valutato e considerato in relazione alla sua funzione sociale e deve essere limitato avendo cura di conformarsi ai principi di proporzionalità e obbiettività degli interessi. Giustamente nella sentenza esaminata si richiama pragmaticamente la circostanza di ordine generale e di metodo di dover considerare ogni vicenda, caso per caso, mettendo a fuoco la natura dell'informazione di cui trattasi e il suo effettivo interesse a che gli utenti di *internet* ne abbiano accesso e ne realizzino concreti vantaggi. Pertanto, è di tutta evidenza che il dilemma vada risolto avendo cura di approfondire la portata della funzione sociale dell'informazione in sé, specie in relazione ad un effettivo interesse pubblico di poter disporre in concreto di tale informazione, bilanciando, però, l'eventuale carattere sensibile della stessa. È di tutta evidenza, infine, che ove mai l'informazione in questione si rilevi inesatta o del tutto fuorviante essa non potrà essere presa in alcuna considerazione e, quindi, deve essere espunta, perché plausibilmente esula dal diritto alla libertà d'informazione che verrebbe anzi frustrato dalla diffusione di una notizia falsa e tendenziosa.

Corre l'obbligo segnalare che sulla tematica è già intervenuta, a commento della sentenza qui in discussione, una breve nota

---

cancro di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2021) 44 final, del 3 febbraio 2021, nonché dell'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848. **2**. Per « diritto all'oblio oncologico » si intende il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei casi di cui alla presente legge.

[10] A. BOZZO, *Il diritto all'oblio oncologico: la nuova frontiera nella tutela dei diritti dei sopravvissuti al cancro*, in *Norme&Tributi Plus Diritto*|18 settembre 2024. "*Il diritto all'oblio oncologico è definito come il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini sulla propria pregressa condizione patologica, nei limiti stabiliti dalla legge. Questo diritto si applica in vari contesti, tra cui l'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, le procedure di adozione, e l'accesso al lavoro e alla formazione professionale. La legge stabilisce che il diritto all'oblio oncologico si applica dopo 10 anni dalla conclusione del trattamento attivo, in assenza di recidive. Questo periodo è ridotto a 5 anni per i casi in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età. La " conclusione del trattamento attivo" è definita come la data dell'ultimo trattamento farmacologico antitumorale, radioterapico o chirurgico. Per beneficiare di questo diritto, l'interessato può richiedere un certificato di oblio oncologico. La domanda può essere presentata a strutture sanitarie pubbliche o private accreditate, medici dipendenti del Servizio sanitario nazionale nella disciplina attinente, medici di medicina generale o pediatri di libera scelta. Il certificato deve contenere solo i dati anagrafici dell'interessato, senza ulteriori informazioni sulla patologia o i trattamenti effettuati*."

[11] D. PROIETTI, *L'oblio oncologico e il divieto indagini preassuntive*, in Norme&Tributi, 3 maggio 2024 che si interroga "*quid iuris laddove in sede di colloquio o durante l'espletamento di una selezione venissero richieste informazione sul proprio stato pregresso di salute? Qui entra in gioco la normativa sull'oblio oncologico (L.193 del 2023) in materia di disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e a tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*".

[12] Corte giust. 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Foro it.*, 2014, IV, p. 295, con nota di R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*. Si tratta, come richiama ulteriormente R. PARDOLESI in altro scritto - *L'ombra del tempio e (il diritto al)l'oblio*, in Questione Giustizia, fasc. 1, 2017 - della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Google Spain SL e Google c. Agencia Española de Protección de Datos e Costeja González*, che "*sta per il principio a tenore del quale, trascorso un certo lasso di tempo dagli avvenimenti che l'hanno vista, volontariamente o meno, nel ruolo di protagonista, la persona i cui dati figurano su una pagina web, anche se non c'è nulla da obiettare sulla pubblicazione in quel sito, può rivolgersi ai gestori dei motori di ricerca per impedire che l'utenza possa servirsi di tali strumenti per trovare la notizia, da mettere in quarantena perché non più attuale*".

[13] Per una ricostruzione delle indicazioni della CEDU sulle possibili compressioni che il diritto fondamentale all'oblio può subire, si rinvia a Cass. 20 marzo 2018, n. 6919, in Smartlex, 2022.

redazionale[14] che ha confermato la fondatezza e piena legittimità dell'orientamento volto a richiede la prova della manifesta inesattezza delle informazioni e della irrilevanza delle medesime alla stessa persona proponente la rimozione e "*il gestore del motore di ricerca dev'essere tenuto ad accogliere tale domanda*" senza che vi sia la necessità di un giudizio di cognizione.

Per scrupolo è appena il caso di avvertire che la Corte di Giustizia finisce per condividere le indicazioni suggerite dal giudice del rinvio, stabilendo tra l'altro che "*gli obblighi incombenti alla persona che richiede la deindicizzazione per l'inesattezza del contenuto indicizzato*" gravano sulla predetta che deve essere in grado di "*dimostrare l'inesattezza manifesta delle informazioni che compaiono in un certo contenuto*". Diversamente alquanto più complessa è la risposta in merito agli obblighi e alle responsabilità incombenti sul gestore del motore di ricerca, posto che quest'ultimo, valutate le condizioni di applicazione del più volte richiamato articolo 17 paragrafo 3 lettera a) del Regolamento, non può essere tenuto a svolgere un ruolo attivo nella ricerca sulla veridicità dei fatti. Di guisa che non può essere richiesto al gestore un obbligo di indagare su fatti e circostanze del tutto estranee alla sua logica operativa. Ed infatti, tale onere eccede ragionevolmente da quella che è la metodologia del sistema di informazioni su *internet* e potrebbe comportare un evidente rischio di deindicizzare dati che corrispondono invece "*ad una legittima e preponderante esigenza di informazione del pubblico*"[15], rendendo impossibile, a seguito di cancellazione, rinvenirli su *internet* avuto riguardo al profilo della persona in questione. I pericoli, peraltro segnalati dalla Corte di Giustizia, sono di tutta evidenza e ampiamente giustificati: esiste il reale (e prevedibile) rischio che un effetto eccessivamente dissuasivo si ripercuota sul coerente e funzionale esercizio del diritto all'informazione, finendo per rendere monca e priva di efficacia la capacità di diffusione di dati e informazioni utili alla conoscenza per l'intera società civile.

5. La soluzione del dilemma riguardo la (difficile) scelta tra opposti interessi

La sentenza in commento lascia aperti ampi e consistenti spazi di discrezionalità al sindacato dei giudici territoriali, ai quali è affidato l'arduo compito di decidere sul bilanciamento degli opposti interessi in discussione, valutando la più idonea soluzione dei casi, ed anche la più coerente in ragione di un'apprezzabile prospettazione delle richieste introitate. Tuttavia, fermo il rilievo già espresso che, in caso di palese e macroscopica erroneità e/o superfluità e/o inutilità dei dati in questione, il gestore del servizio dovrebbe procedere *sua sponte* alla loro rimozione, evitando un gravoso accertamento giudiziario in ragione dell'evidenza circa la fondatezza delle giuste pretese.

Diversa è, invece, la situazione nella quale non appare agevole percepire da quale parte stia il *balance needle*, vale a dire quale opzione tra i due opposti interessi sia meritevole di tutela. Ed infatti, la valutazione di meritevolezza, riguardo la scelta sovente complessa, se far prevalere il diritto all'oblio e, quindi, procedere alla rimozione dei dati, oppure il diritto all'informazione confermando l'indicizzazione dei medesimi: la soluzione potrebbe non essere di facile percezione sovente per via della cripticità dei dati materiali in questione. In tali circostanze sarà necessario ricorrere alle Autorità italiane preposte: in prima battuta il Garante per la *privacy* e, in ogni caso, alla valutazione dei giudici.

Si è già detto, fermo il principio espresso nel brocardo latino "*onus probandi ei incumbit qui agit, non qui negat*", che è preciso onere del richiedente la deindicizzazione di dati dimostrare la fondatezza e legittimità della sua pretesa. Quindi, la chiave di volta del *bussilis*, vale a dire lo snodo del problema, trova esito in una corretta e solida prospettazione della richiesta agli organi giurisdizionali e no, e a condizione che essa sia sufficientemente supportata da un'allegazione documentale convincente che sia sufficientemente in grado di offrire un'equilibrata soluzione al dilemma tra opposti interessi.

Sulla stessa lunghezza d'onda si segnala una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione che, accogliendo un ricorso del Garante della privacy contro Google LLC, ha esteso globalmente l'ordine di rimozione degli URL (*Uniform Resource Locator* che identifica l'indirizzo *webmail* su rete), al di là dei confini nazionali ed europei, imponendo la rimozione anche nelle versioni extraeuropee del motore di ricerca[16]. D'altro canto, nell'evidenza di una società globalizzata non avrebbe alcun senso limitare l'effetto della cancellazione solo nell'ambito del territorio nazionale.

Per quel che attiene la chiusura del cerchio sulla riflessione svolta nelle precedenti pagine, il *decisum* della Cassazione citata avverte, come degno di essere segnalato, che "*il diritto all'oblio si correla al diritto alla riservatezza e in questa prospettiva protegge l'interessato nella pretesa di non veder ulteriormente divulgate notizie, già legittimamente pubblicate, ma superate nel tempo che ha dissolto l'interesse pubblico alla circolazione dell'informazione*" Aggiunge poi l'ordinanza citata che "*occorre un bilanciamento del diritto all'oblio con il diritto alla libertà di informazione*", considerando che per l'ordinamento giuridico italiano "*a fronte delle modalità liquide e pervasive della circolazione dei dati sulla rete di internet, non è consentita una limitazione della tutela assicurata alla tutela della vita privata della persona*". Precisa poi che il parametro di valutazione al quale bisogna ispirarsi per il bilanciamento degli opposti interessi è quello conforme agli standard costituzionali italiani che "*legittimano di richiedere al gestore di effettuare una deindicizzazione su tutte le versioni del proprio motore, incluse quelle extraeuropee*".

Sotto il profilo meramente esemplificativo e per completezza argomentativa è appena il caso di segnalare la recente riforma

[14] Nello specifico confronta D. Campagna, *Diritto all'oblio: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea sugli obblighi gravanti su chi chiede la deindicizzazione di contenuto inesatto*, in Norme§TributiPlusDiritto, 9 dicembre 2022.

[15] Così testualmente la sentenza della Grande Corte in commento al paragrafo 71.

[16] Si tratta dell'ordinanza della prima sezione civile della Cassazione del 24 novembre 2022, n. 34658, con nota redazio0nale di F. MACHINA GRIFEO, *Il Garante può ordinare a Google la deindicizzazione globale*, in Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi plus, 25 novembre 2022.

della giustizia penale che ha disposto che "*il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione costituiscono titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati*" (art. 1, co. 25, l. n. 134/021)[17]. Il caso citato prevede un intervento d'ufficio dell'autorità giudiziaria, circostanza che ha sollevato talune perplessità di ordine costituzionale da parte dei penalisti[18].

È sufficientemente pacifico che le esemplificazioni riportate, nonchè la metodologia della giurisprudenza nazionale e comunitaria, sono utili parametri di riferimento per l'argomento qui a mano del diritto all'oblio in ambito sanitario. Le logiche ricostruttive, infatti, presentano tratti comuni che non è possibile elidere, attesa l'assonanza delle questioni giuridiche di fondo rispetto allo specifica tematica.

Tuttavia mettendo insieme i *puzzle* di questo breve scritto risulta emblematicamente che la zona d'ombra del diritto all'oblio persiste - fermo il diritto di deindicizzazione riguardo i dati personali per i quali non sono più necessari, nell'attualità, le finalità per le quali originariamente erano stati raccolti, ovvero l'interessato motivatamente ritira il proprio assenso - quando vi è un'incertezza nell'operazione di bilanciamento tra gli opposti interessi, sino ad arrivare alla finale valutazione del giudice che dovrà sciogliere ogni dilemma in riferimento alla pretesa di cancellazione, ponderando le prove allegate alla richiesta. Senza poter mancare di osservare che il c.d. *delisting* non riporta il dato sensibile nell'alveo di una certezza assoluta di riservatezza, atteso che, sia pure con comprensibili difficoltà operative, sarà pur sempre possibile il reperimento, perché, com'è stato condivisibilmente osservato da altri, "*la rete non dimentica*"[19], e ciò attraverso una ricerca mirata, più complessa e articolata, e sia pure non più riferita direttamente al nome della persona, attese le potenzialità, a volte incrociate, dei motori di ricerca a disposizione dell'utenza.

Tuttavia, semplificando il ragionamento e ritornando alla sentenza della Grande Corte dalla quale abbiamo avviato la presente riflessione, emerge, senza dubbio alcuno, il seguente principio generale: "*una persona che si ritiene vittima di informazioni inesatte può chiederne la rimozione dal web anche se non ha mai avviato un'azione legale contro chi le ha pubblicate, deve, però, fornire una ragionevole spiegazione sulle info contestate al motore di ricerca, che dovrà prenderne atto senza*"[20] indugio alcuno. È questo in estrema sintesi il contenuto del *decisum* della Corte di Giustizia UE che, in uno all'interessante statuizione sul riparto dell'onere della prova, ha decisamente ridimensionato - sia pure attraverso un'operazione di ingegneria giuridica che non ha ignorato la portata del diritto d'informazione - lo strapotere dell'eterno presente *online*, rilanciando il diritto alla reputazione e all'immagine come profili soggettivi della persona umana meritevoli di un'ineludibile tutela.

---

[17] C. PROCACCINI, *Oblio e deindicizzazione nella delega Cartabia: rose e spine*, in Giur. It., 2022, 4, 1028.

[18] Cfr. A. M. CIMO', *Il diritto all'oblio nella riforma Cartabia*, 19 ottobre 2022, in *www.meplw.net,* che sostiene sorgano "*non pochi interrogativi dalla previsione di un provvedimento di deindicizzazione, considerata la chiara allusione alla necessaria emissione di un ulteriore atto processuale che si imponga a terzi. In particolare, ci si domanda: se sarà necessaria un'apposita istanza dell'interessato (circostanza che appare invero già esclusa); se tale provvedimento riguarderà specifici contenuti previamente individuati; quale sarà il margine di discrezionalità dell'autorità; se e come il terzo potrà opporsi; nonché quale valore extraterritoriale avrà tale provvedimento*".

[19] S. PIETROPAOLI, *La rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars interpretandi,* 2017, p. 67

[20] Così testualmente A. GALIMBERTI, *Diritto all'oblio senza azioni legali: basta la parola del titolare del diritto*, in Il Sole 24 Ore, 9 dicembre 2022, Norme e Tributi a p. 34

L'oblio oncologico: un diritto a più dimensioni

di **Enzo Maria Tripodi** e **Filippo Loré**

Sommario: 1. I contenuti della legge in (estrema) sintesi. 2. Segue: alcune osservazioni. 3. Il diritto di oblio: dall'universale al particolare. 4. Il diritto all'oblio oncologico. 5. Conclusioni.

Abstract: L'oblio oncologico è definito dalla legge 7 dicembre 2023, n. 193, come il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei limiti indicati dalla predetta legge, per l'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, in sede di indagini sulla salute dei richiedenti un'adozione e per l'accesso alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale. Dopo una breve descrizione dei contenuti di detta legge, il presente contributo intende delineare come dal diritto di oblio si sia passati, ope legis, ad una sua "specificazione" e di come per tale diritto, oltre a stringenti riferimenti d'ordine costituzionale, trova spazio la tutela riferita ai dati personali, di cui al GDPR, in una chiave di lettura che mira a garantire il diritto dell'ex paziente a non subire pregiudizi, sul piano sociale ed economico, a causa della malattia ormai superata ed il cui superamento, oltre che medico, risulta essere un "riconoscimento" di natura giuridica.

1. I contenuti della legge in (estrema) sintesi

Con la legge 7 dicembre 2023, n. 193 sono state introdotte delle disposizioni finalizzate alla "prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche". Prima di affrontare il tema oggetto di questo contributo appare utile una breve sintesi dei contenuti di detta legge[1].

L'oblio oncologico è quel diritto "delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica" nei casi previsti dalla legge in commento (art. 1, comma 2).

Tale diritto è funzionale ad evitare ogni forma di pregiudizio e di disparità di trattamento, in attuazione di alcune previsioni costituzionali (artt. 2, 3 e 32), della Carta dei diritti fondamentali UE (artt. 7, 8, 21, 35 e 38), della Convenzione internazionale sui diritti dell'uomo (art. 8) e, *ad abundantiam*, di un documento di lavoro della Commissione UE (Comunicazione della Commissione europea COM(2021) 44 final, del 3 febbraio 2021, *Piano europeo di lotta contro il cancro*) (art. 1, comma 1).

L'art. 2 esplicita i "termini" del diritto all'oblio con riferimento all'accesso ad una serie di servizi quali quelli bancari, finanziari, di investimento ed assicurativi. Per la stipulazione (o rinnovo) di tali contratti, nonché "nell'ambito della stipulazione di ogni altro tipo di contratto, anche esclusivamente tra privati, quando, al momento della stipulazione del contratto o successivamente, le informazioni sono suscettibili di influenzarne condizioni e termini", non possono essere richieste (o ottenute da altre fonti o, comunque, utilizzate anche se conosciute) informazioni relative alle patologie oncologiche del contraente quando sia trascorso un determinato periodo di tempo dalla conclusione del trattamento senza che siano intervenute recidive. In via generale tale periodo è indicato in dieci anni, ovvero cinque se la patologia è insorta prima del compimento di 21 anni di età.

Le ulteriori prescrizioni sono le seguenti:

a) in tutte le fasi delle trattative per la stipulazione o rinnovo dei contratti indicati, i relativi operatori professionali forniscono alla controparte *adeguate* informazioni sull'esistenza del diritto di oblio oncologico che deve, altresì, essere espressamente indicato nei formulari e nella modulistica utilizzata;

b) "(…) non possono essere altresì applicati al contraente limiti, costi e oneri aggiuntivi né trattamenti diversi rispetto a quelli previsti per la generalità dei contraenti a legislazione vigente" (art. 2, comma 3);

c) è vietato richiedere l'effettuazione di visite mediche di controllo e di accertamenti sanitari, se applicabile il diritto di oblio oncologico, per la stipulazione dei contratti di cui all'art. 2, comma 1;

d) qualora le informazioni sulla patologia oncologica siano state fornite in precedenza, queste non possono essere utilizzate per la valutazione del rischio o della solvibilità del contraente, decorsi i termini dell'oblio che devono essere comunicati da quest'ultimo – sulla base dell'apposita certificazione – con raccomandata A/R o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione del certificato, le informazioni sulle patologie oncologiche devono essere cancellate da parte della banca, dell'istituto di credito, dell'impresa di assicurazione o dell'intermediario finanziario o assicurativo;

e) a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 193 del 2023, sono nulle le clausole di contratti che non rispettino quanto indicato all'art. 2, commi 1-5 della legge stessa. La nullità riguarda unicamente le clausole difformi e non si estende all'intero contratto che rimane valido ed efficace rispetto alle altre previsioni. Tale nullità "opera soltanto a vantaggio della persona fisica contraente ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento" (art. 2, comma 6)[2].

(*) Nel presente contributo, benché condiviso dagli autori, i parr. 1-2 sono stati scritti da Enzo Maria Tripodi mentre, i restanti, da Filippo Loré.

In ricordo del Prof. Giovanni Scambia (1959 – 2025) che, troppo presto, è stato sottratto ai suoi affetti ed alla professione. Qualcuno – Lassù – gli renderà i giusti meriti delle tante vite che ha salvato che, su questa terra, nessuno di noi è stato in grado di fare.

[1] Per un quadro generale, come primo commento, v. FACCIOLI (a cura di), *Il diritto all'oblio oncologico. Commento alla L. 7 dicembre 2023, n. 193*, Pisa, 2025; FERRARI, *Il diritto dell'oblio oncologico: uno strumento di tutela per le persone clinicamente guarite*, Torino 2024 e, in breve, FERRARI, *Dal "vecchio" diritto all'oblio al riconoscimento del "nuovo" diritto all'oblio oncologico*, in *Rivista Diritto di Internet,* 2024, 1, 3 ss.

[2] PALADINI, *Il diritto all'oblio oncologico: obblighi e divieti contrattuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 5, 1063 ss.; FERRARI, *Il diritto dell'oblio oncologico: uno strumento di tutela per le persone clinicamente guarite*, cit., 31 ss.

L'art. 3 della legge prevede l'applicazione del diritto all'oblio oncologico (con gli stessi termini sopra indicati) anche nelle ipotesi di adozione, di cui alla legge n. 184/1983.
L'art. 4 applica il diritto all'oblio oncologico – sempre negli stessi termini – alle procedure concorsuali e selettive, nonché rispetto alla "permanenza nel lavoro, nella fruizione dei relativi servizi e nella riqualificazione dei percorsi di carriera e retributivi".
La legge prevede, oltre alle disposizioni transitorie (di cui all'art. 5), numerose disposizioni attuative distribuite lungo tutto l'articolato.
In particolare:
1) entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR), stabilisce le modalità di attuazione dell'art. 2, comma 1, eventualmente predisponendo formulari e modelli. Lo stesso farà l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (art. 2, comma 7). In entrambi i casi, sentito il Garante per la protezione dei dati personali;
2) entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Commissione per le adozioni internazionali, sono stabilite le modalità di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 1 (art. 3, comma 2)[3];
3) entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della salute, sentite le organizzazioni di pazienti oncologici iscritte nella sezione Reti associative del RUNTS, possono essere promosse, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, specifiche politiche attive per (contribuire ad) assicurare le finalità di cui all'art. 4, comma 1 (art. 4, comma 2);
4) entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, il Ministro della salute, con proprio decreto, sentite le menzionate organizzazioni dei pazienti oncologici, sono disciplinate le modalità e le forme, senza oneri per l'assistito, per la certificazione della sussistenza dei requisiti necessari per attestare l'oblio oncologico (art. 5, comma 1);
5) entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge con decreto del Ministro della salute, è definito l'elenco delle eventuali patologie oncologiche per le quali si applicano termini inferiori rispetto a quelli ordinariamente previsti (art. 5, comma 2)[4];
6) nelle more dell'azione dei suddetti provvedimenti attuativi, i contratti, le procedure di adozione e concorsuali "devono conformarsi ai principi ivi introdotti, a pena di nullità delle singole clausole contrattuali o della parte degli atti amministrativi, anche endoprocedimentali, da essi difformi (art. 5, comma 3);
7) "Il Garante per la protezione dei dati personali vigila sull'applicazione delle disposizioni di cui alla presente legge" (art. 5, comma 4).

2. Segue: alcune osservazioni

L'approvazione della legge in commento è stata – come si dice gergalmente – un risultato *bipartisan*. Tutti (o quasi) gli schieramenti presenti in Parlamento hanno convenuto che si trattasse di una iniziativa degna di trovare una condivisione per giungere in tempi brevi alla sua approvazione[5].
Nonostante i pochi articoli di cui è composta e, come appena detto, la sua condivisione, ognuno degli articoli offre il destro a non poche osservazioni che offrono una riprova evidente

[3] D.M. 9 agosto 2024, *Disposizioni in materia di oblio oncologico in relazione alle adozioni*, in G.U. 13 settembre 2024, n. 215.
[4] D.M. 22 marzo 2024, *Elenco di patologie oncologiche per le quali si applicano termini inferiori rispetto a quelli previsti dagli articoli 2, comma 1, 3, comma 1, lettera a), e 4, comma 1, della legge n. 193 del 2023*, in G.U. 24 aprile 20244, n. 96.
[5] L'iter della legge ha visto presentati, nelle XVIII Legislatura, i seguenti Disegni di legge: S.2548 («Disposizioni in materia di parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), primo firmatario on. **Boldrini;** S.2607 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), primo firmatario on. Binetti; S.2643 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio oncologico», ritirato in data 28 giugno 2022) e S.2656 («Disposizioni in materia di «diritto all'oblio oncologico»»), primo firmatario on. Conzatti; S.2660 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), primo firmatario on. Gaudiano; C.3548 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Marrocco; C.3561 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Trizzino; C.3563 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Rizzetto; C.3611 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Carnevali; C.3666 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche, nonché in materia di organizzazione delle attività di assistenza e riabilitazione oncologica»), primo firmatario on. Villani.
Nella XIX Legislatura sono stati presentati i seguenti disegni di legge: C. 249 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Marrocco; C. 413 (con la stessa titolazione della precedente), primo firmatario, on. Boschi; C. 690 (con la stessa titolazione della precedente), primo firmatario, on. Rizzetto; C. 885 (con la stessa titolazione della precedente), primo firmatario, on. Furfaro, C. 959 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche, nonché in materia di organizzazione delle attività di assistenza e riabilitazione oncologica»), primo firmatario, on. Sportiello; C. 1013 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), primo firmatario on. Gardini; C. 1066 («Tutela del diritto all'oblio delle persone guarite da patologie oncologiche»), ad iniziativa del CNEL e C. 1182 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), primo firmatario, on. Panizzut; C. 1200 (con la stessa titolazione della precedente), primo firmatario, on. Zanella.
Nella seduta del 3 aprile 2023 la XII Commissione della Camera ha avviato l'esame, in sede referente, della proposta C. 413, alla quale sono state successivamente abbinate quelle sullo stesso tema (C. nn. 249, 690, 744, 885, 959, 1013,1066, 1182 e 1200). Nella seduta del 28 giugno è stato adottato dalla commissione come testo base il testo unificato elaborato dalle relatrici (Boschi e Marrocco). Approvato dalla Camera dei Deputati e trasmesso al Senato è diventato il testo S.851 (che ha assorbito i testi S.113, S.231, S.682, S.772, S.849) – vedi il dossier breve in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01394472.pdf – poi divenuto la legge 193/2023>.

della scarsa capacità dei *conditores* di questi ultimi anni di saper realizzare un *drafting* normativo attento e preciso.
Senza poter indugiare troppo, seguono unicamente alcune *spigolature*.
Il diritto all'oblio oncologico viene "connesso" ad una serie di disposizioni nazionali e sovranazionali. Mentre i rinvii alla nostra Carta costituzionale appaiono rilevanti (e corretti) non si vede che cosa aggiungano le norme della Carta fondamentale dell'Unione europea e le previsioni della Convenzione sui diritti dell'uomo (della quale, peraltro, si ricorda anche la legge che l'ha resa esecutiva nel nostro paese). Appare evidente che le "aperture" – previste dalla Costituzione verso norme di altri contesti sovranazionali non aveva bisogno affatto di esplicita menzione, come del resto non serve affatto richiamare le disposizioni dell'Unione europea che trovano applicazione in virtù della "cessione" di parte della sovranità avvenuta con l'adesione a tale ordinamento. Le "citazioni" – a nostro avviso – hanno, per un verso, una valenza "segnaletica", ossia fanno presente che la tematica è di interesse sovranazionale (si riferisce all'uomo, *tout court*, prima che al cittadino di questo o quel paese)[6]. Per un altro verso, se ne intravede il "memento" ai giudici, affinché nella loro funzione di interpretazione delle disposizioni nazionali tengano presenti anche le evoluzioni di altri plessi normativi. Se quanto detto ha una minima capacità attrattiva – quanto ad argomenti a favore – sembra molto arduo trovare una qualche motivazione sensata in grado di giustificare la citazione di un documento di *soft law*, quale è la Comunicazione della Commissione contenente il Piano europeo di lotta contro il cancro.
Tali Comunicazioni, infatti, hanno una risibile portata normativa e si caratterizzano, per lo più, quali documenti di "indirizzo" in vista di convergenze politiche atte poi a fungere da presupposti per l'iniziativa legislativa da parte degli organi europei[7]. In questa dimensione, quando i "manifesti" diverranno, per l'appunto, norme di diritto europeo, entreranno – con i tempi e le modalità legate alla tipologia propria dei singoli atti normativi – a far parte del nostro ordinamento. L'indicazione è quindi del tutto inutile e non foriera di alcuno sviluppo.
Il diritto all'oblio oncologico, nell'ambito ove viene considerato dalla legge[8], assume una serie di "locuzioni" che caratterizzano una persona fisica che poteva semplicemente essere indicata come "interessato", segnando così un evidente rapporto con la disciplina in tema di trattamento di dati personali. Abbiamo, invece, le "persone guarite da patologie oncologiche", il "contraente", la "persona fisica contraente" (come se possa esistere la persona giuridica guarita da patologia oncologica!), la "controparte", il "richiedente" (nell'adozione) e, infine, la "persona che sia stata affetta da una patologia oncologica". Laddove si introduca una nuova disposizione nella trama di altra legge (come nel caso dell'adozione), la coerenza terminologica è necessaria ma, all'interno della stessa legge, soprattutto se costituita – si diceva più sopra – di pochi articoli, un tale caos sulla "denominazione" del beneficiario non rende affatto un buon servizio creando anche qualche malinteso.
Lasciando da parte la faccenda della persona *fisica*, già evidenziato, una "persona che sia stata affetta da una patologia oncologica" corrisponde esattamente ad una persona "guarita da patologie oncologiche"? Se la risposta – come crediamo – debba essere positiva, non si comprende perché utilizzare locuzioni differenti. Altra questione è, infatti, la persona "affetta" (attualmente) dalla patologia, che non può rivendicare il diritto di oblio.
Tale diritto di oblio è caratterizzato da una specifica tempistica che consiste nel divieto (e non utilizzo lecito) di informazioni "relative allo stato di salute della persona fisica contraente concernenti patologie oncologiche da cui la stessa sia stata precedentemente affetta e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni alla data della richiesta. Tale periodo è ridotto della metà nel caso in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età". Questo, che è il *regime ordinario*, andava menzionato una sola volta, nell'ambito dell'art. 1, comma 2 e non ripetuto – identico – per ognuna delle disposizioni in cui tale diritto può essere rivendicato.
L'art. 4, come illustrato in sintesi, concerne l'"accesso alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale"[9]. Questo articolo dice meno di quanto potrebbe, racchiudendo in una espressione "procedure concorsuali e selettive" situazioni diverse che, in prima battuta, lasciano presagire una dimensione "pubblica" e, secondariamente, l'ambito soggettivo riferito al lavoratore subordinato. La spiegazione è che si sia voluto esplicitare che qualsiasi sia la forma di "arruolamento" del lavoratore, opera il diritto di oblio oncologico, il che non pare dubbio. Così come, dalla *ratio* complessiva della legge, si può ricavare che tale diritto – nel mondo del lavoro – sia applicabile anche ai lavoratori c.d. "parasubordinati" ed anche all'impiego di competenze professionali che fuoriescono dai canoni della subordinazione. Tale diritto, sebbene sembri riferito ai soli momenti di assunzione (e poi di formazione), in realtà non può non riguardare tutte le fasi della vita lavorativa, a cominciare

[6] MEZZANOTTE, *Brevi note in tema di diritto ad essere "medicalmente" dimenticato: il caso del diritto all'oblio oncologico*, in *Consulta online*, 21 giugno 2023, p. 486 ss. Vale la pena di ricordare che, nell'ambito dell'Unione europea, alcuni paesi (Francia, Lussemburgo, Olanda, Belgio e Portogallo), hanno già approvato disposizioni di legge che tutelano l'oblio oncologico. Sul tema BITETTO, *La nuova legge sul diritto all'oblio oncologico alla luce dell'esperienza europea*, in *Equal – Rivista di Diritto Antidiscriminatorio*, 2024, nn. 3-4, 299 ss. (anche in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2024/09/2_Bitetto.pdf>); FACCIOLI, *Il diritto all'oblio oncologico nella l. n. 193/2023: la via italiana alla tutela giuridica dei* cancer survivors, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2024, 75 ss.

[7] Semmai andava citata, se del caso, la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2022 su rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata ((2020/2267(INI)). Vedila in <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0038_IT.html>. Per un cenno alle questioni in sede comunitaria v. CAMPAGNA, *Il diritto all'oblio oncologico ed il diritto all'oblio nel regolamento privacy dell'UE: assonanze e dissonanze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 5, 1167 ss., spec. 1169 ss.

[8] Questo diritto, infatti, non ha valenza generale ma si applica unicamente nei casi previsti dalla legge n. 193/2023, così come la sua stessa definizione.

[9] PERUZZI, *Oblio oncologico e tutela della persona che lavora*, in FACCIOLI (a cura di), *Il diritto all'oblio oncologico*, cit., 71 ss.

da quelle che precedono la "selezione" (es. l'invio di curricula anche se non sia stata avviata alcuna ricerca di personale), alle fasi intermedie (promozioni "interne", precedute da concorsi o selezioni) ed a ogni posizione in cui si trovi il lavoratore rispetto al datore di lavoro (permessi, aspettative, agevolazioni, etc.). Il riferimento alla formazione appare dunque connesso con quella formazione prodromica alle progressioni di carriera/stipendiali o, comunque, all'assunzione di incarichi interni[10].

La norma parla di "indagini" effettuate dal datore di lavoro (o da chi per lui, come le apposite società che svolgono queste funzioni), cioè in una prospettazione "attiva", ma non affronta la situazione in cui le informazioni sullo "stato di salute" siano state palesate ad opera del "candidato" stesso o di terzi. In questo frangente, non par dubbio che – seppur conosciute[11] – non possano essere utilizzate in termini discriminatori, ovvero vadano cancellate una volta verificatesi le condizioni dell'oblio oncologico, senza – a nostro avviso – che debba esserci una necessaria richiesta da parte dell'interessato, posto che "legalmente" il soggetto è "guarito" e, pertanto, il trattamento dei dati – secondo l'*accountability* – riguarderebbe un dato personale particolare del quale è presumibile l'inesattezza.

Più volte si è posto l'accento sui pochi articoli che compongono la legge 193/2023 che, però, sono disseminati di disposizioni attuative, alcune delle quali (si pensi a quelle sulla modulistica) francamente ridondanti, come quella circa l'apposita certificazione. L'unica veramente condivisibile risulta essere la previsione, di cui all'art. 5, comma 2, mediante cui si demanda ad un decreto del Ministro della salute, la definizione dell'elenco delle eventuali patologie oncologiche per le quali si applicano termini inferiori rispetto a quelli ordinariamente previsti.

Infine, una norma consistente nella prescrizione, diretta al Garante privacy, di "vigila(re) sull'applicazione delle disposizioni di cui alla presente legge" (art. 5, comma 4). Trattandosi di questioni che afferiscono a dati personali (particolari) la vigilanza da parte del Garante rientra nella sua ragione "costitutiva", né si può seriamente sostenere che l'oblio oncologico riguardi la tutela di un dato personale più particolare, per esempio, dei dati di appartenenza politica, sindacale, cioè di quelli elencati all'art. 9, par. 1, del GDPR. Se si volesse dare un senso "operativo" a tale disposizione occorrerebbe, allora, prospettare in capo al Garante una sorta di obbligo di "attivazione", ossia, ad esempio, l'approvazione di un provvedimento attraverso il quale definire le modalità con le quali effettuare una vigilanza circa l'attuazione ed il rispetto della legge[12].

Riteniamo che questa sia una lettura "utile" della disposizione, benché non vi siano, nel testo, elementi sufficienti per essere certi della bontà di questa tesi. In questa direzione, al contrario, militano informazioni tratte dalla volontà esplicitata in altre proposte di legge sul tema, laddove prevedevano la costituzione di un "*Garante per la tutela dei diritti delle persone guarite da patologie oncologiche*", o, in alternativa, della "*Consulta per la parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche*", la cui funzione, tra le altre, si sarebbe, poi, sostanziata nella produzione di raccomandazioni al Ministero della Salute, inerenti una lista di patologie per le quali possono variare i termini e i requisiti terapeutici, rispetto a quelli ordinari. Il forte collegamento tra il diritto di oblio oncologico con la disciplina in materia di protezione dei dati personali si è "condensato" nel richiamo all'Autorità già competente in materia, senza – però – che detto "riconoscimento" sposti, più di tanto, i termini della questione[13].

Un'altra possibile lettura – anch'essa non provabile – conduce ad attribuire alla previsione in commento la sostanziale valenza di un "warning". L'"attenzione" riguarda coloro che sono tenuti al rispetto della disciplina, negli ambiti indicati, che sono edotti della richiamata vigilanza del Garante e, al contempo, fa presente agli interessati che la loro condizione li pone di un'area "privilegiata" in sede di reclamo, poiché una apposita legge "qualifica" il loro diritto rispetto a dati personali *maggiormente* particolari, di quelli sanitari nel cui ambito rientrano[14].

3. Il diritto di oblio: dall'universale al particolare

La pervasività del "controllo" sulle informazioni – sul quale non vale la pena neppure di perdere un attimo – ha assunto una portata decisamente preoccupante nel momento in cui appare evidente che l'infosfera non dimentica nulla. Ogni informazione è dunque destinata ad essere *ever present* nella vita dei soggetti alle quali pertengono, indipendentemente dagli inevitabili mutamenti che, nel tempo, possono cambiare ogni elemento di detti soggetti, sia dal punto di vista fisico e fisiologico che rispetto a tutti gli altri "attributi" che lo accompagnano[15].

La "verità" su una persona diventa "relativa" ad un dato contesto storico e di valutazione soggettiva. L'interesse pubblico alla conoscibilità di detta "verità" trova quindi dei limiti

---

[10] Per un quadro più ampio – anche con riferimento al D.Lgs. n. 81/2008 – FERRARESI, *Il diritto all'oblio oncologico nell'accesso alle procedure concorsuali selettive, al lavoro e alla formazione professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 5, 1125 ss.

[11] ORLANDO, *Consenso al trattamento e liceità*, in ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, Firenze, 2024, 39 ss., spec. 60 s.

[12] Il Garante ha pubblicato solo alcune FAQ in materia v. <https://www.gpdp.it/web/guest/temi/sanita-e-ricerca-scientifica/oblio-oncologico>.

[13] Per le clausole commerciali scorrette permane la competenza dell'AGCM, senza bisogno di menzionarla.

[14] Ad avviso di CAMPAGNA (*Il diritto all'oblio oncologico ed il diritto all'oblio nel regolamento privacy dell'UE: assonanze e dissonanze*, cit., 1185 s.), "La soluzione adottata dalla l. 7 dicembre 2023, n. 193 risulta aver eccessivamente valorizzato del diritto all'oblio oncologico la componente (molto ridotta) collegata alla protezione dei dati personali, e al controllo sulla circolazione dei dati *tout court*". (…) "La vigilanza del Garante privacy, in prospettiva, potrebbe infatti risultare poco efficace". (…) "A fronte di un intervento normativo di indubbio valore, che si colloca pienamente nel disegno costituzionale, la scelta per un organo di vigilanza ad hoc, rappresentativo – anche nella sua composizione – della complessità dell'attuale concetto di guarigione, avrebbe potuto offrire un più elevato livello di garanzie agli ex pazienti oncologici".

[15] SORO, *Oblio, identità, memoria*, in *Rivista Diritto di Internet*, 2019, 1, 3 ss.; CLARIZIA, *Il significato di persona, ai tempi di internet*, in *Rivista Diritto di Internet*, 2020, 1, 3 ss.; MUSIO, *Il diritto a essere se stessi sul web* (in nota a Trib. Roma, 9 febbraio 2021, n. 2297), in *Rivista Diritto di Internet*, 2021, 4, 695 ss.

rispetto alla salvaguardia di aspetti concernenti una determinata persona fisica[16], proprio in relazione con la non coincidenza con la vita "attuale" dell'interessato che non è meno vera di quanto lo sia quella precedente[17].
Nella disputa tra la "*verità della storia e l'identità attuale*"[18], come si dirà anche per quello oncologico, emerge il diritto all'oblio[19].
In questo scenario, dunque, si afferma la crescente consapevolezza che il c.d. *right to privacy* si compone essenzialmente di tre caratterizzazioni, il diritto al rispetto dell'identità personale, il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali, collocati in una visione più ampia, finalizzata alla tutela delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in termini molto diversi rispetto a quanto sancito dalla passata Direttiva UE 95/46, improntata all'unica e più stringente garanzia dell'interessato[20].
Innegabilmente, però, il diritto alla privacy non rappresenta una prerogativa assoluta[21], quanto, piuttosto, necessita di idonee esigenze di bilanciamento, in presenza di diritti e tutele coesistenti (prima fra tutte il diritto dei titolari a trattare dati personali). Appare pacifico rilevare, altresì, come il diritto all'oblio, calato nel contesto della vorticosa società tecnologica, sia stato magnetizzato dall'evoluzione digitale e dalla dilagante iperattività del *web*, che impattano anche sullo stesso bilanciamento, ridefinendo, a titolo esemplificativo, il confine tra diritto all'informazione e diritto all'oblio[22]. Il ricorso ad algoritmi e sistemi di Intelligenza artificiale e le relative implicazioni in termini di etica e protezione dei dati personali evidenziano un interesse pubblicistico alla conformità dei trattamenti rispetto al GDPR che permea, di concerto con l'attività istituzionale svolta dalle Autorità di controllo, parte del sistema di *governance* della società digitale[23].
Cosicché, l'accrescimento del predominio della memoria digitale ha contribuito a determinare un costante mutamento delle peculiarità del diritto all'oblio che, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale[24], dal primordiale *right to be forgotten* si è evoluto in diritto alla deindicizzazione[25].
Pertanto, anche in riferimento al diritto all'oblio oncologico, è proprio sul terreno dei diritti digitali che si configura la partita circa la fattibilità di un raffronto tra le norme costituzionali nazionali e le disposizioni di derivazione europea[26]. Quanto all'esercizio dei diritti esercitabili dall'interessato e, più in particolare, del diritto che qui interessa, il legislatore europeo, all'art. 17 del GDPR – di cui la specificazione della rubrica malamente riferita al "diritto all'oblio"[27] - impone l'obbligo, in capo al titolare del trattamento, al ricorrere di determinate circostanze, di provvedere alla cancellazione dei dati che

---

[16] Cass. 24 novembre 2022, n. 34658, in *Dir. Giust.,* 25 novembre 2022, con nota redazionale di ALAGNA, *Google e il diritto all'oblio: il Garante Privacy può ordinare la deindicizzazione anche sulle versioni Extraeuropee*.

[17] Per una ricostruzione dei termini generali v. CANDIDO, *Il diritto all'oblio oncologico nel prisma dei diritti della personalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 5, 1146 ss.; RENDA, *Il diritto all'oblio oncologico e l'adozione*, ivi, 1085 ss., in particolare i primi due paragrafi.

[18] RIVERA, *Il silenzio della memoria: la tutela del diritto all'oblio dalla sentenza Google Spain al Regolamento UE 2016/679*, in *Ciberspazio e dir*., 2018, 77 ss.

[19] D'ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *Federalismi.it*, 2014, 1 ss.; DE GRAZIA, *La libertà di stampa e il diritto all'oblio nei casi di diffusione di articoli attraverso Internet: argomenti comparativi*, in *Rivista Aic*, 2013, n. 4, 1 ss.; DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno resp*., 2014, p. 1101 ss.; FROSINI, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in *Dir. inf. inform.*, 2014, n. 4-5, 563 ss.; FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in NISTICÒ - PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, 57 ss.

[20] D. MESSINA*, Un diritto all'oblio "racchiuso" all'interno dei confini europei: alla ricerca di un bilanciamento multilivello dei diritti confliggenti nell'era digitale*, in *Dir. Pubb. Eur. Rass. Online*, 2020, 1.

[21] Il Considerando 4 al Reg. UE 2016/679, così recita: "[…] Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. […]"

[22] PARDOLESI - SCARPELLINO, *Sulle stratificazioni del diritto all'oblio: quando si e come* (in commento a Cass. 27 marzo 2020, n. 7559), in *Rivista Diritto di Internet*, 2020, 3, 454 ss.; POLETTI - CASAROSA, *Il diritto all'oblio (anzi, i diritti all'oblio) secondo le Sezioni Unite* (in nota a Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681), in *Rivista Diritto di Internet*, 2019, 4, 724 ss.; DI CIOMMO, *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza su quando il diritto di cronaca prevale sul diritto all'oblio* (commento a Cass., ord., 5 novembre 2018, n. 28048), in *Rivista Diritto di Internet*, 2019, 1, 95 ss.

[23] SAMMARCO, *Diritto all'oblio e cancellazione delle copie cache del motore di ricerca*, in *Dir. inf. e inform.*, 2022, 2, 370 ss.; DELLA GIUSTINA - DE GIOIA CARABELLESE, *L'effettività del diritto alla protezione dei dati personali (diritto all'oblio) nel mondo digitale*, in *Rivista Diritto di Internet*, 2021, 4, 601 ss.

[24] Cass., 1° marzo 2023, n. 6116, dove viene rimarcato che *"[…] la persistenza nel sito web di una testata giornalistica della risalente notizia del coinvolgimento di un soggetto in un procedimento penale, pubblicata nell'esercizio legittimo del diritto di cronaca, ma non aggiornata con i dati relativi all'esito di tale procedimento, non integra, di per sé, un illecito idoneo a generare una pretesa risarcitoria; tuttavia, il soggetto cui la notizia si riferisce ha diritto ad attivarsi per chiederne l'aggiornamento o la rimozione, con la conseguenza che l'ingiustificato rifiuto o ritardo da parte del titolare del sito è idoneo a comportare il risarcimento del danno patito successivamente alla richiesta (fermo l'onere di allegazione e prova del pregiudizio da parte dell'interessato) […]*".

[25] FERRARA - ROTA, *Le pubbliche amministrazioni e il diritto all'oblio*, in *Amministrativ@mente*, 2023, 2, 455 ss. Sulla questione cfr. MORENA, *Diritto all'oblio e cancellazione dei dati: i limiti del diritto di deindicizzazione* (in nota a Cass., ord., 6 luglio 2022, n. 21415 e Cass., 8 febbraio 2022, n. 3952*),* in *Rivista Diritto di Internet*, 2022, 4, 724 ss.; MORENA, *La deindicizzazione: il bilanciamento tra il diritto all'oblio e il diritto di cronaca* (in nota a Trib. Milano,14 aprile 2020, n. 1416)*,* in *Rivista Diritto di Internet*, 2021, 1, 129 ss.*;* ASTONE*, Right to be forgotten online* e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca (in nota a Corte giust. UE, sentt. 24 settembre 2019, causa C - 507/17 e 24 settembre 2019, causa C - 136/17)*,* in *Rivista Diritto di Internet*, 2020, 1, 28 ss.

[26] STANZIONE, *Libertà di espressione e diritto alla privacy nel dialogo delle corti. Il caso del diritto all'oblio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 3, 991 ss.

[27] L'art. 17 del GDPR, tuttavia, non qualifica affatto, né regolamenta il "diritto all'oblio" che finisce per essere *assorbito* dal diritto alla cancellazione. Sulla questione v., per tutti, DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali*, in *Foro it.*, 2017, V, 9 ss.; DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in *Corriere giur.*, *Gli Speciali*, 2018, 16 ss.

riguardano le persone fisiche, a cui si collega lo speculare ulteriore obbligo di provvedervi "*senza ingiustificato ritardo*"[28]. In tale direzione si è mosso, storicamente, l'*Article 29 Working Group* che ha diramato le prime concrete indicazioni per l'esecuzione della più che nota sentenza sul caso *Google Spain*[29], analizzando la (allora) portata innovativa del diritto alla de-indicizzazione, l'iter da avviare per il suo esercizio, nonché il *test* di bilanciamento degli interessi coinvolti[30]. Ad ogni modo, i diritti della personalità divengono preminenti rispetto agli interessi economici del motore di ricerca, nonché sui diritti di soggetti terzi che, mediante la navigazione sul *web* (*internet)*, chiedono l'accesso alle informazioni personali attraverso l'interrogazione del motore di ricerca, modulata sul nome della persona interessata. Peraltro, vale la pena di notare che, accanto agli interessi economici in gioco (in primis quelli delle imprese che gestiscono i motori di ricerca) insistono altri tre diritti considerati fondamentali dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, più precisamente, la libertà di informazione, la libertà di espressione e la libertà di impresa[31].

In ordine alla amplissima materia del diritto all'oblio, è bene riprendere solo alcuni degli interventi giurisprudenziali, per meglio inquadrare il tema. A tal riguardo, si segnala, tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale sulla possibilità di rimuovere, per gli interessati colpiti da contravvenzione e correlata ammenda, le relative iscrizioni nel Casellario giudiziale[32]. La Consulta, analizzando le contrapposte esigenze, del *right to be forgotten* e della memoria dei reati (infrazioni penali di lieve entità), ha propeso per il riconoscimento del diritto all'oblio[33].

Ancora, la Corte Costituzionale ha analizzato il tema dell'oblio, in merito al diritto dell'adottato a ricercare i propri genitori biologici[34], qualora non vi sia stato un espresso diniego di questi ultimi[35], così come, in materia di prescrizione dei reati colposi, lì dove al legislatore è fatta salva la possibilità di considerare, nell'ambito della propria discrezionalità, che, in rapporto a determinati delitti colposi, le preclusioni all'esercizio del diritto all'oblio[36] seguano le medesime logiche dei reati dolosi, motivando, in merito, l'inquadramento di entrambi ad un identico termine prescrizionale[37].

Uno spartiacque è stato evidentemente la già richiamata decisione *Google Spain*, laddove la Corte di giustizia ha affermato che il lavoro dei motori di ricerca si sostanzia nel favorire il reperimento di informazioni diffuse da terzi in rete, nell'indicizzazione e memorizzazione del predetto patrimonio informativo, nonché nel garantire la disponibilità dei dati agli *users*, in un definito ordine di preferenza. Tale trattamento di dati personali, riveste, pertanto, carattere distinto e ulteriore rispetto all'attività svolta da editori di siti *web* e, nel caso in cui incida "*in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali*", il gestore del motore di ricerca è tenuto a rispettare le prescrizioni dettate dalla disciplina privacy rilevante ed è, dunque, responsabile dell'indicizzazione di tale pagina tramite *link* presenti nell'elenco dei risultati che compaiono all'esito di una ricerca.

Al netto della *querelle* sulla rimozione degli *URL* nelle versioni extraeuropee del motore di ricerca[38], la Corte di cassazione, di recente ha stabilito che il gestore debba ponderare le circostanze evincibili, "*la natura e la gravità dell'infrazione di cui trattasi, lo svolgimento e l'esito della procedura, il tempo trascorso, il ruolo rivestito nella vita pubblica dalla persona interessata dal procedimento penale, l'interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma della pubblicazione, nonché le sue ripercussioni sulla persona cui si riferiscono i dati pubblicati*" [39].

Alla definizione del diritto all'oblio, nel contesto giuridico nazionale, oltre alla fiorente attività giurisdizionale, non si può

---

[28] Per una ricostruzione v. CAMPAGNA, *Il diritto all'oblio oncologico ed il diritto all'oblio nel regolamento privacy dell'UE: assonanze e dissonanze*, cit., 1173 ss.

[29] Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines On The Implementation Of The Court Of Justice Of The European Union Judgment On "Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (Aepd) And Mario Costeja González",* C-131/12, WP 225, Adopted on 26 November 2014, in <http://ec.europa.eu>*;* Corte giust. UE, Grande Sez., 13 maggio 2014*,* nella causa *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González.* Per un ampio panorama di commenti v. RESTA - ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Università di Roma-Tre, Roma, 2015.

[30] MARTÍNEZ CALVO, *La responsabilità civile dei motori di ricerca per la violazione del diritto all'oblio nel diritto spagnolo ed europeo*, 18 *Actual Jur. Iberoamericana*, 2, 976-991 (2023); SPATARO, *Il diritto all'oblio tra definizione sostanziale e rimedi di tutela: riflessioni alla luce della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di deindicizzazione*, in *Dir. cost.*, 2023, 1, 113 ss.

[31] POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inf. e inform.*, 2014, nn. 4-5, 569 ss.

[32] Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 287. In merito, ALLEGREZZA, *Gli archivi di persona tra consultabilità, privacy e diritto all'oblio*, in AA.VV., *Rodolfo Pallucchini: storie, archivi, prospettive critiche*, a cura di C. Lorenzini, Udine, 2019, 417 ss.

[33] SORRENTINO, *La tutela del diritto all'oblio con riferimento all'attività parlamentare*, in *Federalismi.it*, 2021, 16, 191 ss.

[34] Corte cost., 22 novembre 2013 n. 278, riguardante l'accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biologica.

[35] Nella precedente sentenza (25 novembre 2005, n. 425), la Corte affermò che la finalità della norma fosse quella di assicurare, da un lato, che il parto avvenisse nelle condizioni ottimali tanto per la madre che per il figlio, e, dall'altro lato, di «*distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi*». L'irrevocabilità degli effetti della scelta dell'anonimato della madre venne argomentata secondo una logica di rafforzamento dei corrispondenti obiettivi, escludendo che la decisione per l'anonimato potesse comportare, per la madre, «*il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta del figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà*».

[36] Garante per la protezione dei dati personali, Provv. 17 maggio 2023, n. 204 [doc. web n. 9903127]. L'Autorità ha ricordato che «*non si può procedere alla deindicizzazione di informazioni recenti quando a prevalere è l'interesse generale alla reperibilità delle notizie a causa della gravità delle condotte poste in essere dall'interessato*».

[37] Corte cost., ord. 9 maggio 2019, n. 110, in tema di reati e pene, reato di crollo colposo di cui all'art. 449 codice penale, in relazione all'art. 434 codice penale, raddoppio dei termini di prescrizione.

[38] Trib. Milano, Sez. lav., 9 giugno 2021, n. 1106 ha limitato l'ordine di rimozione degli URL sulle sole versioni nazionali del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri dell'Unione Europea.

[39] Cass., 15 novembre 2022, n. 34658. PERON, *Sul diritto all'oblio e obblighi di deindicizzazione globale*, in *MediaLaws*, 2023, 1, 282 ss.

tacere il fondamentale contributo offerto dal Garante per la protezione dei dati personali[40], il quale, con atti di indirizzo *ad hoc* nelle diverse materie interessate dal diritto in parola, vieppiù con l'emanazione di Provvedimenti, *ratione materiae*, ha fissato le fondamenta del "*diritto di uscita*"[41], quando ancora non erano affiorate le pretese di un uso razionale della tecnologia.

Il Garante ha evidenziato come "*il diritto alla riservatezza debba essere ritenuto sempre primario rispetto al pur doveroso esercizio del diritto di informazione*"[42], riscontrando che, oltre al diritto all'aggiornamento dei dati personali (a seguito della conclusione di un processo o della conclusione delle indagini preliminari dell'imputato, ove questo fosse assolto dalle accuse a suo carico), il titolare del trattamento deve attuare il principio di minimizzazione dell'informazione personale, oscurando, a titolo esemplificativo, il nominativo del cittadino o almeno indicandolo in modo che non possa essere identificato[43]. Tali tecniche, oggi, sono riprese nel concetto più ampio di "minimizzazione del trattamento", affermato dal Reg. UE 2016/679[44].

4. Il diritto all'oblio oncologico

Il diritto all'oblio si arricchisce di una ulteriore connotazione, quando le "notizie" riguardano un particolare stato della salute di una persona. Lo "stato" è quello di persona *considerata* guarita da una patologia oncologica quando subentrano alcuni fattori: la positività delle cure ed il decorso di un dato periodo che è computato sulla base del protocollo medico impiegato per le cure (c.d. *follow up*)[45].

Nella risoluzione del 16 febbraio 2022 su "*Rafforzare l'Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata*", il Parlamento europeo, nella sezione rubricata "*Forte sostegno ai pazienti oncologici, ai sopravvissuti alla malattia e ai prestatori di assistenza*", ha esortato tutti gli Stati membri, affinché, entro il 2025, "*garantiscano il diritto all'oblio a tutti i pazienti europei dopo dieci anni dalla fine del trattamento e fino a cinque anni dopo la fine del trattamento per i pazienti per i quali la diagnosi è stata formulata prima dei 18 anni di età*».

Le patologie, ancor più se clinicamente superate, non possono essere causa di disparità di trattamento, ragion per cui il diritto all'oblio oncologico rappresenta una condizione essenziale e il suo riconoscimento normativo non poteva essere ulteriormente rinviato.

Più precisamente, il diritto all'oblio oncologico si sostanzia nel riconoscimento del diritto soggettivo, in forza del quale alle persone guarite da una patologia oncologica è fatta salva la facoltà di preservare e non ostendere il proprio patrimonio informativo, riferito al pregresso percorso di cura. Contingenze nelle quali, sino ad oggi, tali informazioni, nell'ambito dell'instaurazione di rapporti commerciali e sociali, sono state oggetto di trattamento[46].

Il *praesidium* della riservatezza, invocato altresì dal Garante per la protezione dati per il diritto in commento[47], nonché l'esigenza dell'interessato a che informazioni riferite al proprio stato di salute non siano note a terzi, sollecita, per coloro i quali hanno superato le diverse manifestazioni di neoplasie, l'affermazione di un quadro di garanzie per la sfera umana, valorizzata sotto il profilo psicologico, etico e giuridico.

Al netto del dettaglio del disegno normativo, per comprendere la portata della proposta di legge, preme tracciare i punti essenziali della medesima, cristallizzati, essenzialmente, nel divieto di discriminare, sulla base della condizione di oramai *ex* assistito oncologico, il consumatore (o l'interessato, lato privacy), e nell'impossibilità di trattare, per i titolari del trattamento, informazioni pregresse rapportate allo stato di salute del *data subject*, nell'alveo delle procedure di accesso ai servizi bancari, finanziari e assicurativi, nelle attività istruttorie relative alla valutazione delle domande di adozione di minori, e nel contesto lavorativo, evitando, così, di frapporre vincoli sia all'accesso al lavoro (nell'ambito delle apposite procedure) sia alla piena realizzazione professionale del lavoratore.

Ci troviamo in un territorio in cui l'oblio (oncologico) – nonostante tutti i capisaldi costituzionali implicati – è

---

[40] CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *MediaLaws*, 2018, 1, 131 ss.

[41] Così si esprimeva Stefano Rodotà, nel Discorso del Presidente, durante la presentazione della relazione sull'attività del Garante per la protezione dei dati personali nel 2004, Roma, 9 febbraio 2005 (in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1093776>).

[42] Garante, comunicazione del 16 aprile 2019.

[43] Cass., 20 febbraio 2023, n. 6806. La Corte ha statuito che «*in tema di trattamento dei dati personali e di diritto all'oblio, anche nel regime precedente al Regolamento UE 27.4.2016 n. 679 (GDPR), applicabile ratione temporis, il gestore di un sito web non è tenuto a provvedere, a seconda dei casi, alla cancellazione, alla deindicizzazione o all'aggiornamento di un articolo di stampa, a suo tempo legittimamente pubblicato, ancorché relativo a fatti risalenti nel tempo, in difetto di richiesta dell'interessato che è la sola a far scaturire in capo al gestore l'obbligo di provvedere senza indugio*».

[44] A tal proposito, il Garante, con Provv. 17 maggio 2023, n. 204 [doc. web n. 9903127], ha ribadito, altresì, la propria posizione, affermando che non è esercitabile il diritto all'oblio "*per chi si è macchiato di reati gravi e la cui vicenda giudiziaria si sia da poco conclusa e sia ancora di interesse pubblico*". La vicenda attiene una richiesta di deindicizzazione di articoli recenti, presentata da un uomo condannato a due anni di reclusione per detenzione di materiale pubblicato da Al-Qaida, che aveva scontato la sua pena. L'Autorità ha rimarcato come non si possa procedere "[…] *alla deindicizzazione di informazioni recenti quando a prevalere è l'interesse generale alla reperibilità delle notizie a causa della gravità delle condotte poste in essere dall'interessato* […]".

[45] Per considerazioni più ampie v. LORÉ, *L'oblio oncologico, "figlio" del diritto all'oblio: verso una definitiva affermazione?*, in *Gazz. giuridica*, 2023, 4, 522 ss.

[46] PARDOLESI - DI CIOMMO, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, 2012, 7, 701 ss.

[47] Così Guido Scorza, Componente del Garante: "[…] *L'Italia, però, è il Paese nel quale si tende a considerare lecito, se nell'interesse del più forte, tutto quello che non è espressamente vietato e, allora, forse è utile fare il tifo per quei disegni di legge che hanno da poco iniziato la loro corsa in Parlamento, attraverso i quali si mira a mettere definitivamente nero su bianco il c.d. diritto all'oblio oncologico, ovvero il diritto a che la società si dimentichi dei tumori sconfitti e garantisca alle persone che li hanno superati il diritto a una vita normale per davvero* […]". Dichiarazione rinvenibile al seguente link: *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9889505*

fortemente ancorato ai presidi normativi in materia di protezione dei dati personali ed alle modalità attraverso le quali tali garanzie operano in concreto[48].

In particolare, il principio di *accountability*, in sintesi, è ben radicato su una concezione differente di *data protection*, non più focalizzata sulla previsione di stringenti prescrizioni normative, bensì sulla responsabilizzazione del *data controller*, cui è affidato il compito di tutelare i dati personali delle persone fisiche. Nella società dell'*information technology*, il concetto di *privacy* è stato caratterizzato da una profonda trasformazione, dalla cui connotazione non viene riconosciuta la sola tutela della sfera privata, piuttosto viene tracciato un nuovo perimetro di garanzie per l'esercizio dei diritti sui (propri) dati personali, funzionale a sancire il pieno riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Più precisamente, in forza del Considerando 4 del GDPR[49], si rimarca come il trattamento delle informazioni di carattere personale deve essere necessariamente al servizio dell'uomo, dovendosi considerare il diritto alla protezione dati alla luce della sua funzione sociale. Emerge, chiaramente, come tale assunto del legislatore europeo disegni il punto di approdo di una attenta riflessione in ordine al processo di maturazione del diritto alla protezione dei dati personali, marcato dal valore economico attribuito al dato personale, specie in determinati settori come quello sanitario.

Appare, dunque, ancor più opportuno allineare la "*funzione sociale a cui assurge il dato personale con il principio del rispetto della dignità umana*"[50]. Così facendo, il diritto alla protezione dei dati personali rimane, infatti, strettamente legato al *right to be let alone* e ai diritti correlati al rispetto della dignità e dell'identità personale, realizzando, assieme ad essi, il "*limite invalicabile di un trattamento di dati*"[51].

Il diritto all'oblio oncologico, evidentemente, rappresenta una sottosezione del più ampio *right to privacy*[52]. Un diritto di natura costituzionale, fondamentale, che oggi si traduce nel potere, attribuito agli interessati, di disporre quale "*parte di sé, sotto forma di informazioni*", *far conoscere agli altri, decidendo altresì chi debbano essere i destinatari, per quali fini e con quali modalità e limiti*" [53]. Dunque, si consolida il diritto all'autodeterminazione e alla libertà di scegliere, ancor più in presenza di categorie particolari di dati personali (il cui divieto di trattamento, nonostante le eccezioni, è fissato dall'art. 9 del GDPR), senza alcuna forma di condizionamento, quale più idonea logica sia utile ad edificare la propria identità, attenuando il rischio di essere valutati in assenza di un idoneo presupposto giuridico.

Ragion per cui, il diritto individuale in commento, si sostanzia nella possibilità di mantenere l'autodeterminazione in ordine al rilascio di propri frammenti di vita (e percorsi di cura), di accordare che soggetti terzi utilizzino le informazioni, conformemente alla volontà dell'interessato, di assicurare il diritto all'opposizione per i trattamenti indesiderati, di garantire la cancellazione delle proprie "tracce", ritenute non rispondenti rispetto all'attuale rappresentazione di sé, di sottrarre dati che hanno perso la propria essenza, con il trascorrere del tempo[54].

Muovendo dai dettami di cui all'art. 3 della Costituzione si sostanzia il passaggio dalla difesa del diritto alla dignità all'affermazione del diritto all'uguaglianza, considerato che, l'oblio oncologico, preordinato a coprire le esigenze di tutela della riservatezza, rappresenta, in prima approssimazione, "*uno strumento antidiscriminatorio*"[55].

Il principio di uguaglianza, da riconoscere nell'accesso ai servizi della società per gli *ex* assistiti, a sua volta connesso all'"*impianto personalista della Costituzione e al principio di solidarietà a esso sotteso*"[56], diventa così paradigma, mediante il quale equilibrare le esigenze di accesso alle informazioni degli interessati e limitare il perimetro di discrezionalità dei soggetti privati, nonché dei pubblici poteri.

In ordine al diritto all'oblio oncologico, si concretizza una specie di uguaglianza "di opportunità", mirata a collocare i soggetti, guariti da una patologia, in una condizione di ampia garanzia, nella quale poter concorrere nel mondo sociale, partendo da eguali posizioni, riconosciute a tutti i cittadini[57]. Ai soggetti considerati dalla scienza medica "guariti" si affianca un diritto che è esercitabile sulla base del riconoscimento, *ex lege*, di "*una guarigione giuridica*".

Senonché, muovendo dalle indicazioni diramate dalla Corte Costituzionale[58], deve rammentarsi che il principio di uguaglianza, applicato al diritto all'oblio oncologico, si misura mediante il vaglio di tre elementi essenziali, vale a dire la sussistenza di una "*connessione razionale*", finalizzata a valutare il "*rapporto mezzi-fini*" (*id est*, mezzi allestiti dal legislatore e fini che, quest'ultimo, intende raggiungere), la verifica della stringente necessità, utile a certificare che lo scopo del legislatore venga perseguito senza inficiare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti, nonché la proporzionalità, ossia il bilanciamento tra gli intenti prefissati

---

[48] Per una panoramica v., da ultimo, GATTI, *Oblio oncologico e disciplina sulla protezione dei dati personali a confronto. Interazioni tra la l. n. 193/2023 e il Reg. UE 679/2016 (c.d. GDPR)*, in FACCIOLI (a cura di), *Il diritto all'oblio oncologico*, cit., 84 ss.

[49] Il Considerando 4 al GDPR recita: "*Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità […]*".

[50] FILIPPI - MELCHIONNA, *I trattamenti di dati in ambito sanitario*, in BUSIA - LIGUORI - POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2016, 409 ss.

[51] FILIPPI - MELCHIONNA, *Ibidem.*

[52] *Contra*, CAMPAGNA, *Il diritto all'oblio oncologico ed il diritto all'oblio nel regolamento privacy dell'UE: assonanze e dissonanze*, cit., 1183 ss.

[53] FILIPPI - MELCHIONNA, *Ibidem.*

[54] ALLEGRI, *Dimenticare, rievocare, rappresentare: dove conduce la via dell'oblio*, in *MediaLaws*, 2022, 2, 81 ss.

[55] GIMIGLIANO, *In attesa del diritto all'oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, 4, 29 ss.

[56] PARUZZO, *La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid-19*, in *Federalismi.it*, 2023, 3, 181 ss.

[57] AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, 8, 315 ss.

[58] CORTE COSTITUZIONALE, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, Servizio Studi, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 13 maggio 2021, presieduta da Giancarlo Coraggio.

dal legislatore e i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco[59].

Traendo spunto da quanto argomentato in precedenza, il diritto all'oblio si sostanzia, originariamente, in libertà negativa, per poi mutare, con l'avvento della condivisione delle notizie su "*larga scala*", in diritto ad azioni positive, come la cancellazione, l'aggiornamento e la deindicizzazione di informazioni, operazioni spettanti al titolare del trattamento.

L'oblio oncologico, invece, si pone in una "*terra di mezzo*", poiché, tramite la sua natura oppositiva, inibisce le operazioni sulle categorie particolari di dati personali (e, più precisamente, sui dati relativi allo stato di salute), ricompresi all'art. 9 del GDPR, il cui trattamento potrebbe ostruire il varco alle facoltà cristallizzate dall'ordinamento, che, pertanto, divengono esercitabili. Il *right to be forgotten* "classico", alla luce, ancor più, delle recenti disposizioni legislative europee in materia di *privacy*[60], trova la sua massima espressione nelle pretese di tutela delle libertà fondamenti (e come tali, la tutela della dignità), dell'identità personale, della riservatezza e della protezione dati. Nel diritto in parola, invece, suole riferirsi, principalmente, al rispetto dell'identità personale, considerata in una relazione biunivoca con il principio di esattezza, secondo la quale all'interessato deve essere riconosciuto il superamento della malattia e certificato lo *status* di guarito.

Di tal che, assunto che l'oblio oncologico, sotto il profilo meramente concettuale, è concepito per rimuovere gli ostacoli riferiti a vicende che attestano uno stato di vulnerabilità cui è affetto l'*ex* assistito, deve altresì notarsi che la misura assunta dal legislatore, in una accezione più ampia, non è volta, con una azione positiva, a riequilibrare condizioni di disuguaglianza accertate[61], bensì, piuttosto, a garantire, *ex ante*, che la malattia, oramai superata, non leda le pretese di uguaglianza sostanziale dei cittadini. Se ci si pone, dunque, in tale angolo di visuale, l'oblio oncologico abbraccia le statuizioni di cui all'art. 2 della Costituzione, rispettivamente nella parte in cui si sancisce la difesa dei "*diritti inviolabili dell'uomo*", nonché in quella relativa agli inderogabili "*doveri di solidarietà economica e sociale*".

I punti di contatto dell'istituto in parola con i diritti sanciti dalla Costituzione impongono una ulteriore riflessione, con riferimento ai dettami dell'art. 32. Emerge, infatti, una relazione biunivoca intercorrente tra il diritto all'oblio oncologico e tutela della salute, nonché sulla discrasia esistente rispetto a quanto stabilito dal Parlamento europeo, che nella summenzionata Risoluzione fa riferimento al termine "pazienti", mentre il corretto richiamo è agli interessati se non medicalmente almeno "giuridicamente guariti".

Ne deriva che i parametri da considerare per misurare se un assistito sia definitivamente guarito sono molteplici e, in particolare, devono tenere conto della tipologia del tumore, del sesso e dell'età dell'assistito. A questo, si deve aggiungere che, con riferimento al percorso di guarigione e sulla base delle evidenze scientifiche, individua due termini temporali definiti solo in base all'età in cui si è ricevuta la diagnosi, ovvero cinque anni per i tumori diagnosticati prima del diciottesimo anno di età, dieci anni per tutti gli altri. Trattati, neppure a dirsi, di numerosi dati personali a loro volta costituenti un complesso di informazioni "significative".

Il diritto all'oblio oncologico si interseca, inevitabilmente, con le informazioni relative allo stato di salute dell'interessato, in ordine alle condizioni costitutive del *right to be forgotten* in parola, ed appare estremamente difficile propendere per la nozione di "guarigione", abbracciando, invece, più coerentemente, l'orientamento secondo il quale all'(ex) assistito sono riconosciute le necessarie garanzie quando ha concluso il percorso di cura[62].

Il principio di diritto alla salute, garantito all'art. 32[63], può essere meglio definito attingendo dalle considerazioni prodotte dall'Organizzazione Mondiale della Sanità[64], secondo cui rappresenta lo "*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia"*.

Viene in evidenza, invero, che, in caso di messa in pericolo dei principi di dignità ed uguaglianza, allorquando l'ex assistito, in forza della storia inerente la pregressa patologia, è oggetto di discriminazione nei più disparati ambiti del vivere quotidiano, l'oblio oncologico diviene la pietra angolare, preordinata a custodire il benessere mentale e sociale degli interessati.

Come osservato, peraltro, in dottrina, il diritto alla salute e il diritto all'oblio, apparentemente, corrono sul medesimo *fil rouge*, potendo assumere "*contenuto oppositivo oppure pretensivo e dunque presentare caratteristiche tipiche, rispettivamente, dei diritti di libertà o dei diritti sociali*". A parere di chi scrive, il diritto all'oblio, la cui genesi attestava una libertà negativa, grazie all'incedere delle nuove tecnologie ha cambiato pelle, chiamando terzi soggetti, rispetto all'interessato, a un *facere*, come la cancellazione delle informazioni personali. Differentemente, l'oblio oncologico assume natura "oppositiva", poiché frena le pretese conoscitive sulle categorie particolari di dati personali riferite all'interessato, onde scongiurare distorsioni rispetto ai diritti riconosciuti dal legislatore.

5. Conclusioni

Per giungere ad alcune sommare conclusioni non si può sottostimare come il GDPR abbia approntato un sistema organico, mirato ad innalzare le pretese di protezione del soggetto interessato e ad agevolare il fluente esercizio del

---

[59] CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola (Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013); In termini generali cfr. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

[60] D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in CUFFARO - D'ORAZIO - RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 61 ss.

[61] Vedi i compiti attribuiti al Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di cui all'art. 4, comma 2, della legge. Tra questi le iniziative per specifiche politiche attive che *possono* essere promosse.

[62] LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, Napoli, 2020.

[63] Corte cost., sentt. 10 luglio 1974, n. 247; 26 luglio 1979, n. 88; 14 luglio 1986, n. 184; 27 novembre 1987, n. 557; 11 luglio 1991, n. 356; 23 aprile 1991, n. 202; 16 aprile 2012, n. 107.

[64] SCARAVILLI, *Identità, memoria, oblio: verso un diritto della convergenza*, in RIZZUTO - VACCARO (a cura di), *Il giornalismo nell'era della disinformazione*, Milano-Udine, 2023, 11 ss.

diritto all'oblio. Di tal che, le facoltà attribuite al *data subject* tratteggiano le linee essenziali della normativa in materia di *data protection*, la cui tutela è assicurata dalla responsabilizzazione del titolare del trattamento e dall'azione dell'Autorità giudiziaria o di controllo. Alla luce di quanto rappresentato, il riconoscimento del diritto all'oblio oncologico in parola, amplia e supera la sua collocazione nel contesto del diritto alla riservatezza. In questo ambito viene garantita la necessità di preservare la propria sfera privata e le notizie relative alla propria persona, ma è anche il posto in cui è assicurato il pieno controllo di dati ed informazioni (anche di quelli che si intendono condividere), la cui conoscenza generalizzata può configurare un danno per l'interessato.

Tale diritto, inoltre, rappresenta il punto di approdo di un imprescindibile bilanciamento tra fattispecie giuridiche variegate. Invero, se, da un lato, si deve contemplare il diritto all'oblio oncologico, dall'altro, emergono altri interessi individuali e collettivi, quali, ad esempio, quelli di natura economica, che, inevitabilmente impattano sull'ambito lavorativo e i sui rapporti contrattuali ma che devono cedere di fronte alla correlazione di questo diritto con i dettami costituzionali.

Procreazione medicalmente assistita e consenso informato

di **Samantha Caminiti**

Sommario: 1. La Procreazione Medicalmente Assistita. 2. Il consenso informato: disciplina generale. 3. Il consenso informato nella PMA. 4. La revoca del consenso nella PMA. 5. Consenso informato e fecondazione *post mortem*.

Abstract: La Procreazione Medicalmente Assistita pone problematiche giuridiche e bioetiche complesse.
Una delle questioni più dibattute riguarda il consenso informato e, in particolare, la possibilità ed i limiti della revoca dello stesso. Tale tematica è particolarmente rilevante in quanto il trattamento terapeutico si articola in fasi distinte, tra le quali può intercorrere un notevole lasso di tempo, nel corso del quale le condizioni in presenza delle quali lo stesso è stato avviato possono essere mutate, per effetto, tra l'altro, di una crisi di coppia o addirittura della morte di uno dei *partner*.
In assenza di una regolamentazione normativa chiara di tali sopravvenienze, la giurisprudenza è chiamata a svolgere un ruolo interpretativo fondamentale, diretto a contemperare i diritti di entrambi i componenti della coppia che si è sottoposta al trattamento terapeutico e gli interessi dell'embrione.

1. La Procreazione Medicalmente Assistita

Con il termine procreazione medicalmente assistita (PMA), più diffusamente nota come fecondazione artificiale, si fa riferimento a tutte quelle tecniche mediche che consentono di ottenere il concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica tra uomo e donna.
Vi rientrano, pertanto, sia le tecniche che operano all'interno degli organi genitali femminili (fecondazione artificiale intracorporea) sia quelle che operano all'esterno (fecondazione artificiale extracorporea), impiegando gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone al trattamento (fecondazione omologa) o appartenenti, in tutto o in parte, a donatori estranei (fecondazione eterologa)[1].

La PMA è stata per la prima volta regolata in Italia dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, che ne ha definito presupposti e modalità, ma la regolamentazione è stata oggetto di numerosi interventi normativi e giurisprudenziali, che ne hanno ridefinito i contorni, eliminando una serie di divieti, oggetto di aspre critiche da parte della comunità scientifica.
Particolarmente incisivi sono stati gli interventi della Corte Costituzionale, che hanno eliminato: a) il divieto di produrre embrioni in numero superiore a tre e l'obbligo di procedere ad un unico e contemporaneo impianto di tutti gli embrioni prodotti con deroga al divieto di crioconservazione;[2] b) il divieto di fecondazione eterologa;[3] c) l'impossibilità di diagnosi genetica preimpianto per le coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.[4]
All'esito degli interventi della Consulta e dell'attività ermeneutica frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, pertanto, la PMA è ammessa non solo in caso di sterilità e infertilità inspiegate documentate da atto medico e di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico, ma anche in caso di coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.
Inoltre, secondo le previsioni dell'art. 5 della L. 19 febbraio 2004 n. 40, l'accesso alle tecniche di PMA è consentito solo a coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.
La disciplina non chiarisce quale sia il momento in cui i requisiti sopra indicati devono sussistere e, in particolare, se gli stessi devono permanere per tutta la durata del trattamento.
Ciò acquista rilievo in quanto il trattamento terapeutico si articola in più fasi distinte, che possono prevedere l'espianto dell'ovulo, la fecondazione in vitro diretta alla formazione delle blastocisti e l'impianto (cd. *transfer*) dell'embrione così formato nell'utero.
La circostanza che tra le varie fasi possa intercorrere un intervallo temporale più o meno ampio pone una serie di problemi attinenti alla possibilità che, nelle more, i requisiti di accesso, sotto il profilo soggettivo o oggettivo, possano essere mutati.
Tali problematiche risultano accentuate nel mutato quadro normativo di riferimento, stante l'introduzione della possibilità di crioconservazione degli embrioni e l'eliminazione del divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico contemporaneo impianto, che hanno accentuato la possibile scissione temporale tra il momento in cui l'ovulo viene fecondato e quello in cui l'embrione viene impiantato nell'utero.

---

[1] FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2007.
[2] La Corte Costituzionale, con sentenza 8 maggio 2009, n. 151 (in Gazz. Uff., 13 maggio 2009, n. 19), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14 della L. 19 febbraio 2004 n. 40, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre»; nonché del comma 3 dell'art. 14 della L. 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.
[3] La Corte Costituzionale, con sentenza 10 giugno 2014, n. 162 (in Gazz. Uff., 18 giugno, n. 26), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 dell'art. 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40, nella parte in cui stabilisce per la coppia di cui all'articolo 5, comma 1, della su indicata legge, il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili.
[4] La Corte Costituzionale, con sentenza 5 giugno 2015, n. 96 (in Gazz. Uff., 10 giugno 2015, n. 23), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comm1 1,2 e 4 della legge 19 febbraio 2004 n. 40 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194, accertate da apposite strutture pubbliche.

La crionservazione degli embrioni rende concreta la possibilità che intercorra un notevole lasso di tempo tra le varie fasi del trattamento, con elevata probabilità che le condizioni in presenza delle quali lo stesso è stato avviato risultino modificate.
Si pensi al caso in cui il rapporto di convivenza o *coniugio* in cui sia maturata la scelta di effettuare il trattamento sia venuto meno o addirittura il caso in cui sia deceduto uno dei *partner* coinvolti nel trattamento.
La Consulta esclude la configurabilità di un'inefficacia sopravvenuta derivante dal venir meno nel corso della procedura dei requisiti soggettivi, sulla base sia del dato testuale della norma, che individua gli stessi quali presupposti per "accedere" alle tecniche di riproduzione assistita, sia sulla base della *ratio* della previsione, che mira a tutelare il diritto della coppia alla procreazione.
Aderire ad una diversa lettura della previsione normativa in materia di requisiti soggettivi di accesso alla PMA, tendente ad estendere la permanenza degli stessi a tutte le fasi del procedimento, significherebbe, infatti, porre un ostacolo alla conclusione del procedimento volto alla procreazione, anche qualora la stessa fosse ancora voluta dalla coppia.
La Consulta ha chiarito, infatti, che *"il menzionato art. 5, comma 1, fa esclusivo riferimento ai requisiti soggettivi necessari per «accedere» alle tecniche di PMA: il dato testuale non richiede quindi che tali presupposti rimangano invariati anche dopo la fecondazione. Questa interpretazione trova conferma sul piano sistematico. Ritenere le condizioni di accesso requisiti permanenti, in contraddizione con le finalità della legge diretta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi» e ad assicurare «i diritti di tutti i soggetti coinvolti» (art. 1, comma 1), renderebbe facilmente eludibile l'irrevocabilità del consenso: anche nel periodo immediatamente successivo alla fecondazione l'uomo - nel caso di coppia di conviventi - potrebbe infatti sottrarsi alla responsabilità appena assunta semplicemente facendo cessare la convivenza*"[5].
Il tema si interseca quindi strettamente con quello del consenso informato che ciascun componente della coppia è chiamato ad esprimere in relazione al trattamento e che potrebbe, anche in ragione delle mutate condizioni, essere venuto meno.
Il rispetto del principio del consenso informato è, infatti, fondamentale per la legittimità del trattamento di PMA e per il rispetto dei diritti dei pazienti.

2. Il consenso informato: disciplina generale

Il consenso informato costituisce condizione indefettibile per la liceità di qualsiasi trattamento sanitario, il cui fine è quello di assicurare la cura del paziente. Stante tale finalità, è indubbio che quest'ultimo possa decidere se sottoporsi al trattamento ed eventualmente scegliere tra le varie possibilità offerte dalla medicina.
Il consenso del paziente è, infatti, un atto autorizzativo di cui l'operatore sanitario necessita per potere intervenire sul corpo dello stesso, facendo così venir meno l'illiceità/antigiuridicità della condotta del medico.
Il consenso del paziente deve essere libero e consapevole, preceduto da informazioni complete, aggiornate e comprensibili relative a diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto al trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi.
L'espressione del consenso è, infatti, strettamente connessa ad una molteplicità di obblighi informativi posti a carico del medico.
Si tratta di obblighi che devono riguardare sia la fase che precede l'inizio del trattamento sanitario, sia tutte le fasi intermedie e quelle successive, dirette a garantire la buona riuscita delle cure.
Da lungo tempo è stato riconosciuto che il paziente ha il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché alle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua libertà personale.
Tale diritto trova fondamento nei principi espressi dall'art. 2 Cost., che tutela e promuove i diritti fondamentali dell'individuo, e dagli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".
Al diritto indicato corrisponde l'obbligo del medico di fornire informazioni dettagliate, in quanto adempimento strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative[6].
Tale obbligo/diritto informativo ha trovato, peraltro, definitivo inquadramento nella L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante *"Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", laddove è previsto che "*Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole*" (art. 1, commi 3-6, art. 3, commi 1-5 e art. 5).
Il principio è riconosciuto anche in fonti sovranazionali.
In particolare, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 afferma che gli interventi terapeutici devono essere preceduti e legittimati da un *"consentement libre et éclairé*".

[5] Corte Cost., 24 luglio 2023, n.161, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2023, 4, 1687.

[6] Cass. 27 novembre 2012 n. 20984, in *Ra. giu. san* 2013, 348-350, 234.

Allo stesso modo la Carta di Nizza (art. 3, comma 2, lett. a) ribadisce il principio del consenso libero ed informato del paziente, quale presupposto per un legittimo intervento terapeutico, considerato strumentale alla tutela della integrità (fisica e psichica) della persona.

Quanto alla forma del consenso informato, la normativa non introduce la forma scritta. Si tratta, pertanto, di un atto giuridico per cui vige il principio della libertà della forma. Tuttavia, nella prassi, per evidenti ragioni connesse alle esigenze probatorie da soddisfare in sede processuale, viene abitualmente acquisito dal medico il consenso scritto.

Occorre evidenziare, inoltre, che il consenso prestato non obbliga il paziente a sottoporsi all'intervento/trattamento programmato, potendo lo stesso essere revocato in qualsiasi momento. Per la validità del consenso, infatti, quest'ultimo deve essere attuale, ossia espresso nell'imminenza della terapia.

Spetta, quindi, ad ogni individuo, capace di agire, «*il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso*», nonché «*il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento»* (art. 1, comma 5 L. 22 dicembre 2017, n. 219), e il medico deve rispettare tale volontà, andando così esente da responsabilità civile o penale.

Deve osservarsi, inoltre, che la violazione dei doveri informativi espone il medico all'obbligo risarcitorio nei confronti del paziente in relazione a due diverse tipologie di danni: un danno alla salute, che sussiste quando si può ragionevolmente ritenere che il paziente, se correttamente informato, non si sarebbe sottoposto al trattamento, evitando in tal modo di subirne le conseguenze invalidanti, nonché un danno da lesione dell'autodeterminazione, che sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale diverso dalla lesione del diritto alla salute .

La Suprema Corte è intervenuta a chiarire che i confini entro cui ci si deve muovere ai fini del risarcimento in tema di consenso informato sono i seguenti: a) nell'ipotesi di omessa o insufficiente informazione riguardante un intervento che non abbia cagionato danno alla salute del paziente e al quale egli avrebbe comunque scelto di sottoporsi, nessun risarcimento sarà dovuto; b) nell'ipotesi di omissione o inadeguatezza informativa che non abbia cagionato danno alla salute del paziente ma che gli ha impedito tuttavia di accedere a più accurati attendibili accertamenti, il danno da lesione del diritto costituzionalmente tutelato all'autodeterminazione sarà risarcibile qualora il paziente alleghi che dalla omessa informazione siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e di contrazione della libertà di disporre di sé, in termini psichici e fisici [7].

3. Il consenso informato nella PMA

La legge sulla procreazione medicalmente assistita (L. 19 febbraio 2004 n. 40,) introduce una disciplina speciale in materia di consenso informato.

In ragione della procedimentalizzazione del trattamento, il legislatore, che individua il consenso informato quale principio posto alla base dell'accesso alle tecniche di fecondazione assistita, specifica che lo stesso deve avere ad oggetto *"ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione*", ossia sia la fase di *pick up*, nel corso della quale avviene l'espianto dell'ovulo della madre, sia la fase dell'inseminazione e fecondazione dell'ovocita sia, infine, quella del *transfer* intrauterino. Ciò al fine di garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.

Il consenso acquista, inoltre, un contenuto molto articolato e complesso, collegandosi ad obblighi informativi aventi ad oggetto i metodi, i problemi bioetici e i possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche, le probabilità di successo e i rischi dalle stesse derivanti, nonché le relative conseguenze per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata anche la possibilità di ricorrere a procedure di adozione e di affidamento in alternativa alla procreazione medicalmente assistita.

Agli operatori del settore è imposto quindi un dovere di informazione di tipo multidisciplinare, in quanto il paziente deve ricevere nozioni tecnico-scientifiche, oltre che bioetiche e giuridiche.

L'ampio spettro informativo si giustifica in considerazione delle ampie implicazioni conseguenti alla fecondazione assistita, che finisce per avere importanti risvolti non solo sul bene primario della salute della coppia, inteso nella più ampia accezione di salute fisica e di salute psichica, ma anche sulla libertà di determinazione e di scelta degli stessi in ordine alla propria vita, per le chiare limitazioni e responsabilità che derivano dalla decisione di procreare. La scelta di procreare fa sorgere la responsabilità genitoriale della coppia e coinvolge gli interessi del nascituro[8].

Oltre ad avere un contenuto così articolato, il consenso deve provenire da entrambi i componenti della coppia, a prescindere da chi sia il soggetto affetto dalla condizione di sterilità o infertilità che la PMA intende superare e deve essere espresso in forma scritta.

Ai sensi dell'art. 6, comma 3, della L. 19 febbraio 2004 n. 40, infatti, la volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura.

Secondo le previsioni del decreto ministeriale attuativo della su indicata legge, tale consenso è espresso attraverso la compilazione di una dichiarazione in duplice copia, di cui una deve essere consegnata alla coppia e l'altra deve essere conservata presso la struttura sanitaria. La legge prescrive, inoltre, che tra la manifestazione del consenso e l'inizio delle procedure di fecondazione devono trascorrere almeno sette

[7] Cass. 7 ottobre 2021, n.27268, in *Guida dir.* 2021, 43

[8] ASTONE, *Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso (Riflessioni a margine di Corte Cost. 24 luglio 2023 n. 161),* in *Diritto delle famiglie e delle persone,* fasc. 2. 1 giugno 2024 pag. 705

giorni, al fine di concedere alla coppia un tempo di riflessione adeguato a garantire una scelta sufficientemente meditata.
La forma scritta è mutuata dagli ordinamenti stranieri e, in particolare, dall' "Human Fertilization and Embriology Act" britannico, dalle "Lois de la bioetique" francesi e dalla "Ley sobre tecnicas de reproduccion humana" spagnola, che prevedono dei moduli standard per le varie tecniche procreative.
Il requisito formale non impedisce tuttavia che il consenso informato possa ricavarsi da atti concludenti ai fini della determinazione dello *status filationis.*
La volontà manifestata tramite comportamenti concludenti determina la costituzione dello *status filiationis* tra i pazienti e il nato, anche in mancanza di una pregressa adeguata informazione, di un consenso espresso per iscritto e di un patrimonio genetico condiviso tra genitore e figlio.
Al fine di assicurare la massima tutela al soggetto più vulnerabile, ossia al soggetto nato da una fecondazione eterologa, il legislatore ha previsto, infatti, che in tale caso il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità[9].
Dal carattere rigido e dettagliato di tale disciplina si può ricavare che il consenso in questo ambito viene inteso come un atto puro, a cui non possono essere apposte condizioni o riserve, a pena di nullità. D'altronde l'apposizione di una condizione successivamente alla manifestazione del consenso non può che essere interpretata come revoca dello stesso, manifestando l'intenzione di non voler mantenere ferma l'originaria manifestazione di volontà.

4. La revoca del consenso nella PMA.

La disciplina della revoca del consenso presenta delle peculiarità nell'ambito della PMA, in quanto, secondo la previsione del comma 3 dell'art. 6 L. 19.2.2004 n. 40, incontra il limite rappresentato dal *"momento della fecondazione dell'ovulo*".
In tale ambito, pertanto, al principio della libera revocabilità del consenso stabilito dalla disciplina generale per qualsiasi trattamento sanitario si contrappone la previsione di un preciso limite temporale, fissato con riferimento ad entrambi i componenti della coppia, oltre il quale sembrerebbe essere preclusa agli stessi la possibilità di cambiare idea.
La norma non chiarisce quali siano le conseguenze nel caso in cui il mutamento di volontà intervenga da parte della coppia o anche da parte di uno solo dei due *partner* in un momento successivo a tale data, ossia se al ritardo si ricolleghi l'inefficacia della revoca e, conseguentemente, l'inidoneità della stessa a determinare l'interruzione della procedura.
Ciò ha posto numerosi dubbi interpretativi, che devono essere risolti diversamente a seconda che la revoca del consenso provenga dalla donna o dall'uomo, atteso il diverso coinvolgimento degli stessi nel trattamento terapeutico.
Con riferimento alla donna, è chiaro che negare alla stessa la possibilità di modificare la propria scelta, significherebbe costringerla a subire l'impianto dell'ovulo fecondato e il possibile insorgere della gravidanza contro la sua volontà.
Secondo gli interpreti tale conclusione sarebbe in contrasto con la previsione dell'art. 32 Cost., 2 comma, che ricollega la legittimità dei trattamenti sanitari obbligatori solo al caso in cui gli stessi siano necessari per tutelare la salute del destinatario del trattamento o della collettività, ipotesi che non ricorrerebbero nella fattispecie in esame. Inoltre, l'art. 32 Cost., 2 comma, stabilisce che *"la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana,"* limite che risulterebbe violato qualora una donna fosse costretta a subire l'impianto dell'embrione nell'utero contro la sua volontà[10].
Un ulteriore ostacolo all'accoglimento di un'interpretazione che riconosca l'inefficacia della revoca tardiva del consenso deve rinvenirsi nella convenzione di Oviedo che, come evidenziato nel paragrafo che precede, stabilisce che il consenso al trattamento sanitario può essere revocato in qualsiasi momento.
Da ultimo, deve osservarsi che si porrebbero evidenti problemi di coordinamento con le disposizioni della l. 22 maggio 1978 n. 194 in materia di interruzione della gravidanza, che ammette la possibilità per la gestante di interrompere la gravidanza entro i primi tre mesi di gestazione.
Sarebbe assolutamente irrazionale precludere alla donna di rifiutare l'impianto in utero di un embrione e consentirle viceversa di interrompere la gravidanza già avviata.
Ne consegue che è pacificamente ammesso che la donna da sola o insieme all'uomo possa revocare il proprio consenso fino all'impianto dell'embrione nell'utero senza incorrere in alcuna sanzione penale, civile o amministrativa.
Diversa soluzione si impone, viceversa, nel caso in cui il soggetto che revochi il proprio consenso sia l'uomo.
In tal caso è generalmente ammessa la possibilità di considerare inefficace la revoca successiva alla fecondazione dell'ovulo, ciò, da un lato, invocando la tutela di diritti prevalenti quali la tutela dell'embrione, dall'altro invocando un'interpretazione sistematica della norma.
Sul punto si segnala che con un'ordinanza emessa in data 27 gennaio 2021 il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha confermato il provvedimento con cui il giudice di prime cure aveva accolto la richiesta presentata dalla ricorrente di poter ordinare il completamento della procedura di PMA, mediante inserimento in utero di embrioni crioconservati, nonostante l'intervenuta separazione, nelle more, dal marito. La pronuncia ha confermato l'irrilevanza degli eventi sopravvenuti alla fecondazione degli ovociti, compresa la separazione dei coniugi. Il Tribunale ha infatti osservato che una diversa interpretazione porterebbe a violare il diritto alla vita dell'embrione, in contrasto con la ratio dichiarata della L. 40/2004. [11]

---

[9] RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. N. 161 del 2023 della Corte Costituzionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 20 febbraio 2024.

[10] FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2007; RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. N. 161 del 2023 della Corte Costituzionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 20 febbraio 2024.

[11] Trib. S. Maria Capua V. sez. I, 27 gennaio 2021, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II) 2021, 2, I, 704.

In tal senso depone, del resto, la disposizione dell'art. 9, comma 1, della l. n. 40/2004 che impedisce l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità a colui che abbia preventivamente consentito all'avvio della procedura di procreazione medicalmente assistita.

In tali termini si richiama una risalente pronuncia della Cassazione che ha affermato che "*In tema di fecondazione assistita eterologa, il marito che ha validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione assistita della moglie con seme di donatore ignoto non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazion*e (v. Corte Cost. 26 settembre 1998, n. 347)[12] ed una più recente che ha ribadito che nella fecondazione assistita eterologa, così come per l'omologa, il preventivo consenso manifestato dal coniuge o convivente può essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovulo, sicché ove la revoca intervenga successivamente, ai sensi dell'art. 9, comma 1, della l. n. 40 del 2004, il partner non ha azione per il disconoscimento della paternità del bambino concepito e partorito in esito a tale inseminazione.[13]

L'irrevocabilità del consenso dell'uomo dopo l'intervenuta fecondazione è stata di recente confermata dalla Consulta che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 3, ultimo periodo, l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non prevede, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, un termine per la revoca del consenso.

La Consulta ha chiarito che "*l'irrevocabilità del consenso appare funzionale a salvaguardare innanzitutto preminenti interessi. L'accesso alla Procreazione medicalmente assistita (PMA) comporta infatti per la donna il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo in funzione della genitorialità che coinvolge rischi, aspettative e sofferenze, e che ha un punto di svolta nel momento in cui si vengono a formare uno o più embrioni. Corpo e mente della donna sono quindi inscindibilmente interessati in questo processo, che culmina nella concreta speranza di generare un figlio, a seguito dell'impianto dell'embrione nel proprio utero. A questo investimento, fisico ed emotivo, che ha determinato il sorgere di una concreta aspettativa di maternità, la donna si è prestata in virtù dell'affidamento in lei determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale.*"[14].

Inoltre, continua il Giudice delle leggi *"se è pur vero che dopo la fecondazione la disciplina dell'irrevocabilità del consenso si configura come un punto di non ritorno, che può risultare freddamente indifferente al decorso del tempo e alle vicende della coppia, è anche vero che la centralità che lo stesso consenso assume nella PMA, comunque garantita dalla legge, fa sì che l'uomo sia in ogni caso consapevole della possibilità di diventare padre; ciò che rende difficile inferire, nella fattispecie censurata dal giudice a quo, una radicale rottura della corrispondenza tra libertà e responsabilità. Ove, dunque, si considerino la tutela della salute fisica e psichica della madre, e anche la dignità dell'embrione risulta non irragionevole la compressione, in ordine alla prospettiva di una paternità, della libertà di autodeterminazione dell'uomo".*

La Corte richiama la giurisprudenza sovranazionale e convenzionale, nonché la sua giurisprudenza pregressa per ribadire che l'embrione "ha in sé il principio della vita"[15] e che tale vita è naturalmente umana, in quanto "la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano"[16]. Inoltre "quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico".[17]

Dalla lettura della decisione della Consulta emerge che, nel bilanciamento tra interessi contrapposti, l'interesse dell'uomo ad autodeterminarsi in merito alla paternità cede il passo rispetto all'interesse della donna a portare avanti il proprio progetto genitoriale già avviato attraverso un trattamento terapeutico che ha inciso sulla sua salute fisica e psichica nonché rispetto alla dignità dell'embrione, perché l'irrevocabilità del consenso genera nella donna un affidamento che la spinge a sottoporsi alla procedura di PMA, mettendo in gioco la propria integrità psicofisica[18].

L'interpretazione della Consulta si presta ad alcune critiche.

In primo luogo, è stato osservato che le argomentazioni della Corte in merito al maggior coinvolgimento del corpo femminile nel trattamento terapeutico di PMA non sono valide ed applicabili con riferimento a tutte le tecniche esistenti e, in particolare, non valgono in caso di fecondazione eterologa, atteso che in questo caso l'espianto dei gameti riguarda la donatrice[19].

Inoltre, si è messa in dubbio la ragionevolezza di un bilanciamento tra l'interesse a nascere dell'embrione, che non è ancora persona ed ha una soggettività non misurabile in termini di capacità giuridica, e il diritto all'autodeterminazione del paziente, che persona è e ha prestato il proprio consenso ad un trattamento sanitario che coinvolge il proprio corpo e il proprio patrimonio genetico[20].

Al di là delle possibili diverse applicazioni pratiche del principio, suscettibili di soluzione in via interpretativa, a me sembra di poter osservare che il bilanciamento operato dalla Corte tra i contrapposti interessi in gioco risulti assolutamente

---

[12] Cass. 16 marzo 1999 n. 2315, in Giurisprudenza italiana 2000, 275.

[13] Cass. 18 dicembre 2017 n. 30294, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (Il) 2018, 3, I, 823.

[14] Corte Cost., 24 luglio 2023, n.161, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2023, 4, 1687.

[15] Corte Cost., 13 aprile 2016 n. 84 in *Giurisprudenza Costituzionale* 2016, 2 , 750.

[16] Corte di giustizia dell'unione europea, causa C-34/10 sentenza 18 ottobre 2011, *Brustle contro Greenpeace*.

[17] Corte Cost. 21 ottobre 2015 n. 229, in *Foro it.* 2015, 12, I, 3749.

[18] ASTONE, *Procreazione medicalmente assistita e dinamiche del consenso (Riflessioni a margine di Corte Cost. 24 luglio 2023 n. 161),* in *Diritto di famiglia e delle persone,* fasc. 2, 1 giugno 2024 pag. 705; RAZZANO, *L'irrevocabilità del consenso dell'uomo alla fecondazione tramite PMA e "gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna" nella sent. N. 161 del 2023 della Corte Costituzionale,* in *Diritti fondamentali.it,* 20 febbraio 2024.

[19] PERRINO, *Il Consenso informato irrevocabile nella PMA* in *Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, fasc. 4/2024.

[20] Con riferimento ad alcune ordinanze che avevano affermato il medesimo principio cfr. MEOLA, *Il consenso informato al trattamento di P.M.A. e la sua irrevocabilità a proposito di alcune recenti ordinanze…"da ignorare*", in *Corti Supreme e salute* 2021,2.

ragionevole, laddove si consideri che la fissazione di un limite temporale alla revocabilità del consenso è correlata ad una scelta consapevolmente espressa dall'uomo a seguito di un ampio compendio di informazioni allo stesso fornite, scelta che costituisce espressione di un progetto di genitorialità condivisa, che non può essere liberamente modificato senza che ne risulti leso l'affidamento ingenerato nella donna.
Non vi è dubbio che costituisce diritto avente rilievo costituzionale anche quello dell'uomo alla propria salute psichica, che potrebbe risultare compromessa da una gravidanza portata avanti contro la volontà dello stesso, tuttavia tale rischio si ricollega alla libera scelta manifestata e tenuta ferma fino al momento della fecondazione dell'ovulo, momento che segna un passaggio determinante, ponendo le basi per il prodursi di una nuova vita.
Il consenso espresso ai sensi dell'art. 6 della legge n. 40 del 2004 ha una portata diversa e ulteriore rispetto a quello relativo a qualsiasi altro trattamento medico in quanto diretto a fondare lo stato di figlio e l'assunzione di responsabilità genitoriale.
Occorre segnalare, infine, che l'interpretazione fornita dalla Consulta è stata recepita nelle «*Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» a*dottate con Decreto 20 marzo 2024 del Ministero della Salute.
In particolare, le nuove linee guida hanno confermato che:

- la volontà di effettuare la PMA può essere revocata da ciascuno dei partner solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo o, in caso di diagnosi genetica preimpianto, fino al momento del transfer;
- la volontà al trasferimento dell'embrione in utero – stante quanto previsto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 229 del 2015 – può essere revocata da entrambi i componenti della coppia in qualunque momento quando sia stata applicata una tecnica di diagnosi preimpianto che abbia diagnosticato processi patologici, quali quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, accertati da apposite strutture pubbliche o private autorizzate.
- dopo la fecondazione assistita dell'ovulo, il consenso alla P.M.A. non può essere revocato e la donna può richiedere l'impianto dell'embrione anche se il partner sia deceduto, ovvero sia cessato il loro rapporto (Corte costituzionale, n. 161 del 24 maggio 2023)

5. Consenso informato e fecondazione *post mortem*

Il tema del consenso informato acquista rilievo anche laddove si esamini il tema della possibilità di una fecondazione *post mortem*.
Nell'ambito della disciplina della PMA la possibilità di avviare il trattamento terapeutico diretto alla fecondazione assistita *post mortem* è preclusa dall'art. 5 della legge 40/2004, ai sensi del quale possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita solo le coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile "entrambi viventi".
Tale divieto è rafforzato dalla disposizione dell'art. 12, comma 2, che prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 200.000 a Euro 400.000 a chiunque utilizzi tecniche di fecondazione assistita in coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi.
Tali previsioni normative si riferiscono tuttavia esclusivamente all'ipotesi in cui uno dei componenti della coppia sia già deceduto al momento dell'inizio della procedura.
Nulla è previsto viceversa con riferimento alle diverse fattispecie in cui il decesso sia intervenuto in un momento successivo.
Le ipotesi che possono venire in considerazione sono due: l'inseminazione della donna a seguito del decesso dell'uomo con seme crioconservato dello stesso e l'impianto in utero di embrioni crioconservati dopo il decesso del partner.
Mentre vi è un'unanime opinione dottrinale e giurisprudenziale contraria alla prima ipotesi, la questione della fattibilità e liceità dell'impianto di embrioni crioconservati dopo la morte del padre rimane tema molto dibattuto[21].
La giurisprudenza di merito ha fornito soluzioni interpretative orientate verso detta fattibilità, consentendo di fatto alla donna di portare a termine il progetto procreativo dopo la morte del partner.
Si segnala in particolare la decisione del Tribunale di Bologna, secondo cui "*Qualora due coniugi (prima dell'entrata in vigore della l. 19 febbraio 2004 n. 40 e delle Linee guida del 21 luglio 2004 e dell'aprile 2008) si siano rivolti ad un Centro di fecondazione assistita presso un ospedale Policlinico per ricorrere, dopo aver manifestato il proprio consenso informato, alla procreazione (tecniche FIVET), dando vita non ad ovociti, ma ad otto embrioni che erano stati crioconservati per volontà dei coniugi (non essendo riuscito un primo intervento), i quali, più volte, avevano manifestato formalmente al Policlinico la comune volontà di "non abbandonare" gli embrioni (da essi destinati ad ulteriori tentativi), e, successivamente, essendo il marito deceduto senza avere manifestato alcuna volontà contraria alla conservazione ed all'utilizzo inter coniuges degli embrioni prodotti, la moglie (che dopo assai breve tempo dalla morte del marito aveva invano richiesto al Centro, ex art. 700 c.p.c., di proseguire gli originali tentativi, ottenendo, invece, un rifiuto da parte della struttura sanitaria), ha un diritto esclusivo ed insopprimibile al trasferimento su di sé degli embrioni a suo tempo prodotti e congelati: il rifiuto opposto dal Policlinico è da considerarsi del tutto illegittimo, non ostando, tra l'altro, alla richiesta della moglie né la legge n. 40 del 2004, né le Linee guida di cui ai decreti ministeriali del 2004 e del 2008*[22]*."*
Nello stesso senso, si è espresso il Tribunale di Lecce [23] secondo cui "*essendo, quindi, già avvenuta la fecondazione dell'ovulo deve ritenersi del tutto irrilevante ogni profilo circa la permanenza o meno del consenso alla PMA da parte del*

[21] TURILAZZI, ALESI, MORENA, FINESCHI, *Fecondazione post-mortem ed il percorso compiuto: da scientificamente possibile a realismo normativo,* in *Responsabilità civile e previdenza, fasc. 4, 1 aprile 2024,* 1359

[22] Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (Il) 2015, 2, I, 605

[23] Trib. Lecce 24 giugno 2019, in *Fam. dir.,* 2020, 949 ss.

coniuge, poi deceduto, giacché a far data dalla fecondazione, ovvero dalla formazione dell'embrione, il consenso prestato ai fini della PMA non è più revocabile. Tale prescrizione è rafforzata dal riconoscimento del diritto della donna ad ottenere, sempre, il trasferimento degli embrioni crioconservati indicato nelle linee guida del 2015". Ed ancora *"Deve, infine, ritenersi soddisfatto anche il requisito della sussistenza in vita della coppia al tempo della PMA richiesto dall'art.5, dovendo lo stesso sussistere al tempo della fecondazione e non già oltre. In tal senso depone, oltre al diritto dell'embrione alla vita desumibile dall'art. 1, il divieto di soppressione embrionaria crioconservata di cui all'art. 14, il divieto della crioconservazione oltre i limiti di cui all'art. 14 (all'esito della pronuncia di incostituzionalità citata), l'impossibilità per il partner di revocare il proprio consenso alla PMA dopo la fecondazione nonché, da ultimo, il diritto della donna ad ottenere, sempre, il trasferimento degli embrioni crioconservati indicato nelle linee guida del 2015*"

I medesimi principi si possono ricavare anche dalla posizione espressa dalla giurisprudenza della Suprema Corte sul correlato tema dello *status filiationis* del soggetto nato da fecondazione *post mortem.*

La Suprema Corte ha chiarito, infatti, che "*L'art. 8 della l. n. 40/2004, recante lo status giuridico del nato a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, è riferibile anche all'ipotesi di fecondazione omologa post mortem avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato di colui che, dopo avere prestato, congiuntamente alla moglie o alla convivente, il consenso all'accesso alle tecniche suddette, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge, e senza che ne risulti la successiva revoca, sia poi deceduto prima della formazione dell'embrione, avendo altresì autorizzato, per dopo la propria morte, la moglie o la convivente all'utilizzo suddetto. Ciò pure quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre"*[24].

Il consenso, continua il Giudice di legittimità, è determinante per l'attribuzione della genitorialità a tutti i nati a seguito di P.M.A. e *" impone, nel preminente interesse del nato, l'applicazione di tutte le disposizioni che riguardano lo stato del figlio venuto al mondo all'esito di tale percorso, come, peraltro, affermato, con chiarezza, della Corte EDU nelle due sentenze "gemelle" Mennesson c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65192/11) e Labassee c. Francia (26 giugno 2014, ric. n. 65941/11), oltre che sancito anche dalla Corte Costituzionale fin dalla sentenza n. 347 del 1998, che (ancor prima del sopravvenire della L. n. 40 del 2004) sottolineò la necessità di distinguere tra la disciplina di accesso alle tecniche di P.M.A. e la doverosa, e preminente, tutela giuridica del nato, significativamente collegata alla dignità dello stesso".*

La Suprema Corte sottolinea la necessità *"...di tutelare anche la persona nata a seguito di fecondazione assistita, venendo inevitabilmente in gioco plurime esigenze costituzionali. Preminenti in proposito sono le garanzie per il nuovo nato (...), non solo in relazione ai diritti e ai doveri previsti per la sua formazione, in particolare dagli artt. 30 e 31 Cost., ma ancor prima - in base all'art. 2 Cost. - ai suoi diritti nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità: diritti che è compito del legislatore specificare..." (cfr. C. Cost. n. 347 del 1998). Sostanzialmente nel medesimo senso, del resto, si è già esplicitamente pronunciata anche questa Suprema Corte nella fondamentale sentenza n. 19599 del 30 settembre 2016 (benché resa in vicenda affatto diversa da quella oggi in esame), secondo cui "le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla L. n. 40 del 2004 imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia non possono ricadere su chi è nato", di ciò essendosi mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, all'art. 9, comma 1, ha previsto che, in caso di ricorso a tecniche (allora vietate) di procreazione medicalmente assistita addirittura di tipo eterologo (nel caso di specie, invece, si è in presenza, pacificamente, di una fecondazione omologa, sebbene post mortem), il coniuge o convivente consenziente non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, né impugnare il riconoscimento per difetto di veridicità (cfr., sostanzialmente nel medesimo senso, anche la successiva Cass. n. 14878 del 2017)*[25].

La su indicata pronuncia e quelle ivi richiamate si riferiscono al diverso tema dei diritti del nato in conseguenza della violazione dei divieti stabiliti dalla legge n. 40/2004 ma sono in ogni caso significative perché sottolineano la centralità e la rilevanza che viene riconosciuta al tema del consenso nell'ambito della P.M.A., consenso che comporta l'assunzione della responsabilità genitoriale e rimane insensibile a qualsiasi modificazione che si verifichi in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, ivi inclusa la morte del *partner*.

[24] Cass. 15 maggio 2019, n.13000, in *IUS Famiglie,* 20 Novembre 2019

[25] Cass. 15 maggio 2019, n.13000, in *IUS Famiglie,* 20 Novembre 2019

Trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca medica: esenzione dal consenso. L'orientamento tracciato dall'Autorità e le prospettive alla luce del novellato art. 110 GDPR

di **Sofia Pelizzari**

Sommario: 1. La ricerca scientifica e l'uso secondario dei dati sanitari: La *"research exemption"*. Una debita premessa. 2. Il caso del parere 9791886. 2.1 L'interpretazione normativa dell'Autorità. 3. Il consenso a fasi progressive e le successive istanze specifiche. 4. Le più recenti evoluzioni e specificazioni dell'Autorità. 5. "Il ragionevole sforzo" e "l'eccessiva onerosità". I criteri per l'esenzione dalla riacquisizione del consenso informato. 6. Tabula rasa: la modifica dell'art. 110 GDPR. L'eliminazione del parere preventivo dell'Autorità Garante ex art. 36 GDPR. Una nuova era. 7. Conclusioni finali.

Abstract: Il presente lavoro approfondisce l'evoluzione normativa e l'indirizzo dell'Autorità Garante in materia di uso secondario dei dati sanitari nella ricerca medico-scientifica. L'analisi prende avvio da una rilettura del parere n. 9791886, esaminandolo alla luce dei numerosi provvedimenti adottati dall'Autorità negli ultimi due anni e del recente intervento legislativo rappresentato dalla legge 29 aprile 2024, n. 56. Le varie iniziative europee attuate nell'alveo della strategia europea per l'innovazione, portano ad interrogarsi su quale sia la base giuridica legittimante il trattamento dei dati sensibili nel caso vengano perseguite finalità di ricerca che, al momento della raccolta del consenso informato, non risultano ancora determinate o determinabili. In tali termini, pare opportuno tornare a meditare la prima lettura del combinato disposto degli artt. 36 e 110 GDPR, fornita dall'Autorità Garante il 30 Giugno 2022, la quale affronta in modo specifico l'obbligo di ricontatto per il rinnovo del consenso già prestato per precedenti finalità di ricerca. In tale contesto, per anni l'Autorità Garante ha escluso un ruolo da protagonista della *research exemption*, orientando il proprio indirizzo a totale favore del principio di autodeterminazione individuale anche in ambito di ricerca medica. L'autore si propone di fornire una nuova lettura del parere dell'AG, a seguito dei numerosi provvedimenti emanati in sede di consultazione preventiva con particolare riferimento ai soggetti deceduti o non più contattabili, indagando ed estrapolando[1] pre-riforma, e sondando le prospettive future che il mondo della ricerca si troverà ad affrontare post eliminazione del parere preventivo ex art. 36 dell'Autorità Garante.

1. La ricerca scientifica e l'uso secondario dei dati sanitari: tra basi giuridiche e *"research exemption"*. Una debita premessa

Per comprendere i benefici che la legge del 29 aprile 2024, n. 56 apporterà alla ricerca medico-scientifica, è necessario effettuare un'analisi preliminare del quadro normativo predisposto dal legislatore per il trattamento dei dati sanitari per finalità di ricerca. Per comprendere la portata della novella, l'analisi deve includere i casi in cui le finalità della ricerca non siano ancora determinabili al momento dell'acquisizione del consenso, nonché le interpretazioni fornite nel tempo dall'Autorità Garante. In sede di elaborazione normativa, le peculiarità connotanti il campo della ricerca scientifica erano evidenti già in sede di concepimento del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali, riconoscendo la necessità di facilitare diversi tipi di ricerca, citando la ricerca scientifica e storica, la ricerca statistica e l'archiviazione nel pubblico interesse (articolo 89 GDPR).

Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) non fornisce una definizione precisa di ricerca scientifica e nemmeno disciplina con precisione il caso di utilizzo successivo dei dati precedentemente acquisiti in occasione di una precedente finalità di ricerca. A livello testuale, esso adotta un approccio inclusivo, estendendo il concetto di ricerca a diverse attività, come lo sviluppo e la dimostrazione tecnologica, la ricerca di base e applicata, nonché quella finanziata privatamente[2]. A fare luce sul termine interviene l'European Data Protection Board, il quale ha avuto modo di specificare il contenuto del considerando 159 GDPR, precisando come sussista il rischio di interpretazione

[1] Autorità Garante Protezione Dati Personali provv. n. 465/2023 del 28 Settembre 2023, provv. n. 499 del 6 ottobre 2023, Provv. n. 551 nel 16 novembre 2023, provv. N. 103/2024 del 22 Febbraio 2023, provv. N. 179/2024 del 21 Marzo 2024.

[2] Sul merito si mediti il Considerando 159, GDPR. Con particolare riferimento all'inclusione della ricerca sia laddove finanziata pubblicamente, sia quando finanziata con fondi privati, si mediti altresì DOVE, *The EU General Data Protection Regulation: Implications for International Scientific Research in the Digital Era,* in *J.L.Med.& Ethics*, 2018; MESZAROS, *AI research and data protection: Can the same rules apply for commercial and academic research under the GDPR?*, in *Comput. Law Secur.,* 2021; QUINN, *Research under the GDPR – a level playing field for public and private sector research?*, in *Life Sci. Soc. Policy*, 2021.

estrinseca, travalicandone il significato comune[3]. Sul merito, l'EDPB riprende la definizione fornita dal Gruppo di lavoro "articolo 29" e specifica che per *"ricerca scientifica"* vada inteso *"un progetto di ricerca istituito conformemente alle pertinenti norme etiche e metodologiche settoriali, in conformità delle buone prassi"* [4].

Al fine di poter trattare dati personali, la normativa in vigore richiede che il trattamento si fondi su idonea base giuridica; essa ne costituisce il principio di legittimità e liceità. Sul merito interviene la disposizione generale dell'art. 6, dove il legislatore europeo prevede esplicitamente i criteri fondanti il lecito trattamento. In modo specifico, la liceità può essere data da diverse basi giuridiche, non necessariamente dal consenso.

In ambito sanitario, la particolarità e la sensibilità delle informazioni contenute nei relativi dati ha portato il legislatore a disciplinare un generale divieto al trattamento dei dati relativi alla salute, esplicitato al primo comma dell'art. 9 GDPR. Il divieto di trattamento si estende a tutti i dati considerati "particolari" ai sensi del Regolamento, con un'interpretazione di queste categorie in senso ampio[5], ricomprendendovi non solo dati sensibili "diretti" come un distintivo sindacale o una cartella clinica, ma anche i dati dai quali si possono dedurre informazioni sensibili[6]. Tale divieto generale trova specifica deroga al secondo comma dell'art. 9 GDPR, dove il legislatore delinea le possibili eccezioni al divieto di trattamento, prevedendo tra i vari casi la possibilità di utilizzo di dati sensibili laddove essi siano destinati a perseguire finalità di ricerca. A tale riguardo, in dottrina[7] si è giunti a definire come *"research exemption"* l'insieme delle disposizioni che, in seno al GDPR, regolano l'utilizzo dei dati sensibili al fine di perseguire scopi di ricerca scientifica. Essa è composta dall'art. 9.2(j), dall'art. 5.1, dall'art. 6. art- 89 e – seppure non vincolanti - il Considerando 33 e 51, come vedremo nei prossimi paragrafi[8]. L'obiettivo principale perseguito dalla *research exemption* è quello di bilanciare la necessità di proteggere i dati personali sensibili delle singole persone, con la promozione della ricerca scientifica, storica e statistica che potrebbe portare a progressi significativi in vari settori, come la medicina, la tecnologia e le scienze sociali[9].

Entrando nel merito delle eccezioni contemplate all'art. 9.2, la "*research exemption"* trova la sua primaria espressione al secondo comma dell'articolo 9 (comma 2, j), dove prevede espressamente la possibilità di trattare tali categorie di dati c.d. "sensibili" nel caso in cui ricorrano determinate circostanze. In tali termini, l'art. 9.2 si declina come un'eccezione al generale divieto di processare dati sensibili[10], venendo così a costituire un insieme di differenti basi giuridiche legittimanti il trattamento deidati relativi alla salute. Tra queste, il dato letterale dell'articolo 9.2(j) consentirebbe il trattamento di tali dati per finalità di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, a condizione che siano applicate adeguate misure di sicurezza e che siano rispettati i principi generali di protezione dei dati ex art. 89. Questo significa che, se il trattamento dei dati sensibili per la ricerca rispetta le condizioni stabilite nell'articolo 9.2(j) del GDPR, non sarebbe necessario ottenere, per esempio, il consenso esplicito dell'interessato, come previsto dall'articolo 9.2(a). Tuttavia, è ancora necessario identificare una base giuridica appropriata ai sensi dell'articolo 6 del GDPR[11], che può includere, ad esempio, l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o legittimi interessi del titolare del trattamento considerato che l'art. 6 non ha una clausola di tenore analogo all'art. 9.2.j. In sintesi, l'articolo 9.2(j) fornisce una base giuridica specifica ed autonoma per il trattamento di dati sensibili in contesti di ricerca scientifica, storica o statistica, a condizione che siano rispettate le adeguate misure di salvaguardia stabilite dall'articolo 89 del GDPR, come vedremo a breve, e sia adottata una base giuridica complementare ex art. 6.

---

[3] European Data Protection Board, Linee-guida 03/2020 sul trattamento dei dati relativi alla salute a fini di ricerca scientifica nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19 Adottate il 21 aprile 2020.

[4] Linee-guida sul consenso a norma del regolamento (Ue) n. 2016/679 del 10.04.2018 approvate dal Gruppo di lavoro «Articolo 29 » WP259 rev.01, pag. 27 (adottate dal Comitato europeo per la protezione dei dati). Testo disponibile al seguente link: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item id = 623051.>.

[5] La CGUE condivide le stesse conclusioni: "alla luce della finalità della direttiva, l'espressione 'dati relativi alla salute' utilizzata nell'articolo 8, paragrafo 1, della stessa deve essere interpretata in senso lato in modo da includere informazioni riguardanti tutti gli aspetti, sia fisici che e mentale, della salute di un individuo". CGUE, 6 novembre 2003, BODIL LINDQVIST, C-101/01, nm. 50.

Sul merito si veda altresì l'interpretazione resa dall'EDPB, Linee guida 4/2019 sull'articolo 25. Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita, 20 ottobre 2020, nonchè quanto chiarito dall'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario, n. 55 del 7 marzo 2019 [9091942].

Circa l'ampiezza dell'interpretazione della categoria di dati "particolari" si veda SHABANI-BORRY, *Rules for processing genetic data for research purposes in view of the new EU General Data Protection Regulation*, in *Eur J Hum Genet*., 2018. Nello stesso senso si veda altresì MOURBY-MACKEY-ELLIOT-GOWANS-WALLACE-BELL-SMITH-AIDINLIS-KAYE, *Are 'pseudonymised' data always personal data? Implications of the GDPR for administrative data research in the UK, Comput. Law Secur., 2018.*

Tra i vari autori che si sono interrogati sulla definizione e determinazione dei dati sensibili si veda: QUINN, MALGIERI, *The Difficulty of Defining Sensitive Data—The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework. German Law Journal*, 2021; WONG, *Data Protection Online: Alternative Approaches to Sensitive Data*, in J. Int'l Com. L. & Tech. , 2007.

[6] Al riguardo si veda WP29, *'Advice paper on special categories of data ("sensitive data")'*, 20 Aprile 2011, 6.

[7] Sulla definizione della clausola diffusa c.d. "research exemption" si veda PORMEISTER, Genetic data and the research exemption: is the GDPR going too far?. *International Data Privacy Law*, 2017; nonchè DONNELLY - MCDONAGH, Health Research, Consent and the GDPR Exemption.. *European journal of health law*, 2019.

[8] Trattasi di un insieme di esenzioni eccezionali, da rinvenirsi in diverse disposizioni normative, principalmente all'art. 5, all'art. 6 e all'art. 89. Non è dunque una clausola specifica, definita e determinata. Al contrario, nella sua volatilità normativa, si presta a differenti interpretazioni e letture, come vedremo a seguito.

[9] European Data Protection Supervisor, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*,6 Gennaio 2020.

[10] Art. 9.1 GDPR.

[11] European Data Protection Board, *Parere congiunto EDPB-GEPD 3/2022 sulla proposta di regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari*, Luglio 2022.. 24.

Altre disposizioni considerate cardini della *research exemption sono altresì* l'anticipato articolo 89 e il Considerando 33 GDPR, coadiuvati dalla lettura in combinato disposto dell'articolo 5 e, in particolare modo, del già illustrato art. 6, il quale fissa le condizioni per la liceità del trattamento dei dati.

L'articolo 89 stabilisce deroghe e garanzie specifiche per il trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica, storica o statistica. Esso stabilisce una base di riferimento in quanto richiede che qualsiasi eccezione sia soggetta all'esistenza di adeguate garanzie per i diritti e le libertà degli interessati. In questo caso, il dettato dell'art. 89 sottolinea che le garanzie devono includere misure di minimizzazione dei dati[12], l'adozione di apposite misure organizzative per la conservazione degli stessi, la anonimizzazione ed - ove non possibile perseguire gli scopi della ricerca con dati anonimi - eventualmente la pseudonimizzazione. A tale contesto generale in materia di trattamento di dati sanitari, si somma quanto poi viene introdotto dal legislatore europeo in seno al Cons.33 GDPR, che – seppure privo di carattere vincolante – riconosce come *"in molti casi non è possibile individuare pienamente la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati. Pertanto, dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista".*

Tali ultime due disposizioni assumono un ruolo centrale nell'interpretazione normativa fornita dall'Autorità nel parere e nei provvedimenti che procederemo ad analizzare nelle sezioni successive, dove viene adombrata l'adozione di un consenso a fasi progressive.

Ai sensi dell'orientamento avvallato dall'Autorità nel parere 9791886, il consenso esplicito a norma dell'art. 9.2 (a) è stato per anni la base giuridica privilegiata nel legittimare l'uso secondario dei dati sanitari. A differenza del consenso previsto dall'articolo 6(1)(a) del GDPR, il consenso esplicito dell'articolo 9(2)(a) richiede che venga individuato in modo preciso l'ambito, le finalità e le modalità del trattamento dei dati sensibili[13], ottemperando così al requisito di specificità[14], deve inoltre essere prestato in modo libero[15], manifestato in modo chiaro e separato da altri differenti consensi (come il consenso medico-terapeutico)[16]. Ecco che sul consenso informato, sulle sue modalità di acquisizione, e sulle differenti tipologie di consenso si è concentrata larga parte della letteratura, meditando l'ampiezza dello stesso e le declinazioni in *opt-in* e *opt-*[17]. [18] Il condizionale viene utilizzato proprio per delineare scenari ipotetici e potenziali applicazioni, senza introdurre obblighi precisi, chiarendo così la flessibilità interpretativa che ha dato origine alla richiesta dell'Azienda Ospedaliera all'origine del parere 9791886. Dopo aver ripercorso brevemente il caso di specie, si procederà ad analizzare le interpretazioni rese dall'autorità alla normativa connessa all'uso secondario dei dati sanitari: il Considerando 33, l'art. 110 pre-riforma e l'art. 36 della GDPR, indagando l'efficienza e la sostenibilità dell'interpretazione resa dall'Autorità, nonché gli scenari che si aprono alla luce del recente cambio di rotta del legislatore.

2. L'orientamento dell'Autorità nel tempo. Il caso del parere 9791886

Per comprendere la posizione attuale dell'Autorità, è utile esaminare i provvedimenti emessi nel corso del tempo, prestando particolare attenzione al parere 9791886. Questo parere rappresenta un punto cruciale nel percorso interpretativo del Garante e rimane fondamentale nell'interpretazione attuale della base giuridica per il trattamento dei dati sensibili a scopi di ricerca non specificati o non determinati.

In data 4 Febbraio 2022, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata di Verona ha presentato un'istanza di consultazione preventiva, ai sensi dell'art. 110 del Codice dei dati personali (nella forma previgente alla novella del 6 maggio 2024), e dell'art. 36 del Regolamento, in qualità di promotore dello studio osservazionale interdipartimentale, prospettico, retrospettivo, non farmacologico denominato "DB Torax", trasmettendo il protocollo e la relativa valutazione di impatto poiché tra i pazienti individuati vi sono anche soggetti deceduti oppure non più contattabili. I dati oggetto del trattamento comprendevano dati anagrafici, dati d'identificazione, condizioni di base dei pazienti, diagnosi e trattamento medico, quadro laboratoristico e di *imaging*, esiti dei trattamenti a distanza in termini di risultati clinici, complicazioni, percentuale di guarigione durante la degenza, tassi di ricaduta in base alle diverse modalità di terapia e di *follow-up*, nonché, il trattamento dei dati sensibili relativi all'origine raziale ed etnica degli interessati. La possibilità di accedere a tali dati sensibili per soggetti terzi, esterni al nucleo di ricerca, era subordinato ad un vaglio da operare di volta in volta, da una commissione scientifica apposita composta dagli sperimentatori principali e dai co-sperimentatori, che avrebbe deciso in modo insindacabile se concedere l'accesso ai dati per tali protocolli basandosi sulla qualità scientifica degli stessi, dando comunque per presupposto il rispetto delle indicazioni poste nel documento di istituzione della banca dati.

---

[12] STAUNTON - SLOKENBERGA - PARZIALE - MASCALZONI, *Appropriate Safeguards and Article 89 of the GDPR: Considerations for Biobank, Databank and Genetic Research,* in *Front. Genet.*, 2019.

[13] Sul merito EDPB, 'Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679', 4 Maggio 2020, 20.

[14] Article 29 WP, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP259 rev.01, 10.4.2018, 18.

[15] Si veda al riguardo BYGRAVEL - TOSONI - IN KUNER - BYGRAVE - DOCKSEY, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, Article 4 GDPR*, Oxford, 2020.

[16] Article 29 WP, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP259 rev.01, 10.4.2018, p. 18.

[17] Sul merito si veda MAN - WIELAND-JORNA - TORENSMA - WIT - FRANCKE - OOSTERVELD-VLUG - VERHEIJ, *Opt-In and Opt-Out Consent Procedures for the Reuse of Routinely Recorded Health Data in Scientific Research and Their Consequences for Consent Rate and Consent Bias: Systematic Review*, *J. Med. Internet Res.*, 2023.

[18] Sul carattere non vincolante dei Considerando si veda KLIMAS - VAICIUKAITE, *"The Law of Recitals in European Community Legislation",* in *ILSA J. of Int. Law*, 2008.

Con particolare riferimento ai propositi e alle finalità per l'istituzione di questa banca dati essi si proponevano di valutare l'impatto e i risultati di diverse pratiche terapeutiche chirurgiche, mediche e radioterapiche in condizioni patologiche maligne e benigne, considerando fattori prognostici, validazione di classificazioni tumorali e l'affidabilità delle metodologie diagnostiche. Il richiamato Studio ha ottenuto, in data 15 febbraio 2022, il parere favorevole del Comitato Etico competente territorialmente per la sperimentazione clinica dell'Azienda.

I nodi problematici che l'Autorità Garante è stata chiamata a sciogliere riguardano due differenti profili.

1) In primo luogo, l'autorità viene interrogata con riferimento alle basi giuridiche legittimanti il trattamento dei dati personali sensibili, appartenenti a soggetti il cui consenso era stato precedentemente acquisito in sede di uso primario[19], per la creazione di una piattaforma di condivisione destinata a finalità di ricerca medico-scientifica.

2) Il secondo nodo problematico veniva invece sollevato dall'Azienda Ospedaliera con riferimento alla difficoltà riscontrata nella fase di ricontatto dei pazienti per l'acquisizione dell'ulteriore consenso, poiché taluni risultavano essere deceduti oppure non reperibili. Solo il 10% dei pazienti selezionati è risultato reperibile, con una conseguente compromissione del campione numerico e, di conseguenza, della validità scientifica dello Studio. L'autorità viene interrogata in merito alla possibile estensione interpretativa della presunzione di compatibilità dei fini di ricerca di cui all'art. 5, par. 1 lett. b). Al proposito l'Azienda Universitaria Ospedaliera aveva specificato che, per quanto concerne la raccolta prospettica dei dati, la base giuridica fosse da rinvenire nel consenso degli interessati acquisito *"previa consegna dell'informativa ai pazienti in merito al trattamento dei propri dati personali, recante in calce la relativa formula per l'acquisizione del consenso"*. Da qui il quesito relativo all'ampiezza e al relativo margine delle ricerche successive: in quali termini esse debbano essere connesse alle finalità di ricerca precedentemente definite nel consenso informato prestato e quale possa essere l'ampiezza del consenso posto *ab origine*.

L'Azienda ha proceduto dunque facendo ricorso alla procedura ex art. 110 d.lgs. 196/2003[20], oggetto del parere reso dall'Autorità. Lo strumento del parere preventivo è stato per anni[21] una peculiarità propria del nostro ordinamento, inserita in un quadro regolamentare europeo che lascia aperto un ampio margine di intervento e autonomia nazionale nella gestione dell'uso successivo dei dati sanitari per finalità di ricerca, favorendo altresì la circolazione di modelli differenti da Stato a Stato[22][23].

2.1. L'interpretazione normativa dell'Autorità

Il parere in analisi afferma la centralità del consenso informato quale base giuridica legittimante il trattamento dei dati sanitari nell'ambito dell'uso successivo per finalità di ricerca non ancora determinate o determinabili, eliminando così ogni speranza per un possibile automatismo fondato sul precedente consenso[24] o su modalità "allargate"[25]. Dopo aver ribadito[26] il significato di "dato personale" e "informazioni anonime" secondo il dettato della GDPR, l'Autorità procede ad esaminare i presupposti normativi per il trattamento dei dati personali per scopi di ricerca scientifica. Esso deve essere effettuato nel rispetto delle disposizioni del Regolamento e del

---

[19] Con riferimento a particolarità casistiche, si veda la riconduzione all'uso primario della medicina di iniziativa, come analizzata nel procedimento di annullamento del Provvedimento dell'AG del 15 dicembre 2022 contro l'Azienda Sanitaria Friuli Centrale, come analizzato da LORÈ, *Medicina di iniziativa e privacy: verso un nuovo approdo?,* in *Rivista Diritto di Internet*, 2024, 303.

[20] Il testo in vigore sino ad Aprile 2024 non prevedeva le attuali deroghe al consenso informato e la procedura ex 110 richiedeva il parere dell'Autorità Garante.

[21] Oggi il ruolo dell'Autorità è stato ridimensionato dalla modifica intervenuta ex 110 GDPR, la quale ha esplicitato che non occorre procedere alla raccolta del consenso laddove ricorrano le circostanze ex art. 9(2) lett j, come vedremo a seguito.

[22] Con riferimento alla circolazione di modelli normativi, nonché il tema del conseguente "forum-shopping", ossia la preferibilità di un dato Stato per i benefici giuridici e le agevolazioni normative connesse al sistema regolatorio nazionale, si veda quanto trattato da AURUCCI, *Il trattamento dei dati personali nella ricerca biomedica - Problematiche etico-giuridiche*, Torino, 2022; Nonché quanto sostenuto altresì dal suo maestro PAGALLO, *The legal challenges of Big Data: putting secondaryrules first in the field of EU data protection*, in *Eur. Data Prot. Law Rev.*, 2017.

[23] Per un'analisi comparata sulla competitività dei modelli regolamentari adottati nei singoli stati europei si veda quanto meditato in *BOYD - ZIMETA - TENNISON - ALASSOW, Secondary use of health data in Europe,* in *Open Data Institute Roche – Report, 2021*. In termini più attuali, circa l'apertura del sistema normativo tedesco ad una forma di "broad consent" su modello inglese si veda *ZENKER - STRECH - IHRIG - JAHNS - MÜLLER - SCHICKHARDT - SCHMIDT - SPEER - WINKLER - GRAF VON KIELMANSEGG, DREPPER, Data protection-compliant broad consent for secondary use of health care data and human biosamples for (bio)medical research: Towards a new German national standard,* in *J. Biomed. Inform., 2022*. Per una visione internazionale si mediti invece PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario,* Milano, *2022*; seppur con particolare focus sull'AI nel comparto medico-sanitario per fianlità di ricerca.

[24] Come era stato diversamente sostenuto, aprendo alcune speranze, da Pasquale Stanzione, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali (Panorama, 18 febbraio 2022), il quale individuava il favore della GDPR all'uso secondario dei dati sanitari nella presunzione di compatibilità, definendo – sulla scorta dell' art. 6, 4° comma e del considerando 50 del GDPR - l'interesse pubblico quale base legittimante in ambito di ricerca.

[25] Si ipotizzano differenti modalità di consenso informato. Sul merito si mediti SALVATERRA - LECCHI - GIOVANELLI - BUTTI - BARDELLA - BERTAZZI - BOSARI - COGGI - COVIELLO - LALATTA - MOGGIO - NOSOTTI - ZANELLA - REBULLA, *Banking together. A unified model of informed consent for biobanking*, EMBO Rep., 2008. In senso analogo si veda anche MIKKELSEN, GJERRIS, WALDEMAR, Broad consent for biobanks is best – provided it is also deep., *BMC Medical Ethics,* 2019.

[26] Tra i vari interventi sul merito si veda Garante per la Protezione dei Dati Personali, Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica effettuati nell'ambito del Sistema Statistico nazionale pubblicate ai sensi dell'art. 20, comma 4, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, 19 dicembre 2018 [9069677]; per una chiave di lettura storico evolutiva si veda altresì EDPB (ex gruppo art. 29), WP 136 - Parere 4/2007 sul concetto di dati personali - 20 giugno 2007 [1607426].

Codice[27], oltre che delle Prescrizioni relative al trattamento dei dati genetici (se necessario) e delle Prescrizioni relative al trattamento dei dati personali effettuato per scopi di ricerca scientifica[28], nonché delle Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica[29], che costituiscono condizione essenziale di liceità e correttezza dei trattamenti[30].

La lettura normativa fornita a tale riguardo dall'Autorità guarda ad un'interpretazione letterale del Cons. 33 del Regolamento, che non va ad inficiare gli obblighi giuridici relativi al consenso, e un'interpretazione restrittiva dell'art. 110 del Regolamento.

Ai sensi del Cons. 33 l'uso successivo dei dati può essere esercitato consentendo agli interessati di prestare un consenso dinamico, o progressivo, ossia acconsentendo al trattamento dei propri dati per solo alcuni settori di ricerca laddove sia contemplato il rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica[31].

Tale indirizzo prosegue su quanto già precedentemente espresso dall'Autorità nel provvedimento n. 146/2019, secondo cui, ai sensi dell'art. 4(5), il consenso informato risulta essere la regola generale. Tuttavia, vi sono alcune possibili eccezioni:

1. Nel caso in cui i campioni biologici ed i dati genetici raccolti per finalità di tutela della salute possono essere conservati ed utilizzati per finalità di ricerca scientifica o statistica senza il consenso del paziente in caso:

- Nel caso in cui campioni biologici e dati genetici raccolti per finalità di tutela della salute possano essere conservati e utilizzati per scopi di ricerca scientifica o statistica senza il consenso del paziente, qualora tali indagini siano previste da normative dell'Unione Europea, dalla legge o, nei casi previsti dalla legge, da un regolamento;
- Quando l'utilizzo dei dati è limitato al perseguimento di ulteriori finalità scientifiche o statistiche direttamente connesse a quelle per cui era stato inizialmente acquisito il consenso informato degli interessati[32].

2. I casi in cui, nonostante ogni ragionevole sforzo, non sia stato possibile ottenere il consenso per la conservazione e l'ulteriore utilizzo di campioni biologici e dati genetici per programmi di ricerca diversi da quello originario, a condizione che l'ulteriore trattamento

- non consenta l'identificazione degli interessati *ovvero* il programma di ricerca abbia ricevuto il preventivo parere favorevole del Comitato Etico locale[33] e
- sia sottoposto a preventivo parere del Garante per i dati personali ai sensi dell'art. 36 del GDPR[34].

Le motivazioni possono essere:

1) etiche, ove l'interessato ignori la propria condizione e la rivelazione di informazioni potrebbe causare danni materiali o psichici[35];

2) organizzative, ove il mancato inserimento degli interessati non contattabili avrebbe gravi ripercussioni sullo studio, compresa l'alterazione dei risultati;

3) di carattere sanitario, ove la gravità dello stato clinico dell'interessato lo renda impossibilitato a comprendere l'informativa fornita e a prestare valido consenso.

Nel prossimo paragrafo esamineremo il parere 9791886 dell'Autorità Garante, analizzando i dettagli del caso specifico presentato dall'Azienda Ospedaliera, per capire come la riforma potrebbe influenzare l'orientamento del Garante nazionale.

3. Il consenso a fasi progressive e le successive istanze specifiche

Entrando nel merito, il Garante approva l'uso del consenso informato individuato dall'azienda ospedaliera come base legale per creare una banca dati destinata alla ricerca medico-scientifica. Tuttavia, l'Autorità, in modo deciso, rifiuta l'idea che l'approvazione del Comitato etico ai sensi dell'art. 36 GDPR possa essere usata come scorciatoia per evitare la necessità di ottenere un consenso informato specifico per le future ricerche mediche. Il merito del parere attraversa due ambiti:

1) La granularità del consenso informato a fasi progressive

2) Le specifiche istanze ex art. 36 nel caso di soggetti deceduti o non più contattabili.

Con riferimento al tema del consenso informato a fasi progressive, l'Autorità biasima l'interpretazione giuridica proposta dall'Azienda Ospedaliera, la quale affermava che si stesse trattando della conduzione di "ulteriori e specifici studi". Contrariamente all'interpretazione del titolare del trattamento, la situazione non riguarda ipotesi di trattamenti per scopi ulteriori, ma rientra in quanto contemplato nel considerando 33 del Regolamento, uso secondario per finalità di ricerca non ancora determinate o determinabili[36]. Questo considerando permette il consenso graduale per il trattamento dei dati personali per la ricerca scientifica quando, al momento della raccolta, non è possibile individuare completamente le specifiche finalità del trattamento. Viene sottolineato inoltre che la nozione di ricerca scientifica deve essere interpretata in modo restrittivo e che lo scopo del trattamento deve essere specificamente legato al progetto di ricerca che si intende realizzare[37]. Pertanto, i consensi raccolti al momento della

---

[27] Artt. 5, par. 1, lett. b) e e), 9, par. 2, lett. j) 89 del Regolamento e art. 110 del Codice.

[28] Allegati 4 e 5 al provvedimento del 5 giugno 2019 (doc. web 9124510).

[29] Allegato A5 al Codice.

[30] Art. 2-quater del Codice e art. 21, comma 5 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

[31] Sul merito l'AG cita, oltre alla lettura in combinato disposto degli artt. 5, 6, 7 e 9 del Regolamento, altresì le Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2020/679, Comitato europeo per la protezione dei dati, Maggio 2020.

[32] Art. 4 (11)3 Provvedimento del Garante Privacy, n. 146/2019.

[33] Tale profilo aveva rilevanza ante riforma dell'art. 110. Con il disposto normativo novellato in Aprile 2024 il parere preventivo favorevole del locale Comitato Etico non risulta più necessario.

[34] GDPR, art. 110, art. 9, par. 2, lett. j) e par. 4 del Regolamento.

[35] Vedi *supra* 33.

[36] Per un'analisi approfondita circa la differenza tra uso secondario e trattamento successivo, si veda BECKER - CHOKOSHVILI - COMANDÉ - DOVE - HALL - MITCHELL - MOLNÁR-GÁBOR - NICOLÀS - TERVO - THOROGOOD, Secondary Use of Personal Health Data: When Is It "Further Processing" Under the GDPR, and What Are the Implications for Data Controllers?, in *Eur. J. Health Law*, 2022.

[37] European Data Protection Board, Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento 2016/679, Maggio 2020.

creazione del database non possono essere utilizzati per futuri trattamenti a scopo di ricerca scientifica, in quanto sono incompleti e devono essere integrati con consensi specifici per ogni progetto di ricerca successivo. I nove ambiti di indagine indicati dal titolare rappresentano delle macro-finalità, ma le finalità precise saranno definite solo nei progetti di ricerca futuri. In altre parole, una descrizione troppo generica delle finalità non è sufficiente per garantire la validità del consenso eventualmente prestato.

Circa il secondo nodo tematico, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, ha osservato che, per i pazienti non contattabili, la consultazione preventiva, insieme al parere favorevole del Comitato etico, veniva considerata equivalente al consenso per la raccolta e conservazione dei dati nel database[38]. Tuttavia, l'Autorità richiedeva all'Azienda, in qualità di titolare del trattamento, di integrare i consensi già raccolti con consensi specifici per ciascun progetto di ricerca futuro approvato dai Comitati etici. In alternativa, qualora applicabile, presentare specifiche istanze di consultazione preventiva. In ultimo, l'Autorità affrontava altresì il tema della presunzione di non incompatibilità sancita all'art 5, par. 1, lett. B) del Regolamento, alla quale – l'AG ritiene - deve essere attribuita natura d'eccezione, e non può essere applicata in modo analogico o estensivo, soprattutto nei casi di trattamento di particolari categorie di dati sensibili, per i quali è generalmente proibito il trattamento senza un consenso specifico. In tale senso, l'Autorità pone chiarezza sull'interpretazione aperturista avanzata da buona parte della dottrina[39] , che vedeva nel considerando 50 conferma che il titolare del trattamento potesse riutilizzare i dati a fini di ricerca, avvalendosi della stessa base giuridica del trattamento iniziale[40].

4. Evoluzioni e specificazioni

A quasi due anni di distanza dal parere 9791886, l'Autorità ha avuto modo di operare ulteriori chiarimenti rispetto ai criteri definiti nel parere di Giugno 2022 in occasione delle fisiologiche e prevedibili istanze seriali ad esso succedute. Vari sono i provvedimenti dell'Autorità susseguitisi nell'arco degli ultimi due anni, i quali mantengono di fatto la medesima interpretazione normativa che l'Autorità fornisce in seno al parere del Giugno 2022. Ciò che merita invece di essere ricordato sono le pronunce che, esaminando le singole casistiche ad oggetto delle varie istanze di consultazione preventiva, circoscrivono di fatto e chiariscono le prassi da osservare nell'ambito degli studi retrospettivi-osservazionali. In dettaglio, in data 2 Marzo 2023[41], l'Autorità ha avuto modo di pronunciarsi circa i criteri dimostrativi da dover fornire per motivare l'eccessiva onerosità della procedura di ulteriore ricontatto e raccolta di un ulteriore specifico consenso, relativamente ai singoli studi medici futuri. Al proposito, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino, aveva illustrato l'eccessiva onerosità fornendo un calcolo specifico. Essa, infatti, rileva , a seguito di una specifica valutazione, che l'Azienda ha infatti calcolato che ciò "*corrisponderebbe ad un impiego di personale sanitario per un minimo di 437 giorni a tempo pieno, con una stima al ribasso che non tiene conto del fatto che i genitori verosimilmente non verrebbero insieme in un unico appuntamento*". Il titolare ha dichiarato, inoltre, che *"negli studi coinvolgenti minori, è necessario ottenere l'assenso scritto del minore, che sarebbe quindi anch'egli convocato in ospedale, con impatto sulla frequenza scolastica o con necessità di programmare gli appuntamenti dedicati alla firma dei consensi solo nel pomeriggio, quindi raddoppiando il tempo necessario per ottenere tutti i consensi. Si arriverebbe a necessitare di 2,3 anni per ottenere, in linea teorica, tutti i consensi"*. Tali circostanze risultano aggravate dal fatto che *"non vi sono finanziamenti previsti per questa ricerca che viene portata avanti da personale medico universitario, parallelamente all'attività clinica e assistenziale"*. Tali argomentazioni sono state ritenute sufficientemente esaustive dall'autorità per motivare debitamente l'impossibilità di procedere alla raccolta di ulteriori consensi specifici per i singoli studi futuri. Lo stesso approccio di "natura quantitativa" viene proposto anche nell'istanza di consultazione preventiva ex art. 36 e 110 GDPR dall'azienda *Takeda Pharmaceuticals International AG*, a cui l'autorità ha risposto con il Provvedimento n.498 del 26 ottobre 2023, avvallando il criterio avanzato dall'azienda dei 3 tentativi di ricontatto, prima di considerare gli stessi soggetti non più ricontattabili. In tale parere l'autorità giunge a definire un ulteriore parametro che viene ritenuto satisfattivo ai fini della conoscibilità dell'informativa per compensare i vuoti lasciati dai mancati ricontatti di soggetti deceduti, ossia la pubblicità sul sito internet dell'Azienda delle informazioni da fornire agli interessati. Tale policy determinerebbe la conformità del trattamento per tutti quei delicati ambiti di ricontatto eticamente problematici, dove il soggetto è deceduto e il ricontatto dei parenti o genitori (in caso di minore defunto) non farebbe altro che perpetrare e rinnovare il dolore già affrontato dai famigliari. La pubblicazione dell'informativa sul sito internet dell'Azienda titolare del trattamento veniva già presentato come criterio risolutivo nel provvedimento n. 465/2023 del 28 Settembre 2023, e ribadito poi successivamente nel provvedimento n. 499 del 6 ottobre 2023 e del provvedimento n. 551 nel 16 novembre 2023, assurgendo a policy chiara e definita da attuare in caso di soggetti non più contattabili. Nel paragrafo seguente andremo dunque ad estrapolare e

[38] Tale posizione va letta nella sua antecedenza alla novella dell'art. 110.

[39] Tra gli autori che hanno accolto positivamente l'introduzione del nuovo regime regolatorio, ritenendolo più favorevole alla libera circolazione dei dati, si vedano MAYER-SCHONBERGER - PADOVA, *Regime Change: Enabling Big Data Through Europe's New Data Protection Regulation*, in *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* (2016); WACHTER - MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, *Colum. Bus. L. Rev.,* 2019. In particolare, riguardo alla libera circolazione dei dati per finalità di ricerca, si consulti SCHNEIDER - COMANDÉ, *Differential Data Protection Regimes in Data-Driven Research: Why the GDPR Is More Research-Friendly Than You Think,* in *Ger. Law J.,* 2021.

[40] Sul merito si veda anche COMANDÉ - MALGIERI, *Guida al trattamento e alla sicurezza dei dati personali. Le opportunità e le sfide del Regolamento UE e del codice italiano riformato*, in *Il Sole 24 Ore*, 2019; come citato altresì in DUCATO*, Data protection, scientific research, and the role of information*, in *Comput. Law Secur. Rev.*, 2020.

[41] Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, n. 73 del 2 marzo 2023.

tipizzare i criteri che il garante ha ritenuto idonei a dimostrare quali sono i "ragionevoli sforzi" che l'Autorità Garante ha ritenuto sufficienti per dimostrare l'impossibilità o l'eccessiva onerosità del ricontatto.

5. "Il ragionevole sforzo" e "l'eccessiva onerosità". I criteri probatori per l'esenzione dalla riacquisizione del consenso informato

I criteri ritenuti validi dall'Autorità Garante per provare il "ragionevole sforzo" compiuto dai titolari del trattamento nel ricontatto emergono su base casuistica. Tra questi emergono:

1) I tre tentativi di ricontatto
2) Rapporto tempo/risultato e potenziale eccessiva onerosità economica

1) I tre tentativi di ricontatto: i tentativi pregressi di ricontatto sono stati il primo criterio proposto dagli operatori del settore della ricerca medica quale elemento dimostrativo del ragionevole sforzo compiuto per operare la ri-acquisizione del consenso da parte del soggetto individuato. Esso è stato oggetto di vaglio fin dalle prime istanze preventive dove, in un primo momento, l'Autorità si è limitata ad avvallare con quiescenza i n. 5 tentativi di ricontatto proposti dall'istante[42], giungendo poi in tempi più recenti a indirizzare in prima persona la necessaria adozione dei 3 tentativi di ricontatto[43], affermandolo così quale minimo standard dimostrativo dell'effettivo tentativo di ricontatto. In tale ultimo contesto, va rilevato come parte istante non avesse in alcun modo proceduto ad effettuare i ricontatti, adducendo *de plano* di avere riscontrato difficoltà organizzative e operative. Di conseguenza, si può - allo stato attuale- ritenere che il criterio dei tre ricontatti debba essere osservato anche in concomitanza con ulteriori ragioni, come l'obiezione dell'eccessiva onerosità della procedura di ricontatto, come vedremo in seguito. Interpretazione questa che, se confermata, minerebbe alla base la logica della novella legislativa dell'art. 110 codice dati personali poiché in caso di alti costi i tre tentativi non sarebbero perseguibili non rendendo azionabile l'intero art. 110. A parere della scrivente, sarebbe opportuno riflettere sull'impatto emotivo che il ricontatto telefonico può avere, un aspetto peraltro già sollevato nell'istanza presentata all'Autorità Garante, su cui si basa il parere 9791886. Sebbene sia vero che il principio di autodeterminazione individuale è al centro dell'orientamento dell'Autorità Garante, la quale considera fondamentale la riacquisizione del consenso, è altrettanto vero che tale pratica può provocare sofferenze emotive non trascurabili, che devono essere tenute in considerazione nel bilanciamento degli interessi e nella tutela dei diritti individuali, rappresentando un'invasione della sfera personale del soggetto. Tuttavia, nonostante queste preoccupazioni siano ampiamente condivise in ambito accademico[44], ciò non comporta il superamento del vincolo normativo che impone l'acquisizione del consenso, che rimane un obbligo imprescindibile sancito dal legislatore.

2) Il rapporto tra tempo e risultati, insieme ai costi economici potenzialmente elevati, è stato considerato sufficiente a dimostrare l'eccessiva onerosità della procedura di ricontatto e riacquisizione del consenso. Tuttavia, questa posizione richiede particolare attenzione, poiché al momento rappresenta un caso unico nelle risposte dell'Autorità Garante. Le circostanze specifiche dello studio osservazionale in questione prevedevano infatti il coinvolgimento di soggetti minori di età, dove dunque sarebbe stata necessaria l'intermediazione di soggetti terzi quali le figure genitoriali. Sarà opportuno monitorare nelle prossime istanze ex. Art. 110 l'allegazione di analoga motivazione in relazione a studi osservazionali relativi a pazienti in età adulta, ciò per meglio comprendere i margini e la solidità di tale criterio di valutazione che risulterebbe essere importante strumento di giustificazione per la deroga al ricontatto da parte degli operatori di settore.

In ultimo, si rileva come – in tutti i provvedimenti qui discussi[45] – l'invito operato dall'Autorità Garante di procedere con la pubblicazione sui relativi portali e siti internet istituzionali della valutazione di impatto e con la puntuale elencazione dei modelli matematici statistici utilizzati per elaborare i dati, nonché delle relative logiche algoritmiche utilizzate, aderisca fedelmente al principio di trasparenza.

6. Tabula rasa: la modifica dell'art. 110 GDPR. L'eliminazione del parere preventivo dell'Autorità Garante ex art. 36 GDPR. Una nuova era

Con D.L. 2 Marzo 2024 n. 19, il legislatore nazionale accoglie l'istanza che da anni la dottrina e gli operatori del mondo della ricerca medico-scientifica promuovevano, eliminando il parere preventivo dell'Autorità ex art 36, nel caso in cui i soggetti da ricontattare siano deceduti o non più contattabili. Come è già stato detto, il disposto normativo dell'art. 110, seppur nel solco dell'autonomia normativa degli stati membri, tradiva il proposito che il legislatore europeo aveva meditato in seno al regime previsto dall'art. 9 lett. j), che combinava in modo più ampio le basi legislative nazionali e/o comunitarie con la valutazione della "necessità", garantendo una maggiore armonizzazione tra le diverse giurisdizioni e un più attento bilanciamento tra protezione dei dati e interessi della ricerca scientifica.

Come analizzato nei paragrafi precedenti, il parere preventivo dell'Autorità Garante rappresentava una procedura molto onerosa per i titolari del trattamento dati, sia in termini tempistici (che spesso superavano le 8 settimane previste dall'art. 36), sia in termini di organizzazione e costi.

---

[42] Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Provvedimento n. 499 del 26 ottobre 2023.

[43] Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Provvedimento n. 36 del 24 Gennaio 2024.

[44] CHOROSZEWICZ, *Emotional labour in the collaborative data practices of repurposing healthcare data and building data technologies*, *Big Data & Society*, 2022. Si veda altresì MURDOCH - JANDURA - CAULFIELD, *"Reconsenting paediatric research participants for use of identifying data"*, in *J. Med. Ethics*, 2022.

[45] In particolare, si veda quanto è stato disposto in seno alla decisione del provvedimento n. 36/2024 del 24 gennaio 2024.

Con la novella convertita in legge il 6 maggio 2024 si prospetta un'importante svolta semplificativa per gli operatori della ricerca medico scientifica. Tuttavia, il riformato art. 110 ai sensi dell'articolo 106, comma 2, lettera d) del Codice le garanzie da osservare nei casi in cui per il trattamento dei dati sulla salute di cui all'art. 9 del Regolamento per scopi di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica, non sia possibile acquisire il consenso degli interessati. L'emendamento, opportunamente, fa riferimento al disposto di cui all'art 106, ai sensi del quale si prevede la necessità di individuare le garanzie da osservare nei casi in cui si può prescindere dal consenso dell'interessato. A tale proposito è intervenuto il Provvedimento n. 10016146 del 9 Maggio[46]. In questa sede, il Garante ha individuato le garanzie ai sensi dell'art. 110 e ha inoltre colto l'occasione per avviare la redazione di nuove regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica, rilevando importanti criticità e incompatibilità del previgente codice di deontologia e buona condotta. Ai sensi del citato provvedimento, in termini di garanzia, il titolare del trattamento deve:

- adottare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato;
- acquisire il parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale sul progetto di ricerca come previsto dall'art. 110 del Codice deve accuratamente;
- motivare e documentare accuratamente nel progetto di ricerca, la sussistenza delle ragioni etiche o organizzative per le quali informare gli interessati e quindi acquisire il consenso, risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca, documentando altresì i ragionevoli sforzi profusi per tentare di contattarli.

Tale ultimo profilo rimanda a quanto esaminato nella sezione precedente, ossia ai criteri individuati negli anni dal Garante per dimostrare il ragionevole sforzo nel considerare irreperibili i soggetti. Questo aspetto, se interpretato come precedentemente illustrato, potrebbe limitare ulteriormente l'uso successivo, non essendo prevista la possibilità di consultazione preventiva. Tuttavia, non si adotterà un sistema di autorizzazione generale, pur rimanendo possibile ai sensi dell'art. 110 bis comma del Codice della privacy, ma si procederà comunque nel rispetto del principio di responsabilità. A parere di chi scrive, detto intervento normativo non comporta alcuna minor tutela per i livelli di protezione dei dati personali e per il livello di accountability. Con tale provvedimento viene infatti introdotto l'obbligo per il Titolare del trattamento di procedere con opportuna analisi dei rischi e valutazione d'impatto ai sensi dell'art. 35 del GDPR, procedendo altresì con l'identificazione di misure idonee a contenere i rischi individuati, misure che – di fatto – frenano il pieno alleggerimento che si proponeva il novellato art. 110, ma senza le quali si sarebbe verificato un paradosso normativo: i trattamenti secondari previsti dalla legge, avrebbero richiesto la valutazione d'impatto, mentre quelli non previsti dalla legge ne sarebbero stati esentati.

7. Conclusioni finali

L'analisi delle modifiche all'articolo 110 del GDPR mette in evidenza un significativo avanzamento rispetto alla disciplina precedente, con un marcato miglioramento nella gestione dei dati personali per finalità di ricerca scientifica. La riforma introduce una maggiore flessibilità, limitando l'obbligo di consultazione preventiva al Garante ai soli trattamenti che comportano elevati rischi, semplificando e accelerando i processi di ricerca e favorendo, di conseguenza, l'uso secondario dei dati sanitari. Tale innovazione risponde alle necessità di un progresso tempestivo nel settore medico e sanitario, riducendo gli ostacoli procedurali che in passato ostacolavano l'efficienza delle attività di ricerca. Tuttavia, permangono alcune criticità, principalmente con riferimento agli oneri connessi alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA) e alla necessità di ricontattare gli interessati nei casi in cui sia possibile rintracciarli. Sebbene la DPIA rappresenti uno strumento fondamentale per garantire un adeguato livello di protezione dei diritti degli interessati, l'obbligo di redigerla in contesti di ricerca scientifica, in cui informare gli interessati può risultare complesso o sproporzionato, potrebbe introdurre difficoltà operative che rallentano la velocità delle ricerche[47], in particolare nel campo medico. Inoltre, la persistente necessità di ricontattare i soggetti interessati, quando essi siano rintracciabili, continua a costituire un ostacolo pratico, limitando la tempestività nell'impiego dei dati a fini di ricerca. Nonostante queste criticità, la riforma offre comunque significative opportunità di semplificazione. Un'evoluzione normativa futura potrebbe ulteriormente ridurre gli oneri burocratici, semplificando le procedure di valutazione d'impatto o adottando disposizioni più snelle per il trattamento dei dati sanitari destinati alla ricerca scientifica. In parallelo, sarebbe opportuno esplorare soluzioni innovative, come forme di autoregolamentazione[48], o l'adozione di modelli di *broad consent*[49], che

[46] Provvedimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali, Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica ai sensi degli artt. 2-quater e 106 del Codice – 9 maggio 2024 (n.10016146).

[47] Sul merito si mediti la FAQ resa dal Garante per la Protezione dei Dati Personali, Presupposti giuridici e principali adempimenti per il trattamento da parte degli IRCCS dei dati personali raccolti a fini di cura della salute per ulteriori scopi di ricerca, Giugno 2024, la quale prevede l'obbligo di pubblicazione della valutazione d'impatto sul sito web, in assenza della quale l'IRCCS incorrerebbe in sanzioni amministrative; nonché il mantenimento della consultazione preventiva del Garante ex art. 36 nei casi in cui la VIP indichi che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate dal titolare per attenuare il rischio.

[48] In tema di autoregolamentazione, ancora di attualità FLORIDI, *The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014.

[49] In riferimento al processo intrapreso in Germania e Inghilterra ZENKER - STRECH - IHRIG - JAHS - MÜLLER - SCHICKHARDT - SCHMIDT - SPEER - WINKLER - GRAF VON KIELMANSEGG - DREPPER, *Data protection-compliant broad consent for secondary use of health care data and human biosamples for (bio)medical research: Towards a new German national standard*, in *J.Biomed. Inform.*, 2022.

permetterebbero una gestione dei dati più agile e meno onerosa per i ricercatori, senza compromettere la protezione dei diritti degli interessati. Modelli di consenso adottati in altri ordinamenti, come quello inglese o tedesco, che promuovono un consenso più ampio e orientato eticamente, potrebbero fornire un utile esempio da seguire, creando un giusto equilibrio tra la necessità di tutela dei dati e l'esigenza di accelerare il progresso della ricerca scientifica.

Informazione e autorizzazione al trattamento sanitario: modelli e profili differenziati di responsabilità

di **Stefania Pia Perrino**

Sommario: 1. L'asimmetria terapeutica. 2. Il modello generale. 3. I modelli a strategia istituzionale integrata. 4. I modelli a doppia funzione. 5. I modelli claudicanti. 6. Le ricadute applicative degli elementi specializzanti.

Abstract: La legge 20 dicembre 2017, n. 219 ha introdotto una disciplina per la tutela dell'autodeterminazione nelle cure e le regole minime per il consenso informato. Al modello generale si accompagnano ulteriori modelli informativi e di autorizzazione che variano a seconda del tipo di trattamento, di soggetti coinvolti e di funzioni assolte. Il saggio è dedicato all'analisi di siffatti modelli eterogenei, tra cui quelli a strategia istituzionale integrata, a doppia funzione e claudicanti, nonché del diverso spazio applicativo degli obblighi di informare e di ottenere un consenso valido, funzionale all'individuazione dello spazio di responsabilità da trattamento arbitrario.

1. L'asimmetria terapeutica

Nella più asimmetrica delle relazioni, quella terapeutica tra il paziente e l'ente ospedaliero, in cui operano il medico e l'*équipe*, l'informazione e il consenso al trattamento costituiscono gli strumenti giuridici elaborati per proteggere l'autodeterminazione della parte debole nel rapporto di cura[1]. L'informazione prima e l'autorizzazione al trattamento poi consentono al paziente di comprendere e di scegliere i trattamenti proposti e incidenti sul proprio corpo. Tra questi rientrano non solo quelli funzionali a tutelare il bene giuridico della salute, per il miglioramento delle condizioni psico-fisiche, ma pure quelli che vantano di funzioni ulteriori, come gli espianti con il fine di trapianto in favore di terzi oppure la sperimentazione o la donazione di cellule riproduttive per la fecondazione altrui o, ancora, la riproduzione artificiale.

L'asimmetria informativa ricorre specialmente nel rapporto terapeutico, nello spazio, nel tempo e nel linguaggio della cura[2]; seppure alleviata, persiste pure dopo l'informazione c.d. attiva o conoscitiva da parte della struttura ospedaliera o del medico o dell'*équipe*[3]. Tale condizione di sperequazione tra patrimoni conoscitivi impone alle parti forti del rapporto terapeutico di comunicare le informazioni necessarie per comprendere e così adottare consapevolmente le decisioni che riguardano il proprio benessere psico-fisico. L'informazione nel rapporto di cura è centrale pure nelle norme dedicate ai trattamenti sanitari che coinvolgono il minore e il paziente sottoposto a TSO, nonostante le censure mosse da una certa impostazione interpretativa che da tempo denunzia la c.d. falsa logica del consenso[4].

In altre relazioni asimmetriche, come quella tra il consumatore e il professionista[5], il legislatore ha presidiato il soggetto che versa in una condizione di vulnerabilità, perché privo delle competenze tecniche per realizzare l'operazione economica anelata, con obblighi informativi, nullità di protezione, recesso di pentimento e molti altri congegni volti a neutralizzare i riflessi dell'asimmetria che si rintracciano nel contratto[6]. Nella relazione terapeutica, invece, la *case law* nordamericana ha sviluppato il congegno del consenso informato al trattamento, poi recepito dalla giurisprudenza[7], dalla dottrina[8], e oggi

---

[1] Sul rapporto di cura e sull'autodeterminazione terapeutica, la riflessione dottrinale è ampia: ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 406 ss.; PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; PASCUCCI, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie,* a cura di SESTA, Santarcangelo di Romagna, 2014, 207 ss.

[2] Anche sotto il profilo linguistico si riscontra uno sbilanciamento tra medico/struttura e paziente, con riferimento a spazio, tempo e linguaggio di cura. Cfr. FONTANELLA, *La comunicazione diseguale. Ricordi di ospedale e riflessioni linguistiche, in Il pensiero scientifico*, Roma, 2011; ZATTI, *«Parole tra noi così diverse». Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 148 ss.; FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 14-15. Sulla funzione riequilibratrice, *cfr.* PUCELLA, *op. cit.*, 12 ss.

[3] Si consenta il rinvio a PERRINO, *L'inadempimento dell'obbligo informativo terapeutico*, Torino, 2024, 75 ss.

[4] Per tutti, GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto,* in *Riv. dir. civ.*, 1966, 272 ss.; ZAMBRANO, *Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso,* in *Rass. Dir. Civ.*, 2000, 760-795; MARTINI-ZAMBRANO, *Il trattamento terapeutico e la falsa logica del consenso*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* 2017, 167-175.

[5] ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 349 ss.; ID., *Il turista viaggiatore*, in *Eur. Dir. Priv.,* 2020, 629 ss.; ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto,* in *Obbl. e contr.,* 2007, 872-883; PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato. Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie*, Pisa, 2021; PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 329; CALVO, *Contratti di adesione e asimmetrie informative,* in *Arch. Civ.*, 2024, 73-96.

[6] DALLA MASSARA, *I rimedi a favore del consumatore tra codice civile e codice del consumo*, in *La vendita dei beni mobili*, a cura di DALLA MASSARA, Pisa, 2020, 443-466.

[7] Corte cost., 15.12.2008, n. 438, in *Foro it.,* 2009, I, 1328 ss.

[8] Sul consenso informato, si vedano CATTANEO, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 1957, 949 ss.; GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti, in I diritti in medicina,* a cura di LENTI, PALERMO FABRIS, ZATTI, Milano, 2011, 191 ss.; CASTRONOVO, *Profili di responsabilità medica,* in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 125 ss.; CALLIPARI, *Il consenso informato nel*

regolato dalla l. 22 dicembre 2017, n. 219[9]. Tuttavia, oltre alla recente disciplina se ne rintracciano altre che danno forma a modelli informativi e autorizzativi in parte differenti da quello previsto dallo schema generale. Le differenze afferiscono al processo[10] comunicativo, alla forma dell'informazione e dell'autorizzazione al trattamento, alla potestà di revocare il consenso. Dall'altro lato, invece, il legislatore conferma la necessità di informare e concordare con il paziente il percorso terapeutico, dalle visite ambulatoriali, pure in telemedicina, fino agli interventi chirurgici ed estetici.

Per comprendere le coordinate appena sintetizzate, si propone il seguente piano di indagine. Individuati gli elementi costitutivi dello schema generale di informazione per il consenso[11], si rintracciano i modelli speciali. Lo studio degli schemi peculiari avverrà non per tipo e disciplina, bensì tenuto conto degli elementi specializzanti del modello informativo e autorizzativo. La distinzione tra informazione e consenso, non solo riflette l'autonomia tra gli obblighi funzionali alla tutela del diritto all'autodeterminazione, ma dispone di un corollario specifico: si individuano per questa via gli schemi in cui l'informazione non è seguita dalla raccolta del consenso al trattamento oppure in cui tali obblighi hanno destinatari distinti, per rintracciare le ricadute sui profili della responsabilità da trattamento arbitrario.

2. Il modello generale

L'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica, secondo lo schema che si è descritto come generale, deve seguire la seguente scansione logica e cronologica: al paziente deve essere fornita l'informazione per la consapevole determinazione alle cure; le informazioni devono essere fornite in via adeguata alle capacità del paziente, per agevolare la comprensione e così ridurre l'asimmetria informativa; il paziente può prestare, non prestare, revocare il consenso al trattamento sanitario; le determinazioni appena enumerate devono essere registrate nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico; il paziente può integrare la propria determinazione sul fascicolo sanitario elettronico, nella sezione dedicata al taccuino personale dell'assistito[12].

Il consenso deve essere, ai fini della sua validità, personale, libero, manifesto, attuale, completo, gratuito, recettizio, richiesto, specifico, consapevole o informato. Deve essere manifestato in modo chiaro e il suo significato deve essere incontroverso. Non può provenire da terzi, ancorché familiari e non si ammette alcuna forma di rappresentanza, se non per la cura dei minori oppure per i casi in cui è prevista la nomina di un fiduciario.

Per quanto concerne la sua forma, si ritiene che la volontà possa essere formalizzata con atto scritto corredato dall'informativa o con modalità consone allo stato di salute del paziente. Non si richiede, però, un regime formale peculiare o rigido[13]: da ciò conseguono diverse ricadute per il paziente, da un lato, e per i medici e la struttura, dall'altro. Questi ultimi non possono opporre il paziente la carenza di un modulo per la fruizione del trattamento; non si può imporre un modulo specifico ai fini di validità; il consenso preserva la sua validità e la sua efficacia «in qualunque forma espresso». L'eventuale carenza di una traccia documentale[14] non si traduce nell'arbitrarietà del trattamento e nella responsabilità del medico per la lesione dell'autodeterminazione, ma semmai rileva *ad probationem* o in sede disciplinare.

La determinazione deve riguardare tutti gli aspetti della terapia: non sono esenti gli accertamenti diagnostici, le anamnesi e tutte le attività che fanno parte del percorso proposto, comprese le eventuali conseguenze favorevoli o pregiudizievoli. Il consenso deve coprire le terapie farmacologiche, la prognosi, i trattamenti chirurgici, le modalità di esecuzione, gli organi e le funzione interessate, il decorso post-operatorio prevedibile, l'incidenza sulla vita lavorativa e di relazione. Benché completo, il consenso deve essere specifico: è inidoneo se prestato su moduli prestampati sottoscritti in bianco, né pare sufficiente la presa in carico o l'accettazione del ricovero[15].

Il consenso è un atto giuridico unilaterale in senso stretto[16] e recettizio. Non si tratta allora di un negozio[17], dunque non è sottoposto alla disciplina dei vizi della volontà e ai rimedi previsti per i negozi giuridici. Proprio perché atto e non negozio, il consenso è sempre revocabile, senza motivazione o termini. L'eventuale ripensamento non determina alcuna responsabilità, atteso che il consenso non può giustificare alcun affidamento per la sua naturale instabilità e per la stretta correlazione con le intime convinzioni del paziente.

---

contratto di assistenza sanitaria, Milano, 2012; SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, Napoli, 2012.

[9] Sulla recente disciplina, ZATTI, *La via* (crucis) *verso un diritto della relazione di cura,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 2017, 3; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. *Prime note di commento,* in *Familia*, 2018, 1; ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219,* in *Dir. fam. pers*., 2018, 1508; FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; ID., *La relazione di cura dopo la legge n. 219/2017. Un approccio interdisciplinare*, Pisa, 2019.

[10] ZATTI, *Il processo del consenso informato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea*, a cura di KLESTA DOSI, Padova, 2000, 214; FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 83.

[11] ROSSI, voce «Consenso informato», in *Dig. disc. priv., sez. civ.,* agg. VII, Torino, 2012, 177.

[12] POSTERARO, *Sanità digitale, Fascicolo Sanitario Elettronico e PNRR,* in *Sanità pubblica e privata*, 2023, 7-23; CORSO, *Il Fasciolo Sanitario Elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 334 ss.

[13] QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo,* in *Resp. civ. prev.,* 2008; BUGETTI, *La disciplina del consenso informato nella legge 219/2017*, in *Riv. dir. civ.,* 2019, 106-129. *Cfr*. Cass., III sez., 31.3.2015, n. 6439, in *Foro it.,* 2015, 3659; Trib. Benevento, II sez., 26.1.2022, n. 188, inedita; *contra*, Cass., III sez., 29.9.2015, n. 19212, in *Ragiusan*, 2016, 381.

[14] ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 4.

[15] Semmai presa in carico e accettazione rilevano ai fini del contratto di spedalità. Sul punto, si consenta il rinvio a PERRINO, *Il contratto di spedalità: da Francesco Galgano alle (prossime) riforme sulla responsabilità medica,* in *Resp. civ. prev.*, 2025, 1.

[16] PUCELLA, *op. cit.,* 21.

[17] PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1966, 223.

Non rileva solo l'autorizzazione del trattamento da parte del paziente, ma assumono pregnanza il corredo informativo fornito dal personale medico-sanitario[18], ai fini della validità dell'atto di consenso, e, in aggiunta, per la sua comprensione[19], secondo il patrimonio culturale del soggetto che si sottopone alle procedure. Ecco perché il consenso, ai fini della sua validità, deve essere informato o consapevole. Anzi, l'informazione precede il consenso e ne costituisce il presupposto di validità.

L'informazione costituisce una prestazione[20] da obbligo giuridico di risultato[21], avente natura legale, altra e diversa da quella di cura. L'obbligo deve essere assolto da chi ha preso in carico o realizza le prestazioni sanitarie. Per la struttura ospedaliera, invece, rientra nel *risk assessment*[22], a prescindere dall'inquadramento del rapporto tra medico e paziente.

I contenuti variano a seconda dei luoghi, dei tempi e dei livelli di trattamento: dunque, non sono previsti dei parametri standard. Cionondimeno, al paziente deve essere illustrata tanto l'attività del medico e dell'*équipe* quanto lo stato di efficienza, le dotazioni[23], le obbligazioni di natura organizzativa[24] e i servizi di carattere para-alberghiero della struttura sanitaria.

La completezza va tenuta distinta dall'adeguatezza e i tali parametri costituiscono i limiti dell'informativa: l'asimmetria informativa non può essere livellata[25] con una *disclosure* massiva di dati poco intellegibili, ma il paziente deve essere guidato alla comprensione, tenuto conto del grado di competenza manifestato nei colloqui con il medico e con il personale dell'ente.

Restano fuori dall'obbligo di informazione i rischi imprevedibili, ossia gli esiti anomali di una terapia consigliata dal medico o malattie non note, che il titolare dell'obbligo non poteva considerare al pari delle relative conseguenze. Cionondimeno, devono essere illustrati tutti i trattamenti disponibili per la cura di una patologia, considerando pure quelli più recenti, i meno invasivi, oltre che gli esiti più remoti per ciascuna tecnica. Il medico non può proporre le cure considerando solo le pratiche oggetto della sua specifica *expertise*, così come dovrà comunicare gli eventuali trattamenti che non potrà realizzare ma che potrebbero essere idonei al miglioramento delle condizioni di salute, dovendo considerare che il paziente non è in grado di elaborare un giudizio a base totale.

L'omessa informazione su un trattamento alternativo, possibile e meno invasivo, non produttivo di pregiudizi nel corpo e nella mente[26], a differenza di tecniche tradizionali, obsolete o che formano oggetto dell'*expertise* del sanitario, determina la violazione dell'obbligo informativo, per aver costretto il paziente a prestare un consenso non effettivamente consapevole[27].

Anche la documentazione della informazione non soggiace a peculiari forme, ai fini della validità: una informazione può essere dettagliata e formalizzata in moduli semplificati; per converso, l'informazione può essere carente e accompagnata da una quantità pure eccessiva di documenti informativi cavillosi e riservati agli specialisti del settore, incompatibili con le tempistiche del trattamento così come con il livello culturale del malato. Semmai la forma, come per il consenso, è richiesta per la corretta tenuta del fascicolo sanitario del paziente e del diario clinico: eventuali lacune possono semmai rilevare per la prova dell'inadempimento, specie per il tramite delle presunzioni giurisprudenziali[28] di cattiva tenuta della cartella.

3. I modelli a strategia istituzionale integrata

Il primo schema speciale o gruppo di schemi peculiari si rintraccia nei modelli informativi e autorizzativi caratterizzati da una strategia istituzionale integrata[29]. Ciò significa che, seppure con diversità di accenti, sussiste un procedimento di informazione e di determinazione scandito dalla legge; a tale processo partecipano più attori istituzionali, non sempre appartenenti al settore sanitario; l'autorizzazione consente di incidere sul corpo dell'individuo non tanto o non solo per la prosecuzione di terapie, ma per finalità estranee alla tutela della salute del paziente che si autodetermina, pure nell'accezione più moderna del bene protetto dall'art. 32 Cost.

La strategia integrata accomuna l'informazione per il consenso per il prelievo di organi ai fini di trapianto[30], per

---

[18] ROSSI, *op. cit.,* 177.

[19] ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 408.

[20] CASTRONOVO, Swinging malpractice. *Il pendolo della responsabilità medica,* in *Eur. dir. priv*., 2020, 847.

[21] EMILIOZZI, *Il danno all'autodeterminazione diagnostica e terapeutica*, cit., 124; TICOZZI, *Gli obblighi informativi del professionista sono obbligazioni di risultato,* in *Giur. it.,* 2018, 330 ss.

[22] FACCIOLI, *La dimensione "organizzativa" del consenso informato*, in questa *Rivista*, 2018, 107-117.

[23] Cass., III sez., 16.5.2000, n. 6318, in *Resp. civ. prev*., 2000, 940; Cass., III sez., 30.7.2004, n. 14638, in *Giur. it.,* 2005, 1395.*Cfr*. DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica,* Milano, 2007, 43-44.

[24] FACCIOLI, *op. cit.*, 114-115.

[25] STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Roma, 2011, 139.

[26] GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti,* in Lenti- Palermo Fabris-Zatti, *I diritti in medicina*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 191 ss.; PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 72; POSTERARO, *Danni da responsabilità medica*, in Cassano (a cura di), *Il danno alla persona*, Il ed., Milano, 2022, 880; ID., *Il diritto alla salute e l'autodeterminazione del paziente,* in Cassano (a cura di), *La nuova responsabilità medica. Una ricostruzione giurisprudenziale alla luce della Legge Gelli-Bianco*, Santarcangelo di Romagna, 2020, pp. 30-31.

[27] Cass., III sez., 23.1.2023, n. 1936, in *Rass. dir. farm*., 2023, 43; Cass., III sez., 16.6.2023, n. 16633, in *Quot. Giur*., 2023.

[28] PATTI, *Le prove. Parte generale,* in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di IUDICA, ZATTI, II ed., Milano, 2021, 774 ss.; TARUFFO, *Presunzioni. I). Diritto processuale civile,* in *Enc. giur.,* Roma, 1991; ID., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1992, 733 ss.; FACCIOLI, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e imp.,* 2014, 79 ss.

[29] SALVATORE, *Informazione e consenso nella relazione terapeutica*, cit., 24.

[30] L. 1 aprile 1999, n. 91, recante le disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti; l. 2 dicembre 1975, n. 644; d.l. 21 giugno 2013, n. 69 conv. l. 9 agosto 2013, n. 98, rubricato *Disposizioni in materia di trapianti*; l. 6 marzo 2001, n. 52, Disposizioni sulla donazione del midollo ed integrante le disposizioni normative in materia di prelievo di cellule staminali, midollari e periferiche; l. 21 ottobre 2005 n. 219, disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati; l. 12 agosto 1993, n. 301, sull'innesto della cornea; l. 16

l'espianto di cellule e tessuti, per la modificazione dei caratteri sessuali, per la fecondazione artificiale e per la sperimentazione.

Il consenso al prelievo di organi[31] costituisce una determinazione funzionale alla realizzazione di un'attribuzione c.d. super-etica, atteso che l'intervento non è animato dalla necessità di curare la condizione del paziente, ma di garantire una terapia efficace a terzi. Tuttavia, per il suo elevato valore morale e sociale e per l'assoluta necessità di organi, tessuti e cellule, il legislatore autorizza la menomazione del corpo, subordinandola al rispetto dei requisiti di legge e alla libera e consapevole manifestazione del consenso.

Si tratta di cessioni che vengono realizzate nell'anonimato del soggetto donatore, salvo forme di interpello o accesso alle informazioni consentite dalla legge. Inoltre, l'atto di disposizione deve essere realizzato *ad incertam personam.* Onde evitare forme di captazione del consenso non libero, la disposizione è realizzata senza uno specifico legame con il ricevente. Peraltro, nella maggior parte dei casi l'impianto della parte del corpo è subordinato alla modifica e al trattamento da parte del personale medico. Tuttavia, in alcuni casi, come nel trapianto di rene e di fegato oppure nei trapianti *crossover*[32], il prelievo è eseguito su persona legata al paziente ricevente, come i membri della famiglia nucleare, e solo in caso di mancato reperimento di soggetti consanguinei idonei e disponibili si ammette la donazione da parte di altri parenti oppure di donatori terzi. Da ciò consegue che il donatore deve essere reso consapevole dell'assenza di benefici personali e terapeutici dal prelievo, delle conseguenze sfavorevoli dell'espianto e della reversibilità fino all'intervento.

L'autorizzazione è ricevuta dal giudice del luogo di residenza del donatore, che autorizza[33] l'espianto, previo accertamento della maggiore età, della capacità naturale e dell'accertamento della avvenuta comunicazione e comprensione dei limiti e delle conseguenze del trapianto. Per queste ragioni, costituisce una fattispecie a formazione progressiva, in cui l'autorizzazione del giudice rappresenta una *condicio iuris*[34]*.* Registrata la determinazione positiva o negativa alla donazione, se ne prevede l'annotazione nei documenti identificativi personali e nel fascicolo sanitario elettronico *ex* art. 43 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, oltre che l'inserimento nel Sistema Informativo trapianti (SIT)[35].

Diverse regole valgono poi per alcune forme di donazione di cellule e di tessuti, come accade per il sangue oppure il midollo osseo. La l. 219/2005 consente, come si è detto, la donazione di sangue o di emocomponenti, nonché il prelievo di cellule staminali emopoietiche periferiche, a scopo di infusione per allotrapianto e per autotrapianto, oltre che di cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale, previa espressione del consenso informato e verifica della loro idoneità fisica. Il paziente può prestare il consenso al momento dell'esecuzione del prelievo, mentre la gestante può determinarsi sulle destinazioni di placenta e cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale fino al momento del parto, con tre eventuali destinazioni: ricerca scientifica; crioconservazione con finalità terapeutica eventuale allogenica; terapeutica "dedicata" a terzi[36]. Nell'ultimo caso, è necessario un ulteriore passaggio, ossia l'autorizzazione del direttore della biobanca di sangue cordonale territorialmente competente, per l'uso c.d. dedicato, e il compimento della procedura di selezione dei donatori, per l'uso non dedicato.

A differenza di quanto previsto in passato[37], la donazione delle cellule e dei tessuti citati è sempre gratuita: tutti i costi sono a carico del SSN. In accordo con il nuovo regolamento SoHO sulle sostanze di origine umana, vige il principio della c.d. neutralità finanziaria, dunque non sono ammesse remunerazioni ma resta salva la possibilità di prevedere un rimborso per le spese e gli inconvenienti, in favore dei donatori; tuttavia, questa possibilità sembra limitata alla corresponsione di rimborsi sostitutivi-figurativi[38], attesa l'applicazione della disciplina sul terzo settore. Difatti, in questo particolare tipo di prelievi la disciplina prevede convenzioni con associazioni e federazioni di donatori che eseguono, sul territorio nazionale, le attività trasfusionali, in ragione della funzione civica e sociale di questa categoria di donazioni incidenti sulla integrità del corpo. Le associazioni possono, quindi, realizzare autonomamente la chiamata alla donazione dei propri iscritti e, con riferimento al prelievo di sangue, ha carattere periodico, ma resta libera e volontaria. Questi enti aumentano così il numero di attori istituzionali coinvolti nella procedura e nel momento informativo.

La strategia giuridica integrata si rintraccia anche nel modello di informazione e autorizzazione alle modificazioni dei caratteri sessuali[39], come rimedio alla disforia di genere. All'esito del trattamento, anche solo incidente sui caratteri sessuali secondari e pure senza interventi chirurgici, il giudice attribuisce con sentenza un genere diverso da quello enunciato nell'atto di nascita, così da tutelare pienamente l'identità personale[40].

---

dicembre 1999, n. 483, sul trapianto parziale di fegato; l. 26 giugno 1967, n. 458, Disciplina sul trapianto del rene tra persone viventi; l. 19 settembre 2012 n. 2012 sul trapianto di polmoni, pancreas e intestino; D.lgs. 6 novembre 2007, n. 191, in materia di donazione di tessuti e organi ai fini di trapianto.

[31] STEFANELLI, *op. cit*., 241.

[32] Si tratta di donazione reciproca di organi.

[33] MOSCATI, *Trapianto di organi*, in *Dizionario di diritto privato*, a cura di IRTI, Milano, 1980, 820; VECCHI, *Trapianti e trasfusioni* (dir. civ.), in *Enc. Giur.,* XXXI, Roma, 2000, 13.

[34] D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione*, cit., 130.

[35] D.m. 20 agosto 2019, n. 130 Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di PMA di tipo eterologo.

[36] D.m. 18 novembre 2009, *Disposizioni in materia di conservazione di cellule staminali da sangue del cordone ombelicale per uso autologo-dedicato*; d.m. 2 novembre 2015, *Disposizioni relative ai requisiti di qualità e sicurezza del sangue e degli emocomponenti.*

[37] L'art. 16 l. 14 luglio 1967, n. 492 prevedeva la remunerazione del donatore professionale.

[38] L'art. 5 l. n. 52/2001 riconosce la contribuzione figurativa, con oneri a carico dello Stato, per i lavoratori dipendenti.

[39] L. 14 aprile 1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*. Cfr. PALMERI, *Il cambiamento di sesso*, in *Il Governo del corpo,* a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, Milano, 2011, 731 ss.

[40] CORDIANO, *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico,* in *Fam. e dir.,* 2016, 637.

Il consenso alla sperimentazione[41], a sua volta, consiste in una decisione del soggetto candidato a essere incluso in un progetto di sperimentazione. Tale determinazione, si legge nell'art. 2 lett. l) d.lgs. 211/2003, deve essere spontanea, preceduta da un'esaustiva informazione e documentazione appropriata sulla natura, il significato, le conseguenze e i rischi derivanti; la dichiarazione della volontà del paziente, poi, deve essere prestata in una condizione di capacità o da rappresentante o da una autorità individuata dalla legge. La volontà di sottoporsi a sperimentazione deve essere espressa, scritta, datata e firmata. Il consenso può essere manifestato ed espresso in forma orale solo quando il paziente non sia in grado di scrivere. Nonostante la previsione della forma scritta, anche in tal caso si ritiene che sia richiesta per la documentazione della determinazione e non ai fini di validità[42]. Difatti, anche in questo caso il consenso, redatto e conservato in forma telematica, ha efficacia probatoria pari alla scrittura privata fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi lo ha sottoscritto. L'informazione deve confluire non solo nel dialogo tra sperimentatore e paziente ma anche nel fascicolo permanente della sperimentazione (art. 17 d.lgs. 200/2007).

A garanzia dei partecipanti sottoposti alla studio, lo *sponsor* e/o lo sperimentatore devono richiedere preventivamente un parere ad un comitato etico, che si esprime sulla adeguatezza del protocollo di studio e dei suoi allegati, oltre che dei materiali e dei metodi utilizzati e illustrati al paziente al momento della raccolta del consenso informato. Dal consenso, però, va distinta la proposta di studio, che disciplina e conforma la fase successiva al trattamento e deve pure contenere le condizioni per il risarcimento del danno derivante dalla sperimentazione in capo al soggetto che vi si sottopone. La disposizione dedicata al consenso informato, nella parte in cui prevede i controlli e la vigilanza pervasiva del comitato etico, discorre di un contratto, rinviando però alla disposizione definitoria del consenso. Occorre separare i piani: un contratto insiste tra il responsabile legale del centro sperimentale o la persona da lui delegata e il promotore della sperimentazione, avente per oggetto l'attività e i risultati; il consenso informato è prestato dal paziente, all'esito dell'informativa dallo sperimentatore, ancorché collegato alla proposta di studio. Si differenzia poi il contratto di spedalità[43], tra struttura sanitaria e soggetto della sperimentazione, il cui inadempimento può generare semmai una responsabilità da *medical malpractice*.

4. I modelli a doppia funzione

Il secondo schema vanta plurimi profili di specialità, che spiccano per la marcata e strutturale contraddizione con il modello generale, cionondimeno gli elementi specializzanti dipendono tutti dalla pluralità di funzioni assolte dalla determinazione, che, a ben vedere, non coesistono pacificamente. Il pensiero corre allo schema configurato dalle Disposizioni anticipate di trattamento, di cui alla l.n. 219/2017 ma pure all'art. 6 l. 19 febbraio 2004, n. 40[44], con riferimento ai trattamenti di procreazione medicalmente assistita (PMA)[45]. Nella fecondazione artificiale, è posto un obbligo di informazione multidisciplinare[46], che ammanta i metodi, i problemi bioetici, gli effetti collaterali tanto sanitari quanto psicologici, le probabilità di successo, i rischi, le conseguenze giuridiche per pazienti, nascituro e nato, nonché la crioconservazione o la donazione delle cellule, infine la possibilità di revoca e ai termini applicabili. È così demandato al personale del centro autorizzato il compito di fornire informazioni che eccedono il campo di *expertise* tecnica, specie per quanto concerne le conseguenze legali del trattamento.

Proprio per la funzione assolta da consenso e trattamento, non basta la diagnosi della sterilità, ma i pazienti accedono alla PMA se in possesso dei requisiti soggettivi imposti dall'art. 5 l. 40/2004.

A prescindere da chi sia affetto dalla sterilità o infertilità, i pazienti si sottopongono a queste cure prestando un consenso "di coppia", come un centro di imputazione complesso[47]. Dunque, si presidia la libertà di scelta dalle ingerenze pubbliche ma non anche da quelle private. Il consenso è manifestazione dell'autodeterminazione terapeutica, ma qui diviene pure modalità di assunzione volontaria e consapevole della responsabilità procreativa e genitoriale. Si tratta dunque dell'applicazione della c.d. autodeterminazione orientata alla genitorialità, cui ha recentemente fatto riferimento la Corte costituzionale[48]. Per questo, il consenso è declinato al plurale, determina gli effetti

---

[41] D.m. 27 aprile 1992, sulle documentazioni tecniche per l'autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano; d.m. 15 luglio 1997; d.l. 17 febbraio 1998, n. 23, sulle sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria; d.lgs. 26 maggio 2000, n. 187, sui pericoli delle radiazioni ionizzanti connesse ad esposizioni mediche; d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, sulla buona pratica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico.

[42] D.m. 27 aprile 1992.

[43] GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1984, 718 ss.; DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria*, cit., 133 ss.; NICOLUSSI, *Responsabilità sanitaria e rivalsa,* in *Eur. dir. priv*., 2023, 663 ss.; FACCIOLI, *op. cit*., 114.

[44] BIANCA, *Il* best interest of the child, Roma, 2021, *passim*; SALANITRO, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Art. 1-18,* nel *Commentario del codice civile. Della famiglia,* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 1752.

[45] Si consenta il rinvio a PERRINO, *A "walking contradiction": il consenso irrevocabile alla PMA,* in *Familia,* 2024, 439-459.

[46] AZZALINI, *Il consenso "complesso" nella procreazione medicalmente assistita,* in Aa.Vv., *La procreazione assistita dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, Ariccia, 2015, 157-199; EMILIOZZI, *Il danno all'autodeterminazione diagnostica e terapeutica*, cit., 11.

[47] LIBERALI, *La cristallizzazione del consenso maschile nella fecondazione assistita e la sua trasformazione in strumento di tutela dell' "investimento, fisico ed emotivo", della donna*, in *Studium Iuris*, 2023, 566.

[48] Si fa riferimento alla recente pronuncia di illegittimità costituzionale della disciplina in materia di adozioni internazionali, nella parte in cui non consentiva alla persona single di adottare minori stranieri, *cfr*. Corte cost., 21 marzo 2025, n. 33.

giuridici in capo ai genitori sociali e non è prestato nell'interesse esclusivo[49] del singolo paziente[50].
La forma, poi, è particolarmente rigida: per iscritto; dinanzi al medico responsabile[51]; su moduli allegati al decreto ministeriale; con autorizzazione redatta in duplice copia, datata e sottoscritta. L'art. 12, comma 4°, l. 40/2004 commina una sanzione amministrativa per chiunque applichi le tecniche senza avere raccolto il consenso. Cionondimeno, è ammessa deroga: l'art. 9 l. 40/2004, dedicato alle conseguenze di una PMA eterologa svolta in contrasto con il previgente divieto di legge, ammette la validità del consenso prestato con "atti concludenti". Pure senza l'adeguata informazione, la forma scritta e un patrimonio genetico condiviso con il nato, un comportamento indicativo della volontà di intraprendere il percorso procreativo determina la genitorialità e preclude la legittimazione all'azione di disconoscimento.
Il consenso può essere revocato fino al momento della fecondazione dell'ovocita[52], mentre successivamente, con la formazione dell'embrione extrauterino, il trattamento sembrerebbe divenire obbligatorio[53], con due eccezioni: la prima è la controindicazione medica, per motivi di ordine sanitario; la seconda deriva dal coordinamento con la l. 22 maggio 1978, n. 194[54]. Visto che la procreazione assistita mira a una gravidanza, se è consentita la scelta interruttiva durante la gestazione, allora deve essere logicamente consentita la revoca del consenso all'impianto di un embrione *extra uterum*[55]. Diverse considerazioni riguardano l'uomo che aderisce al trattamento, come recentemente confermato dalla Consulta[56]. Per la donna non è ammesso sacrificio per l'autodeterminazione, se non nei limiti del bilanciamento imposto dalla l. 194/1978; tuttavia, la disciplina sulla PMA impone ancora la regola della irrevocabilità del consenso. Benchè questa sacrifichi l'autodeterminazione terapeutica dell'uomo, che a vario titolo partecipa alla fecondazione e risulta titolare del controllo sulle proprie cellule riproduttive, la compressione del diritto è considerata ragionevole per tre motivi. In accordo con la prima e inedita considerazione nell'argomentare della Consulta sulle questioni della vita nascente, la legge 40 presidia l'identità psico-fisica della donna coinvolta: la paziente si sottopone a terapie e trattamenti più invasivi e, a differenza del partner, ella è costretta a subire gravi rischi, sofferenze, oltre che procedure dilazionate nel tempo, dopo aver riposto un affidamento nella determinazione espressa dall'uomo. Argomentazione, questa, evidentemente riferita esclusivamente a percorsi di PMA omologa, che non considera invece l'applicazione di tecniche di fecondazione eterologa, parziale o totale, e svaluta il dato normativo municipale, ancora legato a un consenso prestato da un centro di imputazione complessa e non dai singoli pazienti, come previsto in altri ordinamenti[57]. In secondo luogo, la determinazione matura in un contesto in cui l'uomo è reso edotto della crioconservazione[58] e, dunque, acconsente anche a questa eventualità. Infine, e contraddicendo il rilievo accordato alla donna e alla sua libertà di scelta, la legge 40 e la disciplina del consenso favoriscono la vita: il consenso viene prestato alla riproduzione, è posto a tutela della dignità dell'embrione, *ex* art. 2 Cost., portatore di un "principio della vita"[59].
Dal consenso alla PMA va tenuto distinto il consenso alla donazione di cellule riproduttive, di cui al D.P.R. 23 agosto 2019 n. 131. Il donatore deve possedere alcuni requisiti soggettivi, superare numerosi test, ma può sempre revocare la determinazione, non deve ricorrere al modulo prestampato, infine l'informazione e la scelta costituiscono l'esercizio dell'autodeterminazione di un individuo soltanto. Tali aspetti dipendono proprio dalla carenza della seconda funzione del consenso: il donatore non assume alcuna responsabilità procreativa e genitoriale. Tuttavia, nel caso in cui venga a conoscenza di malattie trasmissibili di cui è affetto è tenuto a informare tempestivamente la clinica. La previsione sembra attribuire un dovere di informazione ulteriore, al paziente e non al medico, che pare ingenerare dubbi circa le conseguenze di un inadempimento. Dubbi che presto saranno superati con il citato Regolamento europeo SoHo sulle sostanze di origine umana, volto a proteggere l'autodeterminazione, la salute, la sicurezza e, soprattutto, la riservatezza dei donatori[60].

5. I modelli claudicanti

I modelli descritti come claudicanti sono quelli in cui si evidenzia solo un obbligo di informazione senza il successivo consenso oppure il consenso viene prestato da un soggetto diverso dal paziente, che però conserva il diritto all'informazione. Anche questo modello merita di essere studiato e non relegato a uno spazio di eccezione rispetto

---

[49] D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, cit., 115-178; Ondei, *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* in *Giur. sist. civ. comm.*, Torino, 1965, 286.
[50] Balestra, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese,* in Aa. Vv., *La fecondazione assistita. Riflessione di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, 84; Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato,* in *Eur. Dir. priv.,* 2010, 1037 ss.; Clarizia, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. dir. fam. pers.,* 2017, 947 ss.
[51] Giaimo, *La volontà e il corpo*, Torino, 2019, 162.
[52] Orestano, *Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all'impianto dell'embrione,* in *Giur. it.,* 2021, 2613-2621.
[53] Graziadei, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 265.
[54] Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, 57.
[55] Tarquini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Ginecologia e ostetricia forense*, 2004, 35 ss.; Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018, 36-37; Oppo, *Procreazione assistita e sorte del nascituro,* in *Riv. dir. civ.*, 2005, 105.
[56] Corte cost., 24.7.2023, n. 161.
[57] Si consenta il rinvio a Perrino, *Until death do us apart, except for reproductive cells: the post-mortem reproduction, filiation and parenthood*, in Adroher Biosca, Campuzano Díaz, Palao Moreno (a cura di), *Un Derecho Internacional Privado centrado en los derechos de las personas*, Valencia, 2024, 213-230.
[58] Perrino, *The Governance of Reproductive Contingencies between Italy and Japan,* in *RIDAO*, 2024, 156 ss.
[59] Si consenta il rinvio a Perrino, *"A walking contradiction": il consenso informato irrevocabile alla PMA,* in *Familia*, 2024, 3, 439-459.
[60] Regolamento (UE) 2024/1938 del Parlamento Europeo d del Consiglio del 13 giugno 2024 sui parametri di qualità e sicurezza per le sostanze di origine umana destinate all'applicazione sugli esseri umani e che abroga le direttive 2002/98/CE e 2004/23/CE, GU L. 1938 del 17 luglio 2024. Cfr. G. Ragone, *Giudicare l'incertezza: Il Caso della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *BioLaw Journal,* 2024, 2, 41-57.

all'autodeterminazione, per comprendere quali conseguenze disponga l'inadempimento informativo se la determinazione non c'è o è riservata a terzi.

L'informazione senza consenso si rintraccia nella disciplina del Trattamento Sanitario Obbligatorio (TSO), *ex* artt. 34-35 l. 23 dicembre 1978, n. 388[61]. L'evento terapeutico straordinario in oggetto è finalizzato alla tutela della salute mentale del paziente e può essere legittimamente disposto solo dopo aver esperito ogni iniziativa concretamente possibile per conseguire il consenso al trattamento volontario, sia pur compatibilmente con le condizioni cliniche, di volta in volta accertate e certificate. Il procedimento è terapeutico, ma *sui generis* e per questo caratterizzato da una serie di garanzie, che non difendono la collettività da un soggetto pericoloso, ma semmai consentono la cura di una persona in una fase di profonda vulnerabilità. Accertate medicalmente le alterazioni psichiche che richiedono urgenti interventi terapeutici, riscontrata la mancata adesione al trattamento e considerate le eventuali circostanze che non consentono di adottare tempestive e idonee misure sanitarie fuori dalla struttura ospedaliera, è possibile prescindere dal consenso al trattamento. Cionondimeno, la proposta terapeutica deve essere convalidata da un altro medico, deve essere emanata un'ordinanza esecutiva del Sindaco entro 48 ore e notificato il Giudice Tutelare, per la convalida per provvedimento, che avrà efficacia per i successivi 7 giorni, salvo proroga.

L'ospedalizzazione in TSO costituisce un evento denso di problematicità, ma occorre rifuggire da una visione dicotomica del paziente capace/incapace, visto che la realtà clinica suggerisce come possano residuare spazi di autonomia pure per i pazienti sottoposti a TSO. Difatti, un approccio di tipo multidimensionale, basato sulla valutazione, nel singolo paziente e caso per caso, delle potenzialità dell'assistito costituisce un possibile terreno sul quale ricostruire, all'interno della relazione medico-paziente, un percorso di ripristino della idoneità di prestare consenso alle cure o, quantomeno, di collaborazione, previa informazione. Dunque, nella prima parte del procedimento si individua l'ordinaria scansione logica e cronologica tra informazione e autorizzazione, mentre nella seconda parte si considera il rifiuto viziato, si sopperisce con il procedimento illustrato, ma persiste un obbligo di informazione adeguata alla condizione.

L'informazione con consenso altrui si rintraccia nella disciplina dedicata ai minori di età[62] e alle persone incapaci e, in specie, nell'art. 3, comma 1°, l. 219/2017 che riconosce il diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione.

Il trattamento della persona interdetta è autorizzato dal tutore[63], *ex* artt. 357 e 424 c.c.[64], nell'interesse del soggetto e in considerazione della personalità, delle inclinazioni e dei valori del paziente[65]. Nel processo informativo e decisionale, però, l'interdetto non è uno spettatore: innanzitutto, devono essere offerte delle informazioni, alla stregua delle quali poi l'interdetto può assumere una decisione. Questa decisione non costituisce autorizzazione, ma può ingenerare un contrasto con il rappresentante. Sicché i legittimati dall'art. 406 c.c. possono ricorrere al giudice per dirimere il conflitto. Cionondimeno, non è fatto obbligo di adire il giudice. Difatti, se il rappresentante non concorda con il malato, non si comprende perché egli dovrebbe adire il giudice per il superamento della propria decisione: mancherebbe l'interesse ad agire. Entro una diversa prospettiva, però, si può ritenere che il medico, che informa e coinvolge l'interdetto, possa riscontrare e superare il contrasto ricorrendo all'autorità giudiziaria. Eppure, la norma non chiarisce le ricadute applicative in ordine alla responsabilità del medico che non ricorre all'A.G.

Anche l'inabilitato è destinatario dell'informazione, ma egli stesso presta il proprio consenso[66] *ex* art. 3, comma 4°, l. 219/2017, atteso che il curatore si occupa esclusivamente delle vicende patrimoniali. Eppure, l'art. 3, comma 5°, l. 219/2017 sembra di altro avviso: la disposizione riconoscerebbe a un rappresentante dell'inabilitato il potere di prestare il consenso alle cure nel suo interesse e, in caso di conflitto, di ricorrere al giudice tutelare. Il potere, però, viene riconosciuto anche se manca l'ufficio del rappresentante legale della persona inabilitata e risulta in aperto contrasto con il diritto all'informazione e alla determinazione in capo – in via esclusiva – all'inabilitato, di cui al comma precedente. L'antinomia tra le previsioni menzionate deve essere risolta accordando prevalenza alla disciplina dell'inabilitazione e all'art. 3, comma 4°, l. 219/2017 sul comma successivo.

Simili considerazioni valgono per i casi in cui è stato nominato un amministrazione di sostegno[67]. Il beneficiario deve essere informato tempestivamente dall'amministratore, quest'ultimo assume la determinazione ai trattamenti diagnostici o terapeutici, in conformità al provvedimento di nomina, e, in caso di dissenso del beneficiario alle cure considerate appropriate e necessarie dal medico, è possibile fare ricorso al giudice tutelare. In difetto di un amministratore, il medico può rivolgersi all'autorità giudiziaria per conseguire un provvedimento idoneo a tutelare il soggetto che versa in una condizione di incapacità naturale[68].

Anche per il minore il modello può dirsi claudicante: è titolare del diritto di essere informato, ma non del diritto di prestare il consenso; semmai ha un diritto di partecipare alle scelte che riguardano la propria salute: dunque matura un'opinione e non una decisione. Al minorenne devono essere illustrate le ragioni della cura, le conseguenze e le alternative, in modo adeguato alle sue capacità. La determinazione alle cure è riservata ai genitori o al tutore, ma non è discrezionale[69] perché deve tenere conto di volontà del minore, età anagrafica e grado di maturità[70]. In caso di conflitto, come recentemente confermato dalla giurisprudenza, occorre adire il giudice[71].

---

[61] GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, cit., 263 ss.

[62] SENIGAGLIA, *«Consenso libero e informato» del minorenne tra capacità e identità*, in *Rass. dir. civ.,* 2018, 1318-1350.

[63] Cass., 16.10.2007, n. 21748, cit., 421 ss.

[64] App. Milano, 15.11.2006, in *DeJure*.

[65] IORIO, *Corso di diritto privato*, V ed., Torino, 2022, 186.

[66] CHINDEMI, *Responsabilità del medico*, cit., 726.

[67] CORDIANO, *L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno,* in *Dir. fam. pers*., 2011, 1911 ss.

[68] EMILIOZZI, *La responsabilità medica*, 193.

[69] IORIO, *Corso di diritto privato*, cit., 186.

[70] CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 270.

[71] Cass. civ., sez. I, 3 febbraio 2025, n. 2549.

6. Le ricadute applicative degli elementi specializzanti

È stata riscontrata una pluralità di modelli che non obbedisce al modello residuale e questo determina diverse considerazioni: alcune di carattere generale e altre speciali.

In accordo con la prima, si avversa la falsa logica del consenso, con reiterate e sofisticate discipline, che impongono obblighi informativi e di autorizzazione, per valorizzare il ruolo del paziente non assoggettato al medico taumaturgo[72] e per ricostruire modelli quanto più sagomati attorno alle caratteristiche del paziente e al tipo di trattamento. Il paziente comprende se informato e il medico può informare se la struttura in cui opera riserva tempo e strumenti per adempiere. In caso contrario, il trattamento sanitario è arbitrario e l'inadempimento genera un danno da disorganizzazione imputabile al nosocomio, se questo costituisce l'esito dell'affollamento del rapporto di cura con numerosi medici in successione sincrona o diacronica, del loro difetto di coordinamento, della frammentarietà e della mancanza di una formazione del personale[73].

In secondo luogo, all'interprete non è consentito sempre risolvere le antinomie ricorrendo alle regole dettate dalla l. 219/2017 e ai principi generali elaborati attorno al consenso informato, atteso che gli elementi specializzanti riscontrati devono entrare nel fuoco della riflessione e guidare l'individuazione delle regole per la soluzione.

La forma scritta di informazione e consenso, secondo quanto illustrato, non è richiesta: il formalismo pare collidere con la dimensione relazionale e dinamica del rapporto, oltre ad essere esclusa nel modello generale e richiesta specificamente in alcuni modelli speciali. Se costituisse un elemento di validità in ogni modello, non sarebbe necessario prevedere obblighi formali nelle discipline speciali. Semmai la forma scritta è richiesta *ad probationem*.

Eppure, si deve considerare il recente obbligo di inclusione di tutta la documentazione relativa al trattamento sanitario sul fascicolo sanitario elettronico 2.0[74]. L'art. 12, comma 3°, del d.l. 179/2012 prevede, infatti, che «Il FSE è alimentato con i dati degli eventi clinici presenti e trascorsi (…) in maniera continuativa e tempestiva (…) dai soggetti e dagli esercenti le professioni sanitarie che prendono in cura l'assistito sia nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e dei servizi socio-sanitari regionali sia al di fuori degli stessi, nonché, su iniziativa dell'assistito, con i dati medici in possesso dello stesso». Da ciò potrebbe derivare un inedito formalismo, idoneo ad avvicinare il modello generale a quelli speciali. Cionondimeno, si ricorda che il paziente ricopre un ruolo nell'inserimento dei dati e nella loro conservazione: l'inserimento su FSE può avvenire anche su iniziativa dell'interessato ed egli può pure determinare un ostacolo alla consultazione e pure l'oscuramento, vista la necessaria tutela pure del diritto alla *privacy*. Non sembra però incompatibile con l'altro diritto del paziente, quello a cui è dedicato questo saggio. Tuttavia, può pronosticarsi – per ora e almeno fino a un miglioramento delle condizioni di alfabetizzazione digitale - che rimarrà fermo quell'orientamento che continua ad escludere la necessità della forma scritta: semmai si rafforzerà la presunzione giurisprudenziale della c.d. cartella clinica incompleta[75], ossia la presunzione tramite la quale è possibile inferire dalle riscontrate omissioni del fascicolo la mancata esecuzione della prestazione informativa, così realizzando un'inversione dell'*onus probandi*, a carico della struttura sanitaria, circa l'esatto adempimento, a favore del paziente.

Si è detto che talvolta la strategia giuridica è integrata da diversi attori istituzionali[76], tra cui giudici, direttori delle bio-banche, psicologi, associazioni di volontari, comitati etici, *sponsor* e sperimentatori. Ciò significa che sussiste un controllo *ex ante* sull'adempimento dell'obbligo di informare? Ne deriva pure un ampliamento del novero dei soggetti gravati dall'obbligo informativo? Ne consegue la deresponsabilizzazione del medico e della struttura? Una risposta può essere elaborata muovendo dall'indirizzo interpretativo sull'inadempimento informativo in caso di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari. La giurisprudenza[77] sembra avversare le proposte conseguenze. Né il controllo del giudice né la riscontrata disforia di genere obliterano il momento informativo e autorizzatorio: il paziente deve essere compiutamente informato della procedura, del tipo di trattamento necessario, degli esiti possibili, delle conseguenze determinabili[78]. A tale compendio informativo non può sopperire il giudice, né il consulente tecnico, psicologo o psichiatra, pure coinvolti nel procedimento. Vieppiù che gli altri attori non intrattengono una relazione, descritta oggi come alleanza terapeutica, con il paziente e si pongono fuori dai tempi e dai luoghi della cura, non potendo conseguentemente amministrare il processo informativo.

In altri modelli si esalta il momento informativo, fino a includere una serie di dati che esulano dalla competenza tecnica del medico, come le conseguenze legali della PMA. Sembrerebbe espandersi lo spazio per la responsabilità da trattamento arbitrario in caso di omissione o inadeguata informazione. Cionondimeno, si deve ricordare come la struttura autorizzata a questi trattamenti disponga di esperti di vari settori e nell'ambito delle consulenze iniziali, scadenzate pure dalla legge e dalle linee guida, può ricorrere a esperti legali per sopperire a questo obbligo. Per quanto riguarda il medico, invece, egli non può assumere una posizione di garanzia con riferimento alle informazioni legali: non costituisce uno sforzo esigibile quello di comprendere, illustrare e far comprendere adeguatamente al paziente le conseguenze giuridiche della procreazione assistita, che discendono da una disciplina stratificata, multilivello, assoggettata a una copiosa

---

[72] NANNINI, *Il consenso al trattamento medico,* Milano, 1989, 2.

[73] FACCIOLI, *op. cit.,* 115; QUAGLIARIELLO, *La raccolta del consenso informato: limiti e complessità della prassi ospedaliera, in* QUAGLIARIELLO, FIN, *Il consenso informato. Un'indagine antropologica e giuridica,* Bologna, 2016, 75 ss.; RIZZO, GUADAGNINI, PELOTTI, *Il processo decisionale condiviso come modello per la scelta informata in medicina,* in *Riv. it. med. leg.,* 2016, 869 ss.; FOGLIA, *Consenso e cura,* cit., 29 ss.

[74] RAPISARDA, *Appunti sul Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0.,* in questa *Rivista*, 2024, 57-68.

[75] FACCIOLI, *op. cit.*, 79 ss.

[76] PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali,* in *Riv. dir. civ.,* 1988, 457 ss.

[77] Trib. Savona, I sez., 16.12.2021, n. 950, in *DeJure*.

[78] DAMENO, *Le norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso e i diritti fondamentali,* in *Psichiatria e Psicoterapia*, 2018, 67-77.

produzione giurisprudenziale, nazionale e non, ordinaria e amministrativa, non sempre intellegibile. Diverse considerazioni riguardano l'ente, ma sul punto si ritornerà tra breve. Dunque, se si può pronosticare l'espansione della responsabilità dell'ente, che deve provvedere al *risk assessment* e *management*, si deve escludere che sia esigibile un simile adempimento al medico.

In virtù della doppia funzione di tale modello informativo e autorizzativo, si è discusso pure dell'inedito limite alla revoca del consenso. Ciò collide con la natura del consenso come atto giuridico in senso stretto e conduce ai seguenti dubbi: si configura un negozio con effetti costitutivi dello *status* oppure un atto in deroga eccezionale per la peculiare funzione assolta? E, soprattutto, può ancora dirsi che un consenso irrevocabile costituisca strumento di manifestazione dell'autodeterminazione oppure l'assunzione volontaria e consapevole della responsabilità procreativa e genitoriale esaurisce le funzioni dell'atto? Con riferimento al primo quesito, non pare intaccata la struttura, almeno secondo la giurisprudenza pronunciatasi a più riprese[79]. Non è stata mai applicata la disciplina dei vizi del consenso; è stata sempre esclusa la negozialità con riferimento allo *status filiationis*. E allora la volontà assiste l'atto ma non gli effetti, già predeterminati dalla legge, anche quando dopo un certo termine temporale il paziente non è più d'accordo, salvo che sia la donna, che ha contribuito al procedimento procreativo e gestazionale, a ripensarci. Si determina così un sacrificio per l'autodeterminazione, che però non intacca la struttura dell'atto giuridico in senso stretto e non esclude completamente la funzione originaria del consenso. Cionondimeno, la maggiore valorizzazione di questo diritto potrebbe inverarsi separando i piani relativi alla costituzione dello *status* e al procedimento terapeutico[80]. Inoltre, con riferimento ai profili di responsabilità, non può dirsi escluso l'inadempimento informativo, allorquando la clinica consente alcuni trattamenti sui quali non vi era stata idonea comunicazione, dopo anni dall'avvio della procedura, considerando solo uno dei due pazienti e con l'utilizzo delle cellule della persona in contrasto con la precedente determinazione.

Alcuni modelli, infine, recano un obbligo informativo senza raccolta del consenso in capo al paziente, perché la scelta è realizzata da terzi o si ricorre a un procedimento assistito da riserva di legge e di giurisdizione. Occorre chiedersi se l'inadempimento informativo, in tali casi, possa avere qualche conseguenza sul piano risarcitorio: la riflessione va svolta entro due piani distinti per la posizione del minore e quella del soggetto sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio.

Per quanto concerne il minore, la violazione dell'obbligo informativo o di rispettare l'autorizzazione del genitore potrebbe generare una lesione al bene giuridico tutelato dell'autodeterminazione terapeutica. Tuttavia, occorre pure accertare la sussistenza della causalità giuridica per quantificare il *quantum debeatur*. Più semplice risulta l'operazione per i c.d. grandi minori[81]: tali soggetti possono dialogare con gli esercenti la responsabilità genitoriale e con coloro che realizzano il trattamento, pur dovendo mediare la propria determinazione con e attraverso quella dell'adulto. Sembra allora possibile verificare un concreto pregiudizio risarcibile. Più problematici diventano gli accertamenti relativi alla causalità giuridica e alle conseguenze pregiudizievoli concretamente patite dai c.d. piccoli minori, che affrontano le cure in tenera età. Quando il trattamento sanitario coinvolge questa diversa categoria, occorre domandarsi in capo a quali soggetti vadano accertati i pregiudizi: al minore, che subisce il trattamento, oppure in capo all'adulto, che non viene informato o che, pur informato, non avrebbe acconsentito all'intervento? Il titolare del diritto è il minore, ma colui che lo esercita, in tutto o in parte, è l'adulto. Se si dovesse seguire il criterio discretivo della titolarità del diritto, in tutte le vicende in cui sono inclusi i piccoli minori, dovrebbe escludersi la possibilità di conseguire un risarcimento, perché risulta difficile riscontrare i pregiudizi morali in capo a una persona che non ha appreso il linguaggio e che non ha ancora la consapevolezza di quanto sta accadendo. Da ciò conseguirebbe la neutralizzazione dell'autodeterminazione riconosciuta a livello costituzionale e dalla l.n. 219/2017 ai minori, che degrada a declamazione di principio, da un lato, oltre che l'effetto di ricostituire la potestà di cura in capo al medico, in spregio all'alleanza terapeutica. All'opposto, potrebbe trovare applicazione la teorica dei danni *in re ipsa*[82]: la condotta può essere considerata come intrinsecamente idonea a generare pregiudizi, tenuto conto dell'elevato rango del bene giuridico offeso e della potenzialità offensiva del contegno del sanitario rispetto a pazienti in una condizione di particolare vulnerabilità. Come osservato dagli interpreti, ciò non ha a che fare con una finalità punitiva o esemplare[83]: semmai si addiviene a una semplificazione probatoria oppure a una liquidazione forfetaria per

---

[79] CLARIZIA, *Divieto di procreazione* post mortem *e trasmissione* mortis causa *dei gameti*. *Annali SISDiC,* 2024, 49-69.

[80] PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di FERRANDO, Padova, 1989, 146.

[81] FOGLIA, *Il diritto di partecipazione dell'adolescente alle decisioni che riguardano la sua salute*, in *Biolaw Journal,* 2021, 1, 39-54, in particolare 48-49; C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione,* in *Giust. civ*., 2019, 3, 617 ss.; NANNIPIERI, *Il corpo (ovvero la salute) dei minori: il difficile e dinamico equilibri tra libertà e potestà, autonomia ed eterodeterminazione*, Pisa, 2007; ID., *Il consenso ai trattamenti sanitari sui minori: il difficile e dinamico equilibrio tra potestà ed autodeterminazione, in Minori Giustizia*, 2009, 2, 149 ss.; TRIOLO, S. PROCACCIANTI, ARGO, P. PROCACCIANTI, *Consenso all'atto medico ed autonomia di "grandi minori": il caso del test HIV*, in *Riv. it. med. legale*, 2010, 1, 47-66.

[82] Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite in materia di occupazione *sine titulo* di immobile: Cass. civ., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645-33659; per un commento, LUCCHINI GUASTALLA, *Brevi riflessioni in tema di danno-evento e danno-conseguenza nella responsabilità civile*, in Resp. civ. prev., 2023, 6, 1742 ss. In dottrina, si registra un vivace dibattito interpretativo: SIRENA, *Tre tesi sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza,* in *Resp. civ. prev*., 2023, 6, 1752; M. BIANCA (a cura di), *La responsabilità. Principi e funzioni. Continuando a dialogare con Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2023; SCOGNAMIGLIO, *Il danno ingiusto e la sua prova: l'occupazione abusiva di un immobile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2022, 4, 893; MEZZANOTTE, *Cos'è in re ipsa nel "danno in re ipsa"?,* in *Resp. civ. prev.,* 2023, 6, 1824 ss.

[83] TRIMARCHI, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, 2019, 604 ss.

semplificare, quantificare e quindi tutelare in modo efficace il danneggiato mediante una compensazione. Inoltre, si può considerare che la condotta del sanitario è idonea a provocare conseguenze immediate e dirette pure in capo al genitore o al tutore, che deve intervenire nell'interesse e a vantaggio del giovane paziente[84].

Con riferimento al paziente subordinato a TSO, invece, valgono alcune diverse considerazioni, che conducono però a simili conclusioni. Si è detto che l'informazione è funzionale alla prestazione di un consenso valido, ma l'impostazione predetta rischia di essere eccessivamente rigorosa rispetto al caso del paziente vulnerabile costretto a un trattamento sanitario obbligatorio. Egli può conseguire l'informazione ma non può fornire un consenso valido, sia perché non è valido un consenso preventivo o successivo sia perché il suo consenso attuale non sarebbe libero e consapevole. In secondo luogo, di per sé non basta la consapevolezza maturata dal paziente vulnerabile: la determinazione non è affatto richiesta, anzi è sopperita da altri attori istituzionali. Anche qui, allora, sorge il dubbio: al medico e conseguentemente alla struttura si chiede di informare adeguatamente e questa adeguatezza si deve parametrare alle condizioni del paziente vulnerabile o degli altri soggetti che sono chiamati a intervenire? Non sembrano emergere indizi risolutivi dal dettato normativo, ci si oppone però all'idea che la legge preveda una declamazione di principio e un'inedita falsa logica dell'informazione funzionale a sé stessa e non al consenso al trattamento. Dunque, se occorre informare il paziente vulnerabile allora l'adeguatezza deve essere commisurata anche alle sue capacità di comprensione. Ciò però rende assai gravosa l'esecuzione della prestazione da parte del medico, che abbisogna di non poche risorse per adempiere. Da ultimo, si deve osservare che risulta già complessa la ricostruzione dell'efficienza eziologica[85] della condotta inadempiente rispetto ai pazienti ordinari; nel caso dei pazienti vulnerabili c'è il rischio di confondere le conseguenze dell'inadempimento informativo con le conseguenze del trattamento oppure della interlocuzione tra più soggetto oppure di una scorretta esecuzione della scansione procedimentale che coinvolge paziente e altri attori istituzionali. Dunque, è assai complesso distinguere le conseguenze avvertite dal paziente all'esito della applicazione di un TSO e quelle che derivano da una scarsa comprensione di questo trattamento. Ancora una volta, la soluzione potrebbe essere individuata nella teorica dei danni *in re ipsa*, intesa come semplificazione della quantificazione, per addivenire all'allocazione delle conseguenze dell'attività ospedaliera, senza generare però eccessi punitivi.

«Puoi fissare un miliardo di regole, una per ogni fenomeno, senza riuscire ugualmente a ricavare una generalizzazione. Ecco cosa intendo dire quando affermo che un sistema possa essere interpretato solo mediante un modello complesso quanto il sistema stesso»[86]: così scrive Asimov, dando voce al suo protagonista, il matematico Hari Seldon. Si è ben lontani qui dall'elaborazione di un modello matematico di predizione degli eventi; tuttavia, internalizzare la complessità dell'autodeterminazione nelle cure, all'insegna della pluralità e della valorizzazione dei diversi modelli informativi e autorizzativi, abilita a comprendere meglio la potenzialità dei congegni messi in campo dal legislatore e a giungere allo scopo di questa riflessione. Così è possibile mettere in luce i numerosi corollari applicativi derivanti dalla valorizzazione puntuale degli elementi specializzanti, spesso relegati a uno spazio di eccezione, se non di marginalizzazione.

---

[84] MUSIO, *Recenti orientamenti in tema di responsabilità civile della struttura sanitaria nei confronti dei congiunti dei pazienti e criticità delle soluzioni adottate*, in questa *Rivista*, 2024, 3, 38-43.

[85] Sul punto, PUCELLA, *op. cit.,* 21 ss.; ID., *La causalità «incerta»,* Torino, 2007; ID., *Onere della prova nella responsabilità medica: l'impatto della Legge Gelli-Bianco,* in questa *Rivista*, 2022, 369; ID., *Un nesso, due nessi, l'irrisolto groviglio della causalità,* in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1797-1804.

[86] ASIMOV, *Preludio alla fondazione*, trad. di Anselmi, Milano, 1988, 34.

Obblighi di trasparenza degli *health influencer*, responsabilità delle industrie alimentari e rischi sanitari

di **Angela Mendola**

Sommario: 1. *Influencer marketing contract*. 2. Il contrasto alla *misleading advertising*. 3. Obblighi di trasparenza dei *dietitian influencer* e rischi sanitari: gli avvertimenti della FTC. 4. La responsabilità dell'industria alimentare per pubblicità ingannevole. 5. Dalla libertà di scelta dei *follower* alla protezione del mercato "virtuale".

Abstract: Il *general framework* della tutela del consumatore di alimenti si fonda sull'idea che solo un utente informato in modo trasparente sia in grado di assumere una decisione razionale. Preoccupazioni queste che si proiettano altresì nell'invito, rivolto agli *influencer marketing*, ad evitare quelle *misleading informations* che inducono i *follower* ad effettuare scelte che, altrimenti, non avrebbero mai assunto. Si tratta di un aspetto ampiamente discusso dai *media* e dalla dottrina giuridica ed economica che ha attirato l'attenzione di organismi di vigilanza come la *Federal Trade Commission* americana e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana.

1. *Influencer marketing contract*

Come ormai noto, alla base del funzionamento dell'attività dell'*influencer*, vi è la capacità di monetizzare la pubblicità in rete per effetto della sua popolarità e dell'ampiezza delle metriche della sua *influence analytics*[1]. Ma, ciò posto, diverse sono le modalità attraverso cui questa "monetizzazione" prende corpo e varie sono le sottese problematiche giuridiche. Accanto ad una "*endorsement marketing strategy that pays affiliates (the content publishers) money when users click on their customized URLs*"[2] e che, quindi, attraverso l'attivazione di coupon fa guadagnare l'*influencer* ogni qual volta è effettuata una vendita, si collocano forme di coinvolgimento contrattuale rappresentate dall'assunzione dell'obbligo di pubblicazione di *post* o di recensioni per sponsorizzare il prodotto.

L'"*Influencer Marketing Campaign Contract*", o anche "*Influencer Marketing Contract*", può interessare diversi soggetti. Il rapporto si può costruire, infatti, non solo fra *influencer* ed inserzionisti (astretti da un rapporto di committenza) ma può altresì coinvolgere eventuali intermediari delegati dai primi alla sottoscrizione di richieste di sponsorizzazione. Ad ogni modo, l'azienda titolare del *brand* fornisce un corrispettivo in compenso monetario e/o in omaggi all'*influencer*, il quale sarà poi tenuto ad associare alla propria figura quel determinato marchio, mediante *advertising online*, attraverso *post*, foto, commenti, recensioni, *tweet*, ecc. Adeguata appare, in tal senso, la definizione offerta dalla *The Word of Mouth Marketing Association*, secondo cui l'*influencer marketing* è "*the act of a marketer identifying and engaging influencers to share information with influencees in pursuit of a business goal*"[3].

La previsione di un diritto di esclusiva dell'immagine per iniziative pubblicitarie, nonché dell'obbligo reciproco dei soggetti contraenti di non assumere comportamenti che possano ledere l'immagine della controparte, non raramente completa una fattispecie contrattuale che ha di mira il coinvolgimento *online* del pubblico per il prodotto o servizio approvato.

Attesa, dunque, la centralità dell'attività dei *content creators* di monetizzare contenuti, l'influenza sui *social media* può assumere forme diverse e deve, ovviamente, anche tener conto della sempre maggior capacità di condizionare i comportamenti di acquisto dei *follower*, con cui gli *influencer* entrano in contatto diretto e senza filtri[4].

Il problema che si delinea è quello classico della tutela del consumatore, che si accresce per la tendenza del mercato ad avvalersi di soggetti che, per l'esperienza e per la conoscenza maturate in un certo settore, sono in grado di intercettare le preferenze degli utenti[5]. Queste nuove figure dell'economia digitale, in alcuni casi, pubblicizzano determinati prodotti attuando sui consumatori una pressione mediante stimoli emozionali, spesso sproporzionati al bisogno che quella specifica merce può soddisfare[6]. Tutt'altro che agevole risulta, tuttavia, dimostrare il nesso causale tra il messaggio pubblicitario e la scelta effettuata dal consumatore nel

[1] MATHUR-NARAYANAN-CHETTY, *An Empirical Study of Affiliate Marketing Disclosures on YouTube and Pinterest*, in *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, 2018, vol. 2, CSCW, Article 119 (November 2018), ACM, New York, NY, pp. 119 ss.

[2] O'NEIL-HART-BLUMENSTEIN, *Why YouTube stars are more influential than traditional celebrities*, in *Think with Google*, 2016, 7.

[3] Cfr. WOMMA, *The WOMMA guide to influencer marketing*, 2017, in *https://www.ana.net/content/show/id/womma*, p. 7. V.si anche JAHNKE, *Ist Influencer Marketing Wirklich Neu*?, in JAHNKE (ed), *Influencer Marketing: Für Unternehmen und Influencer: Strategien, Plattformen, Instrumente, rechtlicher Rahmen*, in *Influencer Marketing*, 2018, 1, p. 4.

[4] Interessanti le osservazioni di CORAPI, *Il contratto di* influencer marketing, in *Nuovo dir. civ*., 2022, 1, pp. 245 ss.; TRUBIANI, Influencer marketing*: libertà della scelta di consumo nel mondo digitale*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2024, 3, pp. 385 ss. Sul punto, sia consentito altresì un rinvio a MENDOLA, *Libertà di espressione e "costo" del consenso nell'era della condivisione digitale. Analisi comparatistica*, Milano, 2023, pp. 67 ss.

[5] GOANTA-RANCHORDÀS, *The Regulation of Social Media Influencers*, Northampton, 2020, *passim*.

[6] In tema, v.si MASINI, *Piattaforme* online *e motori di ricerca: sul rischio di accesso del consumatore digitale di alimenti*, *Dir. agroalim.*, 2023, 2, pp. 272.

contesto dell'*influencer marketing*, poiché, nella pratica, diversi fattori possono influenzare la motivazione all'acquisto[7].

2. Il contrasto alla *misleading advertising*

Tra gli interrogativi sollevati dall'*influencer marketing*, centrale si rivela la questione della regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette[8]. E, tuttavia, l'applicazione della relativa normativa presuppone, pur sempre, che questo particolare *content creator* sia considerato un professionista che pone in essere una condotta distorsiva delle scelte d'acquisto del consumatore. Cosa che non sempre è, giacché – nella pratica – non è del tutto chiaro se tali contraenti siano da considerarsi professionisti autonomi, subordinati o, a loro volta, consumatori. In presenza di istruzioni date da un *manager* ad un gruppo di *influencer* su cosa deve essere pubblicato *online*, quando e come deve apparire finisce, invero, con l'avere le caratteristiche di un rapporto di lavoro subordinato. Nella giurisprudenza italiana, interessante è la posizione di Trib. Roma, 4 marzo 2024, laddove, relativamente alla vendita di integratori alimentari *online*, ha specificato che l'attività dell'*influencer* si debba ricondurre non già al procacciamento d'affari ma a quella dell'agente di commercio poiché, come nel contratto di agenzia, la prestazione consiste in atti di contenuto vario e non predeterminato che tendono alla promozione della conclusione di contratti in una zona determinata per conto del preponente[9]. Per "zona determinata", deve intendersi non solo una specifica area geografica, ma altresì la porzione di mercato che, nel caso di commercio *online* attuato mediante *influencer*, risulti determinata dalla comunità dei *follower* che lo seguono[10]. È decisivo, beninteso, che l'attività sia finalizzata alla conclusione degli affari per i quali viene remunerato il lavoratore e che sia svolta in modo stabile e continuativo. I caratteri distintivi del contratto di agenzia sono, del resto, la continuità e la stabilità dell'attività, posta in essere dall'agente, volta a promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente nell'ambito di una determinata sfera territoriale, mentre il rapporto di procacciatore d'affari si estrinseca nell'attività di chi, senza vincolo di stabilità e in via episodica, raccoglie le ordinazioni dai clienti trasmettendole all'imprenditore da cui ha ricevuto l'incarico[11].

Ad ogni modo, la sponsorizzazione, da parte di queste nuove figure, di un determinato prodotto, attraverso una condivisione solo in apparenza spontanea e disinteressata, è in grado di alterare sensibilmente la capacità del consumatore di effettuare scelte consapevoli, inducendolo a decisioni di natura commerciale che magari non avrebbe assunto. Né è necessario che l'induzione in errore si traduca nella conclusione del contratto per ottenere il bene (o il servizio) reclamizzato e/o nell'alterazione del patrimonio del consumatore, risultando sufficiente che costui sia condizionabile nelle proprie preferenze di mercato dalla portata decettiva di una comunicazione che è sostanzialmente fuorviante. In questo senso, la pubblicità è ingannevole, e, in quanto tale, deve considerarsi come un tipico illecito di pericolo, per la sussistenza del quale è sufficiente la mera potenzialità ingannatoria del messaggio veicolato. Ed è del pari noto che il *general framework* della tutela del consumatore si fonda sull'idea che solo un utente informato in modo trasparente sia in grado di assumere una decisione razionale. Preoccupazioni queste che si proiettano altresì nell'invito ad evitare quelle *misleading informations* che inducono i consumatori ad effettuare scelte che, altrimenti, non avrebbero mai assunto.

Si tratta di un aspetto ampiamente discusso dai *media* e dalla dottrina giuridica ed economica, che ha attirato l'attenzione di organismi di vigilanza come la *Federal Trade Commission*, la quale, attraverso le *Endorsement Guides*[12] contenute *nell'eCFR* (*Electronic Code of Federal Regulations*), si è immediatamente posta in un'ottica di contrasto alle pratiche commerciali ingannevoli, implementando normative per mantenere quanto più equo possibile il mercato ed educando consumatori e imprese. In discussione sono condotte che – a conferma del rilievo che assume il *quomodo* attraverso cui l'informazione è veicolata – devono considerarsi espressamente vietate dal *Federal Trade Commission Act*[13]. È, in particolare, la *Section* 5 dello stesso, con il suo valore di clausola generale, a proibire "*deceptive acts or practices*" che si configurano allorché "*a representation, omission, or practice misleads or is likely to mislead the consumer*"[14]. Deve trattarsi, di conseguenza, di *deceptive* o *misleading advertising*, che, se posta in essere da un *influencer*, lo rende destinatario di un ordine amministrativo di cessazione del comportamento illecito e desistenza dalla condotta[15], o di una condanna alla restituzione degli utili derivanti dalla pratica vietata, in un meccanismo di *enforcement* di carattere amministrativo[16].

3. Obblighi di trasparenza dei *dietitian influencer* e rischi sanitari: gli avvertimenti della FTC

Un caso particolare, relativo al *digital marketing* occulto, di recente all'esame della *Federal Trade Commission*, ha riguardato l'ambito del c.d. *nutritional marketing*. L'inchiesta,

---

[7] RIEFA-CLAUSEN, *op. cit.*, p. 67; DUCATO, *op. cit.*, pp. 10 ss.

[8] Per un approfondimento, v.si AVERSANO, Influencer *e mercato agroalimentare: quali condizionamenti?*, in *Riv. dir. alim.*, 2024, 3, pp. 12 ss.

[9] Trib. Roma, 4 marzo 2024, in *Dir.* Internet, 2024, 4, con nota di ESPOSITO-IUZZOLINO, *La promozione in rete dei prodotti di un'azienda qualifica gli* influencer marketing *come agenti di commercio?*

[10] Trib. Roma, 4 marzo 2024, cit.

[11] Trib. Roma, 4 marzo 2024, cit.

[12] Cfr. *Code of Federal Regulations*, part. 255 "*Guides concerning Use of Endorsement and Testimonial in Advertising*", in *www.ecfr.gov*.

[13] *Federal Trade Commission*, *Native Advertising: A Guide for Business*, in *www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/native-advertising-guide-businesses*.

[14] DI MEL, *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2010, 3, pp. 385 ss.

[15] Cfr. *Section 5(a) of the Federal Trade Commission Act* (*FTC Act*) (15 USC §45), in *https://www.federalreserve.gov*). Per un'analisi puntuale, cfr. KOVACIC-WINERMAN, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Ftc Act*, in 76 *Antitrust Law Journal* 929 (2020), pp. 942 ss.; SOLOVE-HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, 114 *Colum. L. Rev.* 583 (2014), p. 626; HOVENKAMP, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, in *Fla. L. Rev.*, 2010, 1, p. 62; WASHBURN, *FTC Regulation of Endorsements in Advertising: In the Consumer's Behalf?* in *Pepperdine Law Review*, 1981, n. 3, vol. 8, pp. 697 ss.

[16] *Guides Concerning the Use of Endorsement and Testimonials in Advertising*, 74 Fed. Reg. 53, 124 (Oct 15, 2009), § 255.0 (b), cit.

condotta dal *Washington Post* e dall'*Examination*, e poi giunta all'attenzione dell'organismo di vigilanza americano, ha rilevato che due associazioni di categoria, l'*American Beverage Association* (AmeriBev) e il *Canadian Sugar Institute*, abbiano commissionato attività di comunicazione commerciale *online* a dei noti *health influencer*, divisi tra dietiste, medici e *fitness influencer*, incaricati di pubblicare post a favore di zucchero processato. È emerso che solo alcuni dei professionisti sanitari avessero utilizzato *hashtag* come "#ad", peraltro collocandoli comunque più in basso nelle descrizioni testuali dei loro post, e, quindi, rendendoli non sufficientemente evidenti ai consumatori. Altri si erano, invece, serviti delle diciture "*#AmeriBev*" o "*#cndnsugarnutr*" difficilmente riconducibili dai *follower* ai soggetti *sponsor*. I restanti *dietitian infleuncer*, invece, non avevano evidenziato in alcun modo la *material connection* sussistente con le committenti[17], restando, così, occulto qualsiasi legame con i dolcificanti pubblicizzati. Benché, secondo la FTC, una "*material connection*" possa ravvisarsi anche solo in "*family, or personal relationship, or in the provision of free products or services to the endorser*", nel caso di specie gli *influencer* erano stati destinatari di veri e propri "*monetary payment*"[18].

La campagna promozionale realizzata ha suscitato l'attenzione di gran parte dell'opinione pubblica soprattutto perché l'*International Agency for Research on Cancer* ha classificato il dolcificante non solo come prodotto inefficace per la perdita di peso, ma anche come possibile cancerogeno per gli esseri umani e tossico soprattutto per i minori d'età[19]. Tanto che la *World Health Organization*, a fronte di una attenta identificazione dei pericoli e delle probabilità che questi si verifichino e con quale gravità, ha consigliato di moderare il consumo di alimenti e bevande a base di aspartame[20]. Avvertimenti questi che, secondo i professionisti sanitari pubblicizzanti, sono apparsi, però, fondati su "*low-quality science*", tanto da avere essi proseguito nell'incentivare il consumo di prodotti contenenti zucchero, addirittura attraverso l'utilizzo dell'*hashtag #safetyofaspartame*, così trascurandone gli eventuali effetti collaterali negativi.

Centrale, nell'ambito della tutela del consumatore di alimenti, è il suo diritto all'informazione, tale da consentirgli di effettuare delle scelte consapevoli, nel rispetto di corrette indicazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche[21]. Ed è evidente che l'attività di *marketing* digitale di questa settoriale tipologia di *influencer* risulti ancora più decisiva provenendo da dietisti registrati e da altri soggetti comunque esperti nel settore sanitario, su cui gli utenti fanno affidamento per consigli qualificati sulla tipologia dei cibi e delle bevande da consumare durante la sottoposizione ad un regime dimagrante. Tanto che, sebbene la *Food and Drug Administration* (FDA) abbia successivamente rilasciato una dichiarazione in disaccordo con le conclusioni della WHO sui pericoli derivanti dall'uso di aspartame[22], la FTC ha comunque contestato l'incapacità degli *influencer* di divulgare adeguatamente la sussistenza di una *partnership* e la circostanza di percepire compensi per lo svolgimento della commercializzazione di un dolcificante che potrebbe avere effetti negativi sulla salute. Medesima reprimenda è stata rivolta anche alle associazioni di categoria, definite dalla *Federal Trade Commission* "*sophisticated groups*" che, in quanto tali, avrebbero dovuto avere ampia conoscenza del *Federal Trade Commission Act*.

Le *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*[23] disincentivano, d'altronde, proprio quel tipo di *endorsement* riconducibile a messaggi pubblicitari derivanti da dichiarazioni verbali, spendita del nome, dell'immagine o di altre caratteristiche personali identificative di una persona nota, idonei a fare credere ai consumatori che gli stessi non riflettano le opinioni dell'inserzionista pubblicitario, bensì il parere del personaggio noto sul prodotto reclamizzato[24]. Le *Endorsement Guides* prevedono, inoltre, che laddove una connessione tra l'*endorsement* e il venditore del prodotto pubblicizzato non sia ragionevolmente intellegibile dal pubblico, debba essere divulgata in modo chiaro e trasparente proprio dall'*endorser*. L'importante funzione ascrivibile all'*hashtag* è, in tal senso, ormai evidente nell'ambito del commercio *online*, trattandosi di un tipo di *tag* utilizzato, soprattutto nei *social network*, come "aggregatore tematico", finalizzato ad agevolare gli utenti nel trovare informazioni su un tema o su un contenuto specifico. La capacità di questa particolare forma di metadato è, invero, quella di svolgere il ruolo di comunicazione diretta tra il consumatore ed il creatore del contenuto *social*, senza le intermediazioni tipiche dell'informazione tradizionale ma anzi sfruttando le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie di rete sociale[25].

È proprio per disincentivare l'inosservanza di siffatte disposizioni normative che la *Federal Trade Commission* ha provveduto ad inviare *warning letters* alle predette associazioni di categoria e agli *influencer*, avvertiti della mancanza di notizie adeguate nei loro post su Instagram e

---

[17] O'Connor-Gilbert, Chavkin, *The food industry pays 'influencer' dieticians to shape your eating habits*, Washington Post (Sept. 13, 2023), in *https://www.washingtonpost.com/wellness/2023/09/13/dietitian-instagram-tiktok-paid-food-industry/*.

[18] Cfr. *United States of America Federal Trade Commission, Statement of Commission*, *Warning to Prominently Disclose Paid Endorsements*, 5 marzo 2020, in *https://www.ftc.gov*.

[19] La classificazione è analizzabile in *https://www.iarc.who.int/*.

[20] Cfr. *Joint News Release Aspartame hazard and risk assessment results released*, in *https://www.who.int/*, 14 luglio 2023; *Summary of findings of the evaluation of aspartame at the International Agency for Research on Cancer (IARC) Monographs Programme's 134th Meeting, and the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA) 96th meeting*, *ivi*, 14 luglio 2023.

[21] Cfr. Sirsi, *Il diritto all'educazione del consumatore di alimenti*, in *Riv. dir. agr*., 2011, 4, pp. 496 ss.

[22] *Food and Drug Administration*, *Aspartame and Other Sweeteners in Food*, in *https://www.fda.gov*.

[23] Consultabili in *https://www.federalregister.gov/* e aggiornate il 26 luglio 2023.

[24] Sul tema, si rinvia a Foong-Yazdanifard, *Celebrity Endorsement as a Marketing Tool*, in *Global Journal of Management and Business Research*, 2014, 4, p. 37 ss.; Oberheiden, *Revised FTC Guides on Use of Endorsements and Testimonials in Advertising in Social Media*, in *The Nazional Law Rewiew*, 10 ottobre 2021.

[25] Loconsole, *Gli* hashtag *tra scopo tecnico e diritto dei marchi*, in *Riv. dir. industriale*, 2020, 3, p. 245.

TikTok[26]. D'altronde, solo dopo questa stretta federale sulla pubblicità sui *social media*, attuata anche tramite "*moral suasion*", i *dietitian influencer* hanno cancellato i precedenti post sponsorizzati e progressivamente rivelato esplicitamente i rapporti contrattuali con le aziende committenti, onde evitare di incorrere nella irrogazione di multe consistenti per ogni violazione accertata.

Il caso sin qui illustrato, per certi versi, sembra ricondurre alla vicenda che, poco tempo addietro, aveva interessato la *United States District Court for the Middle District of Florida*, chiamata ad emanare un *Order for permanent injunction and monetary judgment*, nella vicenda *Plaintiff, v. Teami, LLC et al.*

Coinvolti risultavano essere la *Teami, LLC*, e i suoi titolari, accusati dalla FTC di aver reso false affermazioni su dati relativi alla salute e di aver commissionato sponsorizzazioni a noti *influencer* che non avevano rivelato adeguatamente di aver ricevuto compensi per divulgare i prodotti della società. *Teami, LLC*, pur senza riscontri scientifici affidabili, aveva, in particolare, garantito che il "*Teami 30 Day Detox Pack*", da essa promosso, avrebbe aiutato i consumatori a perdere peso, riducendo il colesterolo, e che altri prodotti disintossicanti avrebbero addirittura contribuito alla lotta contro il cancro. Sebbene, in alcuni casi, gli *influencer* ingaggiati avessero rivelato la loro relazione contrattuale con l'inserzionista utilizzando l'*hashtag #teamipartner*, siffatta divulgazione non era risultata chiara e ben visibile, poiché non collocata sul pulsante "*more*" di *Instagram*, dovendo, invece, gli utenti effettuare un *click* ulteriore per poterla visionare. Dai video proposti su *Instagram* e *TikTok*, peraltro, non era apparso visibile il vincolo contrattuale con le committenti, benché ve ne fosse data una parziale diffusione nella parte testuale del post. Pratiche ingannevoli – quelle così perpetrate dagli *influencer* di *Teami* – proseguite nonostante essi fossero stati destinatari di *warning letters*, da parte della FTC. Solo a seguito dell'emanazione dell'*Order for permanent injunction and monetary judgment*, da parte dell'*United States District Court for the Middle District of Florida*, è stato, infatti, raggiunto un accordo con tutte le parti coinvolte che si sono impegnate ad interrompere le predette pratiche pubblicitarie ingannevoli e a versare, a titolo di "*equitable monetary relief*", ingenti somme di denaro ai consumatori danneggiati da una "*unexpected material connection*"[27].

In considerazione della relazione qualificata tra l'attività delle società preponenti e le condotte dei preposti *influencer*, nei due casi esaminati, si è, quindi, ravvisato un nesso di "occasionalità necessaria", avendo lo svolgimento dell'attività pubblicitaria rappresentato l'occasione cagionante l'illecito. Le inserzioniste, nella specie, sono incorse in una responsabilità, non solo "indiretta", avendo partecipato alla realizzazione dei post o delle *IGStory* per il tramite dell'attività dei soggetti preposti, ma anche in una *direct responsibility*, in quanto, per effetto del meccanismo del *tag*, da alcuni *influencer* effettuato, le società erano state avvisate in tempo reale dell'avvenuta pubblicazione della comunicazione commerciale sul profilo *social* dei preposti, sicché avrebbero potuto immediatamente prendere i dovuti provvedimenti.

Nell'ambito del *nutritional marketing*, da quanto sin qui rilevato, emergono non solo i notevoli vantaggi degli sviluppi tecnologici del settore alimentare ma anche la difficoltà di trovare un equilibrio tra le industrie alimentari, che mirano a migliorare competitivamente i propri prodotti anche in funzione della tutela della salute, le *Authorities*, che verificano la pertinenza scientifica delle iniziative promozionali, e il consumatore di alimenti che spesso versa in una situazione di pericolosa asimmetria informativa.

4. La responsabilità dell'industria alimentare per pubblicità ingannevole

Il principio della trasparenza nella comunicazione commerciale, veicolata tramite *influencer* di prodotti alimentari, acquista ancora più rilievo quando si tratta di iniziative benefiche che coinvolgano soggetti vulnerabili come i minori di età. Inevitabile risulta il riferimento al caso italiano noto come "Pandoro *Pink Christmas*", che ha visto protagoniste un'importante azienda dolciaria e due società collegate al marchio di una delle più conosciute *influencer*. Le parti, nella specie, avevano concluso due differenti contratti, uno di licenza per l'utilizzo di alcuni dei marchi di titolarità della "creatrice di contenuti", ed un altro di sponsorizzazione, attraverso cui si autorizzava a disporre di tutti i diritti relativi alla personalità e all'identità della stessa. Con i predetti accordi si realizzava una *partnership* per produrre e commercializzare un pandoro in edizione limitata rispetto al quale le parti dichiaravano di perseguire, attraverso la vendita dello stesso, un fine solidaristico. Il "Pandoro *Pink Christmas*" era caratterizzato da un prezzo elevato e da un *packaging* peculiare che recava sul fronte il logo della nota *influencer*, mentre sul retro veniva dichiarato il sostegno da parte delle aziende all'Ospedale Regina Margherita di Torino, il quale a sua volta avrebbe dovuto destinare i fondi all'acquisto di un nuovo macchinario per le cure terapeutiche di minori affetti da Osteosarcoma e Sarcoma di Ewing. In realtà, solo una parte del ricavato era devoluta alla predetta causa benefica, e la donazione era già stata effettuata, in una misura fissa e predeterminata, prima ancora dell'inizio della campagna pubblicitaria e senza una partecipazione diretta della nota ed esperta *influencer*. Alla luce della comunicazione commerciale effettuata, i consumatori avevano, però, avuto la percezione di contribuire, con il proprio acquisto, direttamente e proporzionalmente a tale iniziativa benefica, tanto che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato adita ha fondato il proprio provvedimento, del 14 dicembre 2023, su specifiche circostanze fattuali che risultavano contraddittorie e dunque realizzative di una condotta ingannevole in danno dei

[26] Inviate il 15 novembre 2023 e consultabili in *https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/warning-letter-american-bev.pdf*.

[27] Cfr. *United States of America Federal Trade Commission, Statement of Commission*, *In re Teami, LLC*, 6 marzo 2020, in *https://www.ftc.gov*. V.si altresì *United States District Court for the Middle District of Florida, Plaintiff, v. Teami, LLC et al.*, 17 marzo 2020, in *https://www.ftc.gov*; FAIR, *FTC's Teami case: Spilling the tea about in±uencers and advertisers. Federal Trade Commission*, in *https://www.ftc.gov*, 6 marzo 2020; NEUBURGER, *FTC Paid Endorser Settlement Sets Framework for Advertiser Best Practices*, in *https://natlawreview.com*, 30 marzo 2020.

consumatori e del regolare funzionamento della concorrenza e del mercato[28].

Se da un lato un comunicato stampa dell'industria dolciaria aveva affermato in modo esplicito che le vendite del pandoro griffato avrebbero contribuito all'acquisto del macchinario utile alla ricerca e tale comunicazione era stata confermata sulla confezione del prodotto, dall'altro l'AGCM constatava che l'iniziativa benefica era provenuta dall'impresa dolciaria, prima dei predetti accordi, e che questa era stata senz'altro effettuata ma in una fase anteriore all'inizio della campagna di comunicazione e delle vendite del "Pandoro *Pink Christmas*", peraltro senza una partecipazione diretta della ben nota ed esperta *influencer*. Dunque, al contrario di quanto pubblicizzato, anche il consumatore "non sprovveduto" sarebbe caduto nell'errore di credere che il proprio acquisto avrebbe direttamente contribuito alla realizzazione dello scopo benefico. Tale convincimento sarebbe derivato dal prezzo di vendita del pandoro che nello specifico era poco più di due volte e mezzo superiore rispetto al prezzo di quello tradizionale. Quale altra ragione, infatti, avrebbe giustificato tale aumento di prezzo se non quella della percentuale destinata alla donazione. Anche tutte le attività di comunicazione e *marketing* della nota *influencer*, valutate dall'Autorità, erano andate in questa direzione, rafforzando quindi l'erroneo convincimento del consumatore. In particolare, i messaggi *social* erano stati costruiti enfatizzando la circostanza che in quelle festività natalizie la creatrice di contenuti e l'impresa dolciaria avevano pensato ad un progetto benefico a favore dell'Ospedale torinese, che avrebbero potuto realizzare solo "insieme" al consumatore che a sua volta, spinto da uno spirito solidale e benefico, avrebbe contribuito attraverso l'acquisto del pandoro edizione limitata.

Non può negarsi, quindi, la capacità attrattiva di tutta questa attività di comunicazione, idonea ad "ingannare" differenti *cluster* di utenti. Tanto che, per l'AGCM, la pratica commerciale è risultata scorretta in quanto, pur essendo veritiero e reale il contributo economico in favore del progetto di ricerca da parte dell'azienda dolciaria, il *quantum* dello stesso non era direttamente proporzionale al totale delle vendite del pandoro[29]. La scorrettezza dell'attività posta in essere è derivata dalla non veridicità delle comunicazioni fornite ai consumatori, nei quali infatti si è generata la convinzione di contribuire direttamente ad uno scopo solidaristico, peraltro afferente ad un tema così delicato quale quello della salute dei minori.

Tanto che, dopo l'intervento dell'AGCM, diverse associazioni di consumatori hanno avviato un giudizio ordinario nei confronti dell'azienda dolciaria, *ex* art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., chiedendo che ne venisse accertata la responsabilità per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta; che le fosse ordinata la cessazione o la reiterazione della condotta; che venisse condannata ad adottare misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate e che le fosse pertanto ingiunto di versare all'Ospedale torinese le somme ricavate dalla vendita del pandoro griffato e, cioè, la differenza di prezzo tra il pandoro "*Pink Christmas*" e quello classico, moltiplicata per il numero di pezzi venduti. Ebbene il procedimento *de quo*, pur essendosi concluso con il rigetto parziale della domanda, in quanto l'azione inibitoria collettiva non può essere utilizzata per ottenere risarcimenti ma solo per far cessare la pratica scorretta, risulta interessante in virtù dell'*excursus* interpretativo svolto dal giudice. Il Tribunale di Torino, infatti, con sentenza della Sezione Specializzata Impresa del 23 aprile 2024, conformandosi alla decisione assunta dall'AGCM, ha qualificato tutta l'attività posta in essere dall'azienda alimentare come una pratica commerciale scorretta e quindi vietata dall'art. 20 del Codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005)[30]. In particolare, al comma 2 del medesimo articolo, il legislatore chiarisce che una pratica commerciale deve ritenersi scorretta quando "è contraria alla diligenza professionale" e risulta "falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto". Il concetto di "diligenza professionale", definito all'art. 18, comma 1, lett. h), del medesimo Codice, si riferisce al "normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista, in conformità ai principi di correttezza e buona fede nel settore di attività".

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto sussistenti entrambi gli elementi, dichiarando la responsabilità dell'industria dolciaria, a fronte dell'accertamento, da un lato, della violazione del principio di diligenza professionale, in ragione della consapevolezza da parte dell'industria dolciaria che la donazione all'Ospedale Regina Margherita era già stata effettuata in una misura fissa e predeterminata, e dall'altro dell'"idoneità a falsare il comportamento del consumatore", in quanto attraverso l'attività di *marketing* effettuata, sicuramente il destinatario della stessa avrebbe avuto più stimoli anche solo emotivi a determinarsi per l'acquisto del prodotto. Nella specie, la condotta assunta è stata ritenuta illegittima in quanto integrativa di una pubblicità ingannevole che può realizzarsi, *ex* art. 21 Cod. cons., attraverso la comunicazione di informazioni false o, anche se vere, idonee ad indurre in errore il consumatore in relazione a elementi essenziali del prodotto, o ancora, *ex* art. 22 Cod. cons., attraverso un

---

[28] PS 12506, consultabile in *https://www.agcm.it*. Per un compiuto commento al riguardo, v.si MONGIELLO, *Pratiche commerciali ingannevoli e beneficenza: il caso "Pandoro* Pink Christmas*"*, in *www.ilcaso.it*, 3 gennaio 2024.

[29] L'Autorità, ritenendo che tali comunicazioni fornivano al pubblico un'interpretazione distorta della natura benefica dell'iniziativa, risultando in contrasto con i principi di correttezza e professionalità richiesti alle imprese, ha applicato le seguenti sanzioni economiche: € 420.000,00 all'azienda dolciaria e rispettivamente € 400.000,00 ed € 675.000,00 alle due società collegate.

[30] Trib. Torino, sez. Spec. Impresa, 23 aprile 2024, in *Giur. it.*, 2024, 11, 2385, con nota di RIBERO, *L'azione inibitoria collettiva in materia di pratiche commerciali scorrette*; e in *Accademia*, 2024, 533 ss., con nota di BARBA, *In tema di inibitoria collettiva della pratica commerciale scorretta: riflessioni a margine di un recente decreto del Tribunale di Torino*; in *Il dir. ind.*, 2024, 3, 298 ss., con nota di ALVANINI, *L'*Influencer Marketing *alla luce del caso Ferragni Balocco*. Per un approfondimento di rilievo comparatistico, v.si, altresì, SPEZIALE, *La questione dell'*influencer marketing *tra diritto europeo, italiano e francese. Riflessioni a margine del caso «Pandoro* Pink Christmas», in *Contr. Impr. Eur.*, 2024, 2, 313 ss.

comportamento omissivo di informazioni rilevanti o omissivo ingannevole, mediante una presentazione ambigua, oscura o intempestiva delle medesime. La decisione del Tribunale di Torino è stata, poi, impugnata dall'industria dolciaria e confermata con un provvedimento emesso dalla Corte d'Appello di Torino, Sez. spec. Impresa, in data 9 ottobre 2024[31].

L'illegittimità accertata diviene ancor più evidente laddove si consideri l'ambito in cui si è realizzata la condotta, ovvero quello della beneficenza, ove le regole imposte alle imprese sono maggiormente severe e la tutela del consumatore ancor più centrale, assumendo quest'ultimo, in tali contesti, anche il ruolo di donatore. Tanto che, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), con la delibera n. 7/24/CONS, ha stilato le linee guida legate al mondo degli *influencer* volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi con particolare riferimento all'osservanza dei principi di trasparenza e correttezza dell'informazione, all'applicazione della disciplina in materia di tutela dei minori e dei diritti fondamentali della persona e alle disposizioni in tema di comunicazioni commerciali e di *product placement*, finalizzate a rendere trasparenti al pubblico le finalità promozionali eventualmente perseguite[32].

Forse proprio per l'altisonanza rivestita dall'*influencer* non solo nel mondo *social*, la vicenda in commento era pervenuta all'attenzione del legislatore già prima della pronuncia del Tribunale di Torino. Ed infatti, il Consiglio dei Ministri, nel gennaio 2024, ha approvato il disegno di legge cd. "Beneficenza", che introduce un quadro normativo volto a disciplinare le modalità di promozione, vendita e fornitura di prodotti i cui proventi, in tutto o in parte, sono destinati ad attività benefiche. Tale regolamentazione si applica ai produttori, ai professionisti e agli *influencer*, imponendo loro, tra le altre cose, specifici obblighi di trasparenza e comunicazione, come quello di riportare in modo chiaro e leggibile sulle confezioni dei prodotti alcune informazioni fondamentali. Si va dall'identità del soggetto destinatario dei proventi della beneficenza, alle finalità specifiche cui questi ultimi saranno destinati, fino ad arrivare all'ammontare complessivo diretto all'attività benefica, se già predeterminato, oppure, alla percentuale del prezzo di vendita o dell'importo per unità di prodotto che sarà devoluto. Onde evitare di incorrere, tra le altre, anche in sanzioni amministrative pecuniarie, è obbligatorio comunicare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) sia le predette informazioni, sia il termine entro il quale l'importo sarà effettivamente trasferito al beneficiario, e, in un secondo momento, l'avvenuto versamento delle somme.

5. Dalla libertà di scelta dei *follower* alla protezione del mercato "virtuale"

L'auspicio, pertanto, è che gli *influencer* si impegnino a divulgare i valori della corretta pubblicità a tutela del consumatore, pubblicando, sui propri profili *social*, post che evidenzino un'accresciuta sensibilità rispetto ai rischi derivanti dalla disinformazione digitale e da forme di pubblicità "indiretta". Dinnanzi a comunicazioni promozionali poco evidenti, ad un linguaggio ambiguo o, comunque sia, all'incapacità di identificare chiaramente lo *sponsor* dei post, l'obiettivo principale degli organismi di vigilanza è evidentemente quello di responsabilizzare i professionisti coinvolti[33].

Tanto che le principali autorità di autodisciplina pubblicitaria europee hanno manifestato una evidente attenzione verso il fenomeno del *consumer marketing*. Ne è prova, in Europa, l'adozione, sulla scorta dei principi contenuti nel *Consolidated Code on Advertising and Marketing Communication Practice* redatto dall'*International Chamber of Commerce*[34], delle *Digital Marketing Communication Best Practice Recommendation*[35].

Emblematica si è rivelata l'esperienza francese, laddove l'esigenza di evitare il più possibile fenomeni di *digital marketing* occulto ha condotto l'*Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité* a dare vita, nel 2022, al *Digital Advertising Communication Code V5*[36], sino a stimolare il legislatore ad emanare la *LOI n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux*[37], con cui si rafforzano gli obblighi cui sono tenuti gli *influencer*.

La difficoltà, per il destinatario di messaggi promozionali *online*, si riscontra, quindi, non solo nel gestire un numero crescente di dati di tipo anche tecnico e complesso[38], ma,

---

[31] App. Torino, Sez. spec. Impresa, 9 ottobre 2024, in *Giur. Impr*., 2024.

[32] *Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del testo unico da parte degli* influencer *e istituzione di un apposito tavolo tecnico*, consultabile in *https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-7-24-cons*. V.si POLETTINI, Influencer*: alla ricerca di una definizione unitaria con le nuove linee guida dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Il dir. ind.*, 2024, 3, 286 ss.

[33] *Federal Trade Commission*, *FTC Warns Two Trade Associations and a Dozen Influencers About Social Media Posts Promoting Consumption of Aspartame or Sugar*, in *https://foodtimes.eu/yckr57wu*, 15 novembre 2023. Cfr. STONE, *21 NOVFTC Warns Trade Associations and Nutrition Influencers of Lack of Disclosures in Sponsored Social Media Posts*, in *https://nationalaglawcenter.org/ftc-warns-trade-associations-and-nutrition-influencers-of-lack-of-disclosures-in-sponsored-social-media-posts/*.

[34] In *https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-ConsolidatedCode-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf*. Sul tema, cfr. DUROVIC-MICKLITZ, *Internationalization of Consumer Law: A Game Changer*, Springer, 2017, p. 35.

[35] Consultabili in *https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/dae-library/digital_marketing_communications_best_practice.pdf*.

[36] *Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité*, *Digital Advertising Communication Code* V5, in *www.arpp.org*.

[37] In *https://www.legifrance.gouv.fr/*. Cfr. art. 1, per cui "*les personnes physiques ou morales qui, a titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public, par voie électronique, des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique*". Cfr., in merito, LOISEAU, *Une loi sur les influenceurs*, in *Communication-Commerce électronique*, 2023, 9, 60; GIRARD-GAYMARD, *Nouveau statut des influenceurs: la fin d'un vide juridique?*, in *JCP*, éd. gén., 2023, 1249 ss; CALZOLAIO, *L'attività pubblicitaria dell'*influencer *nel diritto francese (Loi n. 451 del 9 giugno 2023)*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2023, 6, 909; ROTA, VITALETTI, *La legge francese sugli* influencer. Quale *spazio per il diritto del lavoro?*, in *Labour & Law Issues*, 2023, 2, 44.

[38] Sui rischi derivanti dalla disinformazione del consumatore in ambito alimentare, si rinvia a ALBISINNI, *The new EU Regulation on the provision*

ancor prima, nel "riconoscere" la finalità pubblicitaria di un fenomeno che, troppo spesso, appare come una condivisione disinteressata e spontanea, finalizzata a coinvolgere emotivamente consumatori ben più sprovveduti di quelli tradizionali ed ontologicamente portati a credere che gli si stia fornendo un mero consiglio e non già sponsorizzando a tutti gli effetti un prodotto. Tali soggetti, invero, proiettano su messaggi – solo apparentemente non pubblicitari – un affidamento maggiore rispetto a quanto invece accada nei confronti di quelle comunicazioni dichiaratamente promozionali, vedendo, di conseguenza, pregiudicata la propria libertà di scelta nel compimento del singolo atto di consumo. È, del resto, ormai noto che i probabili acquirenti sul mercato dei *social network* tendano sempre di più a semplificare i processi decisionali di selezione del prodotto e ad effettuare le proprie scelte non solo risparmiando tempo, ma anche riducendo le informazioni necessarie e lasciandosi condizionare da "suggerimenti" particolarmente impressionanti[39].

Proporre un contenuto veicolato via *social* come un consiglio disinteressato equivale ad aggirare le naturali difese cognitive che si azionano al cospetto di un messaggio palesemente promozionale, con evidenti ripercussioni sull'intero sistema economico. Sicché la disciplina sul divieto di pubblicità occulta, nel protendere alla salvaguardia del bene giuridico-libertà di scelta dei consumatori, garantisce, al contempo, la correttezza, l'equità, la competitività e la trasparenza dell'intero mercato "virtuale"[40].

of food information to consumers, in *Riv. dir. alim*., 2011, 2, pp. 1 ss.; BORGHI, *Food products and information to consumers*, *ivi*, pp. 32 ss., BAIRATI, *Protezione del consumatore di alimenti e disinformazione per eccesso*, in AA.VV., *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. II, a cura di SCAFFARDI-ZENO-ZENCOVICH, Roma, 2020, p. 633.

[39] Come evidenziano WANSINK-SOBAL, *Mindless Eating: The 200 Daily Food Decisions We Overlook*, in *Environment and Behaviour*, 2007, 1, p. 106.

[40] All'interno di siffatti mercati virtuali, in quanto tali, globali, dematerializzati e immateriali, il consumatore appare, di riflesso, "mercatizzato", cioè ridotto ad una mera variabile comportamentale di mercato, come osserva MICKILITZ*, Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2016, 3, pp. 859 ss.

Impiego di sistemi d'intelligenza artificiale in medicina e digitalizzazione dei dati sanitari: possibili profili di rilevanza penale

di **Lorenzo Picotti**

Sommario: 1. Profili di rilevanza penale della digitalizzazione e dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel settore sanitario *versus* principi penalistici di garanzia. 2. Consenso informato: presupposto di liceità penale del trattamento medico chirurgico realizzato con l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale? 2.1. Consenso al trattamento sanitario ed impiego di sistemi di intelligenza artificiale. 2.2. Sulla marginale rilevanza penale di un consenso non adeguatamente informato. 3. Digitalizzazione dei dati sanitari ed impiego di sistemi IA a fronte del diritto alla protezione dei dati personali. 3.1. Sul trattamento di dati personali sanitari quali "dati personali particolari". 3.2. Considerazioni critiche sulle norme previste dal disegno di legge in materia di intelligenza artificiale riguardante i dati sanitari. 3.3. Rilevanza penale delle violazioni in materia di trattamento di dati sanitari. 4. Sulla *cybersecurity*. - 5. Sulle falsità informatiche. 6. Responsabilità medica per eventi avversi colposi. 6.1. Premesse generali sulla tutela penale in materia. 6.2. Sul nesso causale. 6.3. Sulla colpa "personale". 7. Conclusioni: esigenze di tutela penale ed adeguamento delle categorie penalistiche

Abstract: La digitalizzazione e l'impiego di sistemi IA in campo sanitario toccano molteplici ambiti di possibile rilevanza penale, fermo restando che l'applicazione delle relative sanzioni deve sempre rispettare i principi di garanzia della legalità e della colpevolezza. Innanzitutto, viene in rilievo il tema del consenso informato, che deve estendersi a ricomprendere il ricorso a sistemi IA, ma la cui eventuale invalidità, secondo l'attuale giurisprudenza in materia, non potrebbe di per sé essere fonte di responsabilità penale, bensì di regola soltanto civile. In secondo luogo, la digitalizzazione del fascicolo sanitario elettronico e della cartella clinica elettronica pongono rilevanti questioni, relative soprattutto alla protezione dei dati personali, trattandosi di dati "particolari", per cui devono valere le specifiche garanzie poste dal GDPR e dal nostro Codice privacy, da coordinare con il recente regolamento UE sullo spazio europeo dei dati sanitari. Le violazioni di tali regole possono costituire reato, se sussistono tutti gli elementi oggettivi e soggettivi richiesti dalle relative fattispecie penali. Altri profili riguardano la cybersicurezza, che va garantita non solo contro aggressioni dolose, ma anche contro comportamenti colposi o fatti accidentali, assieme alla tutela della fede pubblica, visto il valore documentale dei dati e delle informazioni raccolte. Il tema più delicato è infine quello dell'eventuale responsabilità medica per colpa, nel caso di eventi avversi, quali morte o lesioni personali dei pazienti, nella cui causazione sia ravvisabile l'impiego, in fase diagnostica, chirurgica o terapeutica, di un sistema IA. L'esigenza di tutelare anche penalmente i beni giuridici e i diritti fondamentali che sono in gioco, richiede un'analisi critica delle categorie penalistiche della causalità e della colpa che vengono in rilievo, per adeguarne l'interpretazione e le condizioni applicative all'impiego delle nuove tecnologie, prospettandosi anche la necessità di interventi normativi, solo in parte previsti dal disegno di legge sull'intelligenza artificiale in discussione in sede parlamentare.

1. Profili di rilevanza penale della digitalizzazione e dell'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel settore sanitario *versus* principi penalistici di garanzia

È ormai divenuto un luogo comune, che l'utilizzazione e lo sviluppo sempre più estesi dei sistemi di intelligenza artificiale (d'ora in poi: sistemi IA) comportano enormi vantaggi, ma anche nuovi tipi di rischi, tanto più insidiosi, in quanto spesso difficili da riconoscere e, di conseguenza, da contrastare tempestivamente.

Non potendosi lasciare al mercato la risposta ad essi, la necessità di un intervento giuridico regolatore è già emersa in molti settori - che vanno da quello delle auto a guida autonoma e dei trasporti, a quello dei mercati finanziari, da quello dell'amministrazione pubblica e dell'accesso a servizi e prestazioni, fino a quello delle c.d. armi intelligenti- nei quali, per presidiare l'efficacia delle regole introdotte o in corso di introduzione, viene altresì riconosciuta la necessità di introdurre sanzioni anche di natura penale, pur nel rispetto dei fondamentali principi garantistici di legalità e di personalità della responsabilità penale, oltre che di *ultima ratio* e proporzione[1].

(*) Il presente contributo rappresenta una versione aggiornata alla nuova normativa europea e nazionale del precedente saggio *Sanità digitale ed intelligenza artificiale: profili penali*, in *Diritto di Internet*, 2024, N. 3/2024, p. 415 s.

[1] Nella sterminata letteratura, non solo internazionale, basti per ora il rinvio ai lavori promossi dall'*Association Internationale de Droit Pénal* ed in particolare alle quattro risoluzioni, approvate nel XXI Congresso internazionale di Parigi del 25-28 giugno 2024, dedicato al tema "*Artificial Intelligence and Criminal Justice*". Nelle corrispondenti quattro sezioni in cui si sono articolati i lavori, dedicate al diritto penale generale, al diritto penale speciale, al diritto processuale penale ed al diritto internazionale, sono stati previamente raccolti i rapporti dei gruppi nazionali, in risposta ai questionari predisposti dai rispettivi *rapporteurs généraux*, che hanno poi elaborato, sulla loro base, i rapporti generali e le proposte di risoluzione, che sono state quindi discusse ed infine approvate in specifici Colloqui internazionali, svoltisi per ogni sezione, nell'ordine, a Siracusa (Italia) il 15-16.9.2022, a Bucarest (Romania) il 14-16.6.2023, a Buenos Aires (Argentina) il 28-31.3.2023 e ad Abbazia (Croazia) il 7-8.12.2023. Le "raccomandazioni" contenute in tali risoluzioni, indirizzate a legislatori, magistrati, politici, operatori, cittadini, oltre che, naturalmente, studiosi del diritto penale, sono reperibili al sito www.penal.org e sono pubblicate, con il rispettivo rapporto generale ed una selezione dei rapporti nazionali, nei seguenti fascicoli monografici della *Revue Internationale de Droit Pénal* a cura dei *rapporteurs*

Nel recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (d'ora in poi: *AI-Act*)[2], il settore sanitario (o, più precisamente, dei "*servizi sanitari*" pubblici e privati) rientra in quelli "*ad alto rischio*", soggetti ad un'articolata disciplina di valutazione preventiva e, poi, contenimento e monitoraggio dei "*rischi*" che l'utilizzo dei sistemi IA comporta[3].

Pur potendo garantire, infatti, un miglioramento delle previsioni, un'ottimizzazione delle operazioni e dell'assegnazione delle risorse, la personalizzazione dei servizi, ed in particolare, sul piano terapeutico, maggior sicurezza e tempestività di diagnosi, da un lato, ed efficacia e precisione delle cure, dall'altro (si pensi alla chirurgia robotica di precisione, poco invasiva, ad esempio per interventi sulla prostata, per calcoli renali o biliari, per interventi oftalmici, ecc.), non si possono ignorare i rischi empirici ed i limiti tecnici, che l'impetuoso sviluppo tecnologico fa emergere, manifestatisi anche in eventi avversi[4]. Di qui le preoccupazioni etiche e giuridiche, riguardanti lo svolgersi dei rapporti con i pazienti e le responsabilità che possono insorgere, di fronte a possibili danni ed offese di beni giuridici e diritti fondamentali, che vanno dalla vita ed integrità fisica e psichica, alla libertà di autodeterminazione rispetto ai trattamenti sanitari, dalla *privacy* e tutela dei dati personali, alla sicurezza cibernetica, fino alla fede pubblica ed al buon andamento della pubblica amministrazione.

Il diritto penale è però l'*ultima ratio* degli strumenti di tutela, che può intervenire solo quando altre tecniche alternative siano per loro natura inadeguate o, comunque, insufficienti a garantire il livello di protezione necessaria. Ed in ogni caso, la configurazione di una responsabilità penale richiede il rispetto di superiori principi garantistici, imposti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali, quali quelli di legalità e di tassatività (artt. 25, comma 2, Cost., 7 CEDU, 49 CDFUE), nonché di personalità e di colpevolezza (art. 27, commi 1 e 3 Cost., e giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 7 CEDU, relativa all'esigenza di "*prevedibilità*" della sanzione penale per l'autore del comportamento punibile).

Il principio euristico, che deve orientare le scelte di criminalizzazione in questi nuovi ambiti da parte del legislatore, si dovrebbe basare su un criterio di analogia (non invocabile nell'esercizio del magistero punitivo, vincolato invece al principio di stretta legalità), in forza del quale quanto sarebbe penalmente rilevante, se il fatto fosse commesso da una persona umana, non può essere penalmente irrilevante sol perché vi è l'intervento di un sistema IA. Tanto più che, di fronte ai nuovi sviluppi tecnologici ed all'estensione tumultuosa delle relative applicazioni, si estenderebbero inaccettabili aree di impunità[5].

Si tratta, quindi, di verificare se, ed in che misura, possa o debba configurarsi una responsabilità penale nel settore sanitario di fronte all'impiego di sistemi IA ed alla digitalizzazione che essa presuppone, guardando ad alcuni essenziali nuclei problematici in cui può rilevare: da quello del consenso informato al trattamento medico sanitario (par. 2), a quello della protezione dei dati personali (par. 3), dalla *cybersecurity* (par. 4) alla fede pubblica (par. 5), fino alla colpa medica (par. 6). Analisi da condurre non solo *de jure condito*, considerando possibili soluzioni ermeneutiche, ma anche guardando ad auspicabili interventi normativi (par. 7), che solo in parte trovano spazio nel controverso disegno di legge contenente "*Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*" recentemente approvato dal Senato della Repubblica ed ora all'esame della Camera dei Deputati[6].

---

généraux e loro collaboratori: PICOTTI, PANATTONI, *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesis?* n. 1/2023; MIRÒ-LINARES, DUVAC, TOADER, GALARZA, *Criminalisation of AI-related Offences*, n. 1/2024; LELIEUR, BLOUNT, CHERQAOUI, BAMPASIKA, *Artificial Intelligence and Administration of Criminal Justice*, n. 2/2023; mentre è in corso di pubblicazione il quarto fascicolo a cura di STERIO, *International Perspectives on AI: Challenges for Judicial Cooperation and International Humanitarian/Criminal Law*.

[2] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 (cd. *AI Act*), che "*stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale*" e modifica norme di precedenti regolamenti, tra cui il regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, pubblicato in GUUE del 12.07.2024, serie L, It. Anche se entrato formalmente in vigore il 2.8.2024, molte norme si applicheranno in tempi successivi, come stabilisce l'art. 113, ed in particolare a partire dal 2.8.2026, per dare tempo ad autorità, aziende, cittadini di adeguarvisi, con l'eccezione di alcune importanti norme che si applicano già dal 2.2.2025 (par. 3, lett. a) e dal 2.8.2025 (par. 3, lett. b), mentre l'art. 6 par. 1 si applicherà solo dal 2.8.2027 (par. 3, lett. c). Nondimeno, ai fini delle valutazioni penalistiche sui vari punti qui trattati, con particolare riferimento ala disciplina dei sistemi "*ad alto rischio*", l'*AI Act* ha fin d'ora un importante valore giuridico e concettuale, cui fare riferimento.

[3] Si veda il Considerando (58) dedicato a quei "*servizi e prestazioni essenziali, pubblici e privati, necessari affinché le persone possano partecipare pienamente alla vita sociale o migliorare il proprio tenore di vita, e la fruizione di tali servizi*". Fra questi, *in primis*, vi è espressa menzione delle "*prestazioni e servizi essenziali di assistenza pubblica* [resi] *dalle autorità pubbliche, vale a dire* servizi sanitari [evidenz. agg.]*, prestazioni di sicurezza sociale, servizi sociali che forniscono protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia e la perdita di occupazione e l'assistenza sociale e abitativa*". E poiché "*le persone fisiche*" interessate "*sono di norma dipendenti da tali prestazioni e servizi e si trovano generalmente in una posizione vulnerabile di fronte alle autorità responsabili*", i sistemi IA, se utilizzati, "*possono avere un impatto significativo sul sostentamento delle persone e violare i loro diritti fondamentali*". Pertanto sono da classificare "*ad alto rischio*", ai sensi dell'art. 6, par. 1 e dell'elenco di cui dell'Allegato III. Per una più analitica esposizione delle regole stabilite per tali sistemi, a partire dalla necessaria valutazione preliminare dei rischi, e delle misure di necessario contenimento, ai sensi dell'art. 9, sia consentito rinviare a PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi? Le raccomandazioni dell'*Association Internationale de Droit Pénal *e la rilevanza del recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale,* in www.sistemapenale.it (31.7.2024), in specie p. 9 s. e 12 s.

[4] Per un quadro in materia cfr. AMORE, ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità. Una ricerca sociologica e giuridico-penale*, collana Ldf - Torino, Il Mulino, Bologna, 2023.

[5] In tal senso si veda la risoluzione approvata all'esito dei lavori della Sezione I del XXI Congresso internazionale dell'*Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP) di cui si è detto alla nota 1.

[6] A.S. n. 1146-A approvato il 20.3.2025, dopo significative modifiche, in sede referente, dell'originario d.d.l. presentato dal Consiglio dei Ministri il 23.4.2024. Per un primo commento di questo articolato cfr. CASSANO, *Note minime sul d.d.l. in materia di intelligenza artificiale*, in *Dir. Internet*, 2024, n. 3, p. 383 s.

2. Consenso informato: presupposto di liceità penale del trattamento medico chirurgico realizzato con l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale?

2.1. Consenso al trattamento sanitario ed impiego di sistemi di intelligenza artificiale

Notoriamente il consenso libero ed informato è un presupposto generale di liceità dei trattamenti sanitari, espresso quale "*Regola generale*" dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 sui "Diritti dell'uomo e la biomedicina", e già prima dalla consolidata interpretazione estensiva della Corte di Strasburgo del "*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*" di cui all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, che - per il richiamo contenuto nel par. 3 dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 7 parimenti riconosce tale diritto - è vincolante nell'ambito dell'Unione europea.

Nel nostro ordinamento interno, la fonte essenziale è rappresentata dall'art. 32 Cost., che ha trovato un'importante articolazione positiva negli artt. 1-3 legge 22 dicembre 2017, n. 219, in linea con le molteplici previsioni del Codice di deontologia medica (cfr. i relativi artt. 16 e 33-39).

In dottrina[7] e giurisprudenza[8] si è sottolineato che il consenso informato del paziente al trattamento medico sanitario non dovrebbe ridursi ad un mero scambio burocratico di moduli e di firme, ma dovrebbe consistere in un "*percorso informativo e dialogico*" con il medico, finalizzato alla c.d. alleanza terapeutica. Obiettivo che non è questa la sede per discutere se sia raggiunto o meno nella prassi quotidiana della medicina.

Piuttosto è qui da chiedersi come si debba atteggiare la disciplina e la prassi del consenso informato, se intervengono sistemi IA in fase di diagnosi o di cura, o nell'uso di dispositivi a domicilio, che ricorrano a tali tecnologie, anche con connessioni a distanza. Infatti, rispetto all'obbligo di fornire un'informazione completa e chiara da parte del medico o della struttura, si frappongono (anche a prescindere dai limiti posti dal segreto industriale) gli ostacoli più specifici della c.d. opacità con cui i sistemi operano, per la cripticità del linguaggio, per i contenuti dei data base e dei possibili *bias* cognitivi, per gli effetti di imprevedibilità del *machine learning* o addirittura l''imperscrutabilità' delle *black box*.

La soluzione non può essere l'affidamento cieco del paziente e, per certi aspetti, anche del medico e dell'operatore sanitario nell'operato dei sistemi IA, vale a dire alle "decisioni" o raccomandazioni da esso suggerite o direttamente attuate[9], che possono presentare profili di criticità, ed anche un *deficit* etico.

Nelle scelte del medico persona umana, infatti, si deve o si può tenere conto di circostanze e caratteristiche personali o variabili di contesto, che possono condizionare le decisioni sul trattamento in termini diversi rispetto a quelli cui può pervenire il sistema AI sulla base di dati statistici e cognitivi generali, relativi alla patologia da trattare (si può fare l'esempio di un tumore maligno genitale di una giovane donna, in cui si debba optare fra un intervento demolitivo ed uno conservativo).

Certamente il paziente deve essere reso 'edotto' del ricorso ad un sistema IA nel trattamento cui viene sottoposto, come ha affermato condivisibilmente il Comitato nazionale di bioetica in una risoluzione su "*Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*" [10], e come si desume anche dall'obbligo generale di trasparenza stabilito dall'*AI Act*, che all'art. 50, par. 1, fissa l'obbligo per i fornitori di garantire che i sistemi destinati ad interagire direttamente con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo che gli interessati siano informati che un sistema IA sta interagendo con loro: obbligo che deve operare, quindi, non solo a tutela del paziente, ma anche del medico e del personale sanitario che ne facciano uso, e che indirettamente grava anche sull'ente sanitario che rende disponibili all'uso tali sistemi (*disployer*, secondo la terminologia dell'*AI Act*).

Ma il problema sorge nello stabilire fino a che punto l'informazione debba e possa essere dettagliata anche dal punto vista tecnico (sul contenuto e sull'operatività degli algoritmi, sulle tecniche di *machine learning*, sul novero dei rischi tecnici che possano prevedersi, ecc.), affinché il consenso stesso possa dirsi *cosciente* o consapevolmente prestato.

Già si è rilevato che l'informazione non può e non deve essere *eccessiva*, sia perché può essere opportuno tacere nei dettagli l'intero novero dei possibili, anche più improbabili rischi, per non instillare spropositate paure, sia perché potrebbe addirittura viziare il consenso, se andasse oltre la "*capacità di comprensione*" del destinatario, richiamata espressamente dall'art. 33 Codice di deontologia medica[11]:

---

[7] Cfr. nell'ampia bibliografia in argomento, CANESTRARI, *Il consenso informato e il rifiuto informato delle cure come "baluardi" di intangibilità corporea. Riflessioni a margine della l. 219/2017*, in *Per una ragione artificiale. In dialogo con Lorenzo d'Avack su Costituzione, ordine giuridico e biodiritto*, Roma, 2023, p. 137 s.; EUSEBI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in OLIVA, CAPUTO (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Milano, 2021, p. 418 s.; già VALLINI, *Trattamento medico e consenso informato del paziente*, Roma 2012, cui si rinvia anche per gli ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

[8] Nel tormentato succedersi di orientamenti sul ruolo del consenso del paziente quale fondamento di legittimazione dell'attività medico chirurgica, basti qui il richiamo alla sentenza della Cass. sez. un. pen., ud. 28.12.2008, dep. 21.1.2009, n. 2437, con nota di VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1811 s.

[9] Si parla, non solo in letteratura, del rischio di automatico od eccessivo affidamento negli *output* dei sistemi IA: tanto che l'*AI Act* prevede, fra i requisiti della persona fisica che deve garantire la "*sorveglianza umana*" su un sistema AI ad alto rischio, come sono quelli in esame, che essa debba "*restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione"), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche*" (art. 14, par. 4, lett. b).

[10] https://bioetica.governo.it/it/documenti/pareri-gruppo-misto-cnbcnbbsv/intelligenza-artificiale-e-medicina-aspetti-etici/ del 29.5.2020.

[11] Secondo cui "*Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico terapeutiche e sulle prevedibili*

capacità, si può aggiungere, da valutare anche dal punto di vista tecnico informatico, oltre che medico-terapeutico.
Ma un'informazione non solo sull'uso, ma anche sui rischi e sul possibile malfunzionamento del sistema IA dovrebbe essere data, pur se questi non fossero statisticamente elevati, però non imprevedibili.
Nelle regole cautelari stabilite dal regolamento europeo relative alla "*sorveglianza umana*" - obbligatoria per un sistema IA ad alto rischio, come è quello che coinvolge la salute e i diritti fondamentali della persona - è espressamente previsto che si debbano considerare i rischi sia quando il sistema è "*utilizzato conformemente alla sua finalità prevista*", sia quando possa essere "*in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile*" (così l'art. 14, par. 2, dell'*AI Act*).
E dunque di questi rischi deve essere informato anche il paziente, che deve poter aver conoscenza delle "*conseguenze delle scelte operate*"[12].
Di certo, nel rapporto medico-paziente non basta dar rilievo alla *voluntas* della 'parte debole', in qualsivoglia modo espressa o fondata, poiché il paziente non si trova in posizione di parità: per cui è necessario stabilire a livello pubblicistico limiti e garanzie per tutelarla (come avviene a tutela di lavoratori, consumatori, investitori, ecc.)[13].
Al riguardo è interessante menzionare anche l'art. 7 del citato d.d.l. 1146 – A (cfr. *supra* nota 6), dedicato all'"*Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità*".
Infatti, dopo aver dato atto, al primo comma, dell'utilità dei sistemi di intelligenza artificiale "*per il miglioramento del sistema sanitario e la prevenzione e cura delle malattie*", ribadendo che il loro utilizzo "*deve avvenire nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona, anche in materia di protezione dei dati personali*" (aspetto quest'ultimo regolato dal successivo art. 8, su cui si tornerà *infra*, par. 3.1), si stabilisce al terzo comma il "*diritto*" dell'interessato "*di essere informato sull'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale*".
Appare senz'altro opportuno il riconoscimento di un tale diritto, anche se la norma non enuncia più il contenuto che deve avere tale informativa, come era nell'originaria formulazione[14], che ne delimitava l'oggetto alla "*logica decisionale*" utilizzata dal sistema, allineandosi alla posizione intermedia sull'inopportunità di un'informativa eccessivamente dettagliata dal punto di vista tecnico, ma garantendone l'essenziale contenuto sul ruolo concreto che il sistema di intelligenza artificiale può assumere. In effetti è essenziale, per la finalità stessa dell'informazione in materia, che è alla base dell'espressione del consenso consapevole al trattamento sanitario con l'impiego di sistemi IA, che l'interessato sia avvertito dei profili "decisionali" ad essi affidati, con i connessi vantaggi e rischi.
Infatti, l'espressa finalità perseguita dal legislatore con questo nuovo intervento normativo, di "*promuovere*" lo sviluppo, la ricerca e la diffusione di tali sistemi (comma 4), non può spingersi fino a violare o limitare eccessivamente il rispetto dei diritti e delle libertà della persona, quando vi sia un impiego dei sistemi in questione. Per cui si deve auspicare una più completa formulazione della disposizione in esame.

2.2. Sulla marginale rilevanza penale di un consenso non adeguatamente informato

Sul piano della responsabilità penale la questione è, però, sdrammatizzata dalla evoluzione della giurisprudenza interna, circa il rilievo che potrebbe avere un consenso invalido al trattamento.
Se l'informazione non è "*adeguata*" certamente il consenso non è valido. Ma come è stato evidenziato, tale vizio può di per sé non avere valenza *causale* rispetto all'evento costitutivo di un eventuale reato colposo in danno del paziente.
Rispetto ad un esito infausto o, comunque, avverso potrebbe delinearsi una responsabilità civile, ma non una responsabilità penale, come affermato ormai da numerose pronunce della Suprema Corte, a partire dalla citata sentenza delle Sezioni unite penali n. 2437/2009, con cui è stato escluso che si possa configurare il delitto di violenza privata (*ex* art. 610 c.p.) o, in caso di evento avverso, di lesioni personali dolose (*ex* art. 582 e 583 c.p.), o tantomeno di omicidio preterintenzionale (*ex* art. 584 c.p.), come in precedenza era stato ritenuto, se il trattamento medico chirurgico sia stato posto in essere in assenza di consenso o sulla base di un consenso invalido[15].
Il consenso che viene in rilievo in queste ipotesi, infatti, non ha funzione scriminante, *ex* art. 50 c.p., vale a dire di causa di giustificazione che escluda l'antigiuridicità di un fatto tipico di reato, altrimenti illecito, perché l'attività medica persegue una finalità o, meglio, una funzione terapeutica rispetto ad una patologia in atto, non integrando di per sé una condotta del sanitario penalmente tipica. La circostanza che essa incida, materialmente, sull'integrità fisica del paziente, non configura dunque il reato di lesioni dolose, anche se manchi o sia invalido il consenso ad essa. La responsabilità penale può, infatti, sorgere solo per una violazione della *lex artis*, che sia causale per la determinazione dell'evento. Oppure nel caso che dolosamente siano state omesse informazioni o date informazioni inveritiere per acquisirlo[16], od ancora, sul piano

---

conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, alfine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico terapeutiche. [*omissis*]". In argomento cfr. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, Napoli, 2022, p. 9 s., in specie p. 23.

[12] Così il citato art. 33 del Codice di deontologia medica.

[13] Così sottolinea DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione*, cit., p. 22, con essenziali richiami.

[14] L'originaria formulazione era più complessa, in quanto prevedeva il diritto dell'interessato "*di essere informato circa l'utilizzo di tecnologie di intelligenza artificiale e sui vantaggi, in termini diagnostici e terapeutici, derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie, nonché di ricevere informazioni sulla logica decisionale utilizzata*". Nel commento espresso nel mio saggio del 2024 (citato nella nota in asterisco) alla formulazione originaria della norma, segnalavo la necessità che, oltre ai "*vantaggi*", si facesse espressa menzione anche dei "*rischi*" inerenti all'impiego di sistemi IA, necessità che ritengo di dover ribadire.

[15] Cfr. Cass. pen., Sez. V, ud. 24.11.2015, dep. 21.4.2016, n. 16678, conforme a quanto espresso nella sentenza Cass. sez. un. pen., ud. 28.12.2008, dep. 21.1.2009, n. 2437, sopra citata a nota 6.

[16] Per un caso clamoroso di interventi chirurgici realizzati addirittura senza oggettive indicazioni terapeutiche, per scopi di lucro, causando lesioni e morte di pazienti, si veda Cass., Sez. I, 3 aprile 2018 (ud. 22

della colpa, se la carenza di informazioni al paziente abbia impedito di acquisire dallo stesso dati ed informazioni rilevanti ai fini del trattamento[17].
In conclusione, una seppur carente informazione sul ricorso a sistemi IA nel trattamento medico chirurgico, fermi i limiti sopraddetti, non potrebbe di per sé dar luogo ad una responsabilità penale, salvo non consenta di acquisire informazioni rilevanti, anche per il sistema AI, sullo stato del paziente stesso.

3. Digitalizzazione dei dati sanitari ed impiego di sistemi IA a fronte del diritto alla protezione dei dati personali

Un vasto ambito di altre questioni di possibile rilievo penale suscita la digitalizzazione in atto dell'attività sanitaria, che rende possibile e si correla strettamente all'impiego, che si sta diffondendo, e certamente si diffonderà ulteriormente nei prossimi anni, di sistemi IA in tale settore.
Mi riferisco soprattutto all'introduzione ed all'utilizzo del "*Fascicolo sanitario elettronico*" (FSE) e della "*Cartella clinica elettronica*" (CCE), oltre che al ricorso alla telemedicina ed alla robotica, specie nella chirurgia di precisione e nei servizi assistenziali, da collocare nel quadro sovranazionale ormai delineato dal più recente regolamento dell'Unione europea per lo "spazio europeo dei dati sanitari" (*EHDS Act*)[18] emanato anche sulla base dell'esperienza pandemica da Covid 19[19], e recentemente entrato in vigore, oltre che da quello generale sull'intelligenza artificiale (*AI Act*).
Del resto, si tratta di obiettivi di necessaria modernizzazione della sanità, che rientrano già nell'area 6 del PNRR, per vero solo parzialmente raggiunti, e che coinvolgono i temi della *privacy*, da un lato, e della *cybersecurity*, dall'altro (cfr. *infra*, par. 4).

3.1. Sul trattamento dei dati sanitari quali "dati personali particolari"

Muovendo dalla tutela della *privacy*, basti dire che la digitalizzazione della sanità implica una nuova modalità di raccolta e trattamento dei "*dati particolari*" concernenti la salute, che ricadono nella previsione degli artt. 5 e 6, par. 1 del regolamento (UE) 2016/679 (c.d. GDPR), per cui è necessario il consenso al trattamento, che deve essere dato, previa adeguata informazione, per uno o più "*scopi specifici*", come si evince anche dall'art. 9, par. 2, lett. a) dello stesso regolamento, secondo cui quelli relativi alla salute rientrano nei "*dati appartenenti a categorie particolari*" (precedentemente qualificati nel nostro Codice *privacy* come "*dati sensibili*", sulla base delle distinzioni portate dalla oggi abrogata Direttiva CE 95/46).
La prima questione che si pone è se, oltre alla digitalizzazione, il ricorso a sistemi IA nel trattamento di questi "*dati particolari*" debba essere preciso oggetto dell'informativa sulla cui base viene richiesto il necessario consenso ed eseguito il successivo trattamento. La risposta ritengo debba essere senz'altro affermativa, pur nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità dei contenuti dell'informazione, che non deve essere 'eccessivamente' tecnica, proprio per essere comprensibile dall'interessato, come si è già detto sopra (par. 2.1) a proposito del consenso al trattamento sanitario che implichi l'impiego di sistemi IA.
La seconda questione, più complessa e di carattere generale, è in che misura ed in che limiti la digitalizzazione su larga scala ed il ricorso a sistemi IA in questo settore si possano conformare al diritto al controllo del flusso dei propri dati ed al "principio di minimizzazione", quest'ultimo espressamente ribadito anche dall'art. 66 dell'*EHDS – Act*, rappresentando un fattore potenzialmente, se non strutturalmente 'antagonista' rispetto ad essi.
In effetti, le nuove tecnologie aumentano in termini esponenziali le occasioni di offesa o quantomeno compressione della *privacy*, data la raccolta massiva e sistematica di darti che la digitalizzazione consente e nel contempo richiede, specie quando nel trattamento intervengano sistemi di IA, in quanto è necessaria la più gran quantità possibile di dati per garantire precisione e accuratezza nella diagnosi e nel trattamento sanitario, oltre che per la miglior organizzazione e gestione dei servizi ed allocazione delle relative risorse umane e finanziarie.
La questione non è, dunque, come impedire od ostacolare la raccolta e l'utilizzo di tali dati, che è anche a favore degli interessati oltre che della collettività, ma piuttosto di stabilire e far rispettare rigorosamente i limiti e le condizioni che devono osservarsi, perché il loro trattamento, in tutte le sue diverse fasi, sia lecito, applicando la disciplina delineata dal GDPR ed, oggi, adattata dalle norme dell'*AI Act* in materia di raccolta e trattamento dei dati necessari all'addestramento ed al funzionamento corretto dei sistemi e modelli IA "*ad alto rischio*", oltre che dalle specifiche nuove disposizioni

---

giugno 2017), n. 14776, a seguito della quale l'imputato Paolo Brega Massone è stato condannato a 21 anni e 4 mesi di reclusione per omicidio preterintenzionale di quattro pazienti, in luogo dell'iniziale condanna all'ergastolo per omicidio doloso.

[17] Così Cass. Sez. IV, 22.5.2015, n. 21537.

[18] Il regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11.2.2025, "sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847" (*EHDS Act*), è stato pubblicato in GUUE del 5.3.2025, serie L, it. Pur essendo entrato formalmente in vigore il 26.3.2025, ai sensi del suo art. 105 si applicherà soltanto a decorrere dal 26.3.2027, salvi ulteriori termini successivi previsti per determinate norme.
Senza poter qui entrare nel dettaglio di questa nuova complessa disciplina, basti richiamare il comunicato dell'ufficio stampa del Parlamento europeo, diffuso dopo l'avvenuta approvazione parlamentare del 24.4.2024, secondo cui l'atto europeo, che interviene sull'assistenza sanitaria, sulla ricerca e sulla definizione delle politiche in materia, consentirà agli operatori sanitari un accesso più rapido alle cartelle cliniche dei pazienti, anche per quelli provenienti da altri paesi dell'UE, grazie all'introduzione di un "*formato europeo*" comune, per cui il migliore accesso e scambio di dati sanitari non solo comporterà procedure amministrative più rapide ed economiche, ma nel contempo consentirà anche ai ricercatori un accesso ai dati sanitari più efficace e di qualità superiore, per migliorare i trattamenti e la ricerca. Di qui i vantaggi anche per i cittadini, cui le norme in materia di privacy e sicurezza dovranno garantire che nessuna informazione personale sia condivisa e che i pazienti abbiano sempre la possibilità di aggiungere informazioni, correggere dati errati, limitare l'accesso e ottenere informazioni sul trattamento dei propri dati.

[19] La rilevanza delle *app* e dei sistemi di rilevazione dei contagi durante l'emergenza pandemica, per il c.d. *contact tracing*, viene espressamente richiamata nei Considerando (2) e (3) del citato *EHDS Act.*

dell'*EHDS Act*, che riguardano altresì la condivisone ed il trasferimento di tali dati anche transfrontaliero.

Come anticipato, la materia dell'"*Accesso…. alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi*" è oggetto dei sistemi IA classificati "*ad alto rischio*", ai sensi del suo art. 6, par. 2, in quanto inclusa nell'elenco di cui all'Allegato III dell'*AI Act*, lettera a) del paragrafo 5*,* dato che essi possono avere un impatto negativo sulla salute, sulla sicurezza e sui diritti fondamentali [20].

Alla stregua di questa disciplina, per il *training* di tali sistemi si deve ricorrere, di regola, ai c.d. dati sintetici od a "*dati derivati*", che tramite l'anonimizzazione e/o la pseudonimizzazione consentano di non individuare (se non in ipotesi tassative) l'identità personale dei singoli interessati, cui i dati in questione si riferiscono, pur acquisendo tutte le informazioni utili per l'elaborazione statistica, diagnostica, scientifica, ecc.

Ma vi possono essere situazioni in cui, se "*strettamente necessario*" per rilevare e correggere eventuali "*distorsioni*", i fornitori di sistemi IA sono autorizzati a trattare anche i "*dati particolari*" di cui si è detto, con i limiti e le condizioni stabilite in particolare dall'art. 10, par. 5, *AI Act*, rubricato "*Dati e governance dei dati*", che non collimano del tutto, nonostante le rassicuranti affermazioni normative, con quanto già stabilito dal GDPR[21].

Il primo problema è rappresentato dal diritto alla "*revoca*" del consenso, riconosciuto dall'art. 7, par. 3 GDPR, che può rappresentare un ostacolo a tali trattamenti e scambi di dati, salvo ritenere, al contrario, che divenga addirittura impossibile il suo esercizio, negandolo di fatto inaccettabilmente.

Il problema è superabile muovendo dal rilievo che il trattamento dei dati sanitari può trovare una base giuridica anche diversa dal consenso dell'interessato, già alla stregua delle previsioni contenute nell'art. 9, par. 2, lett. i) e j) GDPR, che menzionano le finalità di "*ricerca scientifica*" ed i "*fini statistici*".

Rileva in questa prospettiva il citato *EHDS - Act*, che regola, fra l'altro, specificamente le condizioni di accesso, trasmissione, portabilità dei dati sanitari elettronici nel territorio dell'Unione, riconoscendo l'interesse pubblico in tale settore, in particolare per il c.d. "*uso secondario*" di cui al capo IV (artt. 50 ss. *EHDS – Act*), rispetto al quale è garantito all'interessato un - reversibile - "*diritto di esclusione*" (art. 71 *EHDS – Act*).

Quanto all'ordinamento interno, occorre menzionare innanzitutto l'art. 2-*sexies* del Codice *privacy*, rubricato: *"Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevanti*", che richiama, ma in realtà va potenzialmente oltre il disposto dell'art. 9, par. 1, GDPR, in quanto elenca una serie di fonti europee ed interne, di rango non soltanto legislativo, da cui si possa desumere che i trattamenti siano "*necessari per motivi di interesse pubblico rilevante ai sensi del paragrafo 2, lettera g)"* del predetto art. 9 GDPR: vale a dire *"qualora siano previsti dal diritto dell'Unione europea ovvero, nell'ordinamento interno, da disposizioni di legge o di regolamento o da atti amministrativi generali che specifichino i tipi di dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e il motivo di interesse pubblico rilevante, nonché le misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato*".

Il comma 2 dello stesso art. 2-*sexies* del Codice *privacy* precisa che "*si considera rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri*" nelle materie specificamente indicate, fra cui, alla lettera u), sono menzionati i *"compiti del servizio sanitario nazionale e dei soggetti operanti in ambito sanitario, nonché compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro e sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica*".

Più in specifico rilevano, per le finalità di ricerca, gli artt. 110 e 110-*bis* Codice *privacy*, che riguardano la "*Ricerca medica, biomedica ed epidemiologica*" ed il "*Trattamento ulteriore da parte di terzi dei dati personali a fini di ricerca scientifica o a fini statistici*".

In forza della prima norma "*il consenso dell'interessato non è necessario quando la ricerca è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea in conformità all'articolo 9, paragrafo 2, lettera j), del Regolamento*" oltre che "*quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca*".

Mentre in forza della seconda norma[22] spetta al Garante "*autorizzare il trattamento ulteriore di dati personali, compresi quelli dei trattamenti speciali di cui all'articolo 9 del Regolamento, a fini di ricerca scientifica o a fini statistici da parte di soggetti terzi che svolgano principalmente tali attività quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulta impossibile o implica uno sforzo sproporzionato, oppure rischia di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca*" (*omissis*).

Al di là dei rilievi critici, su cui si tornerà (*infra* par. 3.3), circa la possibilità che fonti di rango secondario possano restringere l'esercizio di un diritto fondamentale qual è quello in esame, ai fini dell'eventuale responsabilità penale per la violazione di

[20] Essi sono elencati nel Considerando (48). Ma tale locuzione di sintesi ricorre in molte altre parti dell'*AI Act*, sia nei suoi Considerando, sia nell'articolato.

[21] Al riguardo occorre muovere dalla disciplina generale sulla c.d. *governance* dei dati, di cui al regolamento (UE) 2022/868 (Data Governance Act: *DGA*), che si applica dal 24.9.2023, e rispetto a cui bisogna considerare anche il capo VI del citato *EHDS – Act,* dedicato alla *"Governance e coordinamento europei"*, che prevede l'istituzione di un apposito Comitato che agevoli la cooperazione e lo scambio di informazioni in materia di dati sanitari tra gli Stati membri e la Commissione (art. 92 ss.).

[22] Articolo già aggiunto dall´art. 28, comma 1, lettera b) della legge 20 novembre 2017, n. 167, recante "Disposizioni per l´adempimento degli obblighi derivanti dall´appartenenza dell´Italia all´Unione europea – Legge europea 2017" e poi novellato, mentre l'art. 44 del recentissimo d.l. 2.3.2024 n. 19, convertito dalla legge 29.4.2024, n. 56, ha modificato anche il primo comma dell'art. 110 citato, attribuendo al Garante il compito di individuare le garanzie da osservare, in sostituzione dell'obbligo di consultarlo.

una siffatta disciplina, che ha un carattere generale, restando da determinare i contenuti e precetti specifici, non sembra che possa assumere la funzione di integrare una fattispecie penale, quale quella di cui all'art. 167-*bis* dello stesso Codice *privacy*, di cui appresso si dirà (par. 3.3).

3.2. Considerazioni critiche sulle norme previste dal disegno di legge in materia di intelligenza artificiale riguardante i dati sanitari

Prima di esaminare tali aspetti, è però opportuno menzionare la regolamentazione dell'utilizzo di dati personali anche "*particolari*" da parte di sistemi IA nell'ambito sanitario, che viene prefigurata dal citato disegno di legge n. 1146-A in materia di intelligenza artificiale[23].

Infatti, al tema sono dedicate numerose disposizioni, contenute nei suoi artt. 7, 8, 8-*bis* e 9, oggetto di significative modifiche ed integrazioni durante i lavori parlamentari in sede referente, rispetto all'originario testo governativo.

Pur non essendo questa la sede per un'approfondita analisi, sarà sufficiente evidenziare alcuni spunti di interesse per le ricadute che possono avere sotto il profilo penale.

Premesso che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale è positivamente apprezzato, perché "*contribuisce al miglioramento del sistema sanitario, alla prevenzione, alla diagnosi e alla cura delle malattie, nel rispetto dei diritti, delle libertà e degli interessi della persona*, anche in materia di protezione dei dati personali" (art. 7 comma 1; evidenziazione aggiunta), il successivo art. 8, sotto la rubrica "*Ricerca e sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*" prevede, al primo comma, che "*sono dichiarati di* rilevante interesse pubblico *in attuazione dell'articolo 32 e 33 della Costituzione e nel rispetto di quanto previsto nell'articolo 9 lettera g) del Regolamento UE 679/16*" […] "*in quanto* necessari *ai fini della realizzazione e dell'utilizzazione di banche dati e modelli di base*" (…) tutti i "*trattamenti di dati,* anche personali*, eseguiti da soggetti pubblici e privati senza scopo di lucro*", ed altresì da altri istituti di ricovero e cura *"per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale"* che perseguano un ampio novero di *"finalità*" a partire da quelle di *"prevenzione, diagnosi e cura di malattie"* nonché *"sviluppo di farmaci, terapie e tecnologie riabilitative, realizzazione di apparati medicali* (….), *di salute pubblica, incolumità della persona, salute e sicurezza sanitaria".*

Sulla base di tale ampia premessa, nel secondo comma sono indicati i requisiti di legittimazione del trattamento di queste categorie di dati, superandosi con una certa disinvoltura il requisito del "*consenso dell'interessato*", anche "*ove inizialmente previsto dalla legge*", stabilendosi – peraltro senza indicare stringenti condizioni - che, da un lato, "*l'obbligo di informativa dell'interessato*" che è pur sempre da garantire "*può essere assolto anche mediante messa a disposizione di un'*informativa generale sul sito web *del titolare*"; e che, dall'altro, per i trattamenti che perseguano le finalità sopraddette è "sempre autorizzato l'uso secondario *di dati personali privi degli elementi identificativi* diretti*, anche appartenenti alle categorie indicate all'articolo 9 del regolamento UE n. 679/2016*", con l'eccezione però dei casi in cui la relativa "*conoscenza sia inevitabile o necessaria ai fini della tutela della* (…) *salute*" degli interessati [evidenziazioni aggiunte].

Siffatta disciplina, prefigurata dal d.d.l. n. 1146-A, non sembra collimare con quella contenuta nella nuova vincolante fonte sovranazionale, che dedica l'intero capo IV (artt. 50 ss. *EHDS Act*), dopo l'ampia definizione dell'"*uso secondario*" dei dati sanitari, alla sua dettagliata disciplina, stabilendone, fra l'altro, finalità (art. 53) e divieti (art. 54), prevedendo appositi organismi di *governance* (art. 55) e condizioni dei servizi di accesso (art. 56), il menzionato diritto "*di esclusione*" esercitabile dagli interessati (art. 71), le condizioni di sicurezza (art. 73), la loro "*qualità*" e catalogazione (art. 77).

La norma del d.d.l. n. 1146-A si limita invece a stabilire, a presidio di un uso corretto di tali dati, soltanto una formale "*approvazione*" dei trattamenti "*da parte dei comitati etici interessati*" e la loro "*comunicazione*" all'Autorità garante per la protezione dei dati personali, che potrebbe disporne il blocco entro trenta giorni, valendo altrimenti il silenzio-assenso.

Una tale sincopata disciplina appare assolutamente censurabile, per la genericità dei presupposti di legge che consentono il superamento del diritto fondamentale al consenso informato in questo settore particolare di dati personali, che toccano l'essenza psico-fisica della persona e la sua stessa storia, cui non può certo sopperire l'*iter* burocratico 'diffuso', ma inadeguato, che verrebbe introdotto, vista la possibilità di esiti difformi da comitato etico a comitato etico e la mancanza di specifiche competenze in materia.

Nel contempo, appare insufficiente, oltre che difficile da realizzare in concreto, l'intervento del Garante della *privacy*, certamente ben più competente, che – scalzato dal ruolo assegnatogli dal Codice *privacy* in forza delle norme richiamate sopra (par. 3.1.) - potrebbe solo residualmente 'bloccare', nel termine molto stretto di trenta giorni, i trattamenti già approvati dai comitati etici, senza alcuna previsione della possibilità di dare prescrizioni od anche previe indicazioni per il superamento *ab origine* delle criticità riscontrabili.

In sede referente è stato invero inserito un nuovo art. 8-*bis*, contenente "*disposizioni in materia di trattamento dei dati personali*" ed in specie di quelli "*particolari*" di cui all'art. 9 GDPR, che vengono qui in rilievo per finalità di ricerca e sperimentazione, cui si aggiunge espressamente anche quella "*tramite sistemi di intelligenza artificiale e* machine learning": ma si tratta di una previsione generica, essendo interamente demandata ad un "*decreto del Ministro della salute*" (da emanare entro 120 giorni dall'entrata in vigore della legge, sentito il Garante della *privacy* ed altri enti e soggetti interessati) la disciplina concreta, senza che ne siano indicate a livello legislativo le linee direttive e le condizioni da rispettare.

Trattandosi di materia soggetta a riserva di legge, perché sono in gioco diritti fondamentali della persona, è auspicabile che, nell'ulteriore corso dei lavori parlamentari, la disciplina delineata da queste norme venga ulteriormente riveduta, e

[23] Cfr. *supra*, par. 2.1.

divenga oggetto anch'essa di delega legislativa, non solo per l'esigenza che intervenga in materia una fonte primaria, ma altresì perché siano stabiliti principi direttivi conformi alle previsioni del menzionato *EHDS Act*, cui l'ordinamento interno deve adeguarsi, essendo già in vigore.

In particolare occorre una ben più chiara definizione dei presupposti che legittimano le modalità e condizioni dei trattamenti di dati in esame, soprattutto laddove prescindono dal consenso dell'interessato, mentre deve riconoscersi un ruolo più incisivo alla funzione ed all'azione del Garante, in quanto autorità politicamente indipendente, deputata proprio a salvaguardare i diritti e le libertà fondamentali che vengono in rilievo in tutti gli ambiti di trattamento dei dati personali, ed in specie in quello sanitario, in cui sono trattati dati "*particolari*".

Il menzionato disegno di legge n. 1446-A interviene, infine, anche sul trattamento dei dati acquisibili nel "*Fascicolo sanitario elettronico*", già oggetto del comma 1-*bis* dell'art. 2-*sexies* del Codice *privacy*, introdotto dall'art. 9 del d.l. 8.10.2021, n. 139, convertito dalla legge 3.12.2021, n. 205.

Alla stregua di tale norma "*I dati personali relativi alla salute, privi di elementi identificativi* diretti*, sono trattati, nel rispetto delle finalità istituzionali di ciascuno, dal Ministero della salute, dall'Istituto superiore di sanità, dall'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, dall'Agenzia italiana del farmaco, dall'Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti e per il contrasto delle malattie della povertà e, relativamente ai propri assistiti, dalle Regioni anche mediante l'interconnessione a livello nazionale dei sistemi informativi su base individuale del Servizio sanitario nazionale, ivi incluso il Fasciolo Sanitario Elettronico (FSE),* aventi finalità compatibili *con quelle sottese al trattamento, con le modalità e per le finalità fissate con* decreto del Ministro della salute*, ai sensi del comma 1, previo parere del Garante, nel rispetto di quanto previsto dal Regolamento, dal presente codice, dal codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e dalle linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale in materia di interoperabilità*" [evidenziazioni aggiunte].

Da siffatta norma emerge una gran quantità di enti legittimati a trattare "*dati personali relativi alla salute*", rispetto ai quali è garantita solo l'assenza di dati identificativi "*diretti*", mentre le regole del trattamento sono stabilite ancora una volta dal Ministro della salute, con proprio "*decreto*" sottoposto al mero parere del Garante della *privacy*, da ritenere peraltro non vincolante, in mancanza di tale specificazione. Per cui appare violata sia la garanzia del suo "controllo", sia quella della riserva di legge, che dovrebbe valere non solo ai fini penali, dato che tali regole costituiscono tecnicamente un'integrazione normativa del precetto di cui all'art. 167-*bis* Codice privacy (cfr. *infra* par. 3.2.), ma anche in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona[24], tanto più esposti a rischio quando intervengano, nel trattamento, sistemi di intelligenza artificiale, che in quest'ambito, come detto, sono classificati dall'*AI Act* "*ad alto rischio*".

Viceversa, il citato disegno di legge n. 1146-A dedica il suo art. 9 ad una riforma della normativa in materia di "*Fascicolo sanitario elettronico*", prevedendo l'introduzione dell'art. 12-*bis* (rubricato: "*Intelligenza artificiale nel settore sanitario*") nel decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre, 2012, n. 221, in forza del quale viene istituita una "*piattaforma di intelligenza artificiale*" per il supporto alle finalità di cura e per l'assistenza territoriale (comma 2), le cui "*soluzioni di intelligenza artificiale*" sono disciplinate da appositi *decreti* emanati ai sensi del comma 1, coinvolgendo sia l'Autorità "politica" per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, sia quella (altrettanto "politica") per la sicurezza della Repubblica e la cybersicurezza: non però l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, che viceversa sarebbe non solo quella più specificamente competente in materia di trattamento di dati personali, ma anche quella indipendente (e non politica) deputata alla tutela dei diritti fondamentali delle persone, come impone l'art. 8 CDFUE, di particolare rilievo trattandosi di "*dati particolari*", come quelli sanitari.

Anche sotto questo aspetto, appare dunque necessaria una revisione delle scelte di politica legislativa in materia, ed un'attenta riformulazione delle disposizioni in questione, che devono allinearsi alle vincolanti Carte sovranazionali dei diritti ed in ogni caso alla disciplina delineata dall'*EHDS Act*.

Il necessario e ragionevole bilanciamento fra interessi ed esigenze potenzialmente confliggenti, che coinvolge i diritti fondamentali, deve essere definito con chiarezza dal legislatore nazionale, in sintonia con quello europeo, preservando l'esercizio dei diritti all'autodeterminazione informativa oltre che all'autodeterminazione nei trattamenti sanitari. Se, da un lato, va certamente superata l'ottocentesca ed individualistica nozione del diritto "a restare soli", per cui i sistemi IA devono essere posti in grado di sfruttare l'enorme capacità di trattamento e velocità di connessioni offerte da tutta la rete, per potenziare nella misura massima possibile l'attendibilità delle valutazioni e previsioni probabilistiche, su cui si fondano le diagnosi e le analisi dei fattori o delle situazioni di rischio, dall'altro devono essere altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona di cui si è detto. Ed a tal fine può essere di concreto supporto il principio di *trasparenza* dei trattamenti di dati personali, enunciato dall'art. 5 par. 1, lett. a), GDPR, che dovrebbe contrastare la rilevata 'opacità' dell'IA, assicurandone l'esplicabilità, alla stregua degli specifici obblighi che gravano sui fornitori di sistemi IA "*ad alto rischio*" cui spetta garantire che il loro funzionamento sia "*sufficientemente trasparente da consentire ai deployer di interpretare l'output*" del sistema e "*utilizzarlo adeguatamente*" (art. 13 *AI Act*). Trasparenza che dovrebbe logicamente rispecchiarsi, a valle, anche nel

[24] Come noto, l'art. 8 CDFUE, che sancisce il diritto fondamentale alla "*Protezione dei dati di carattere personale*", di cui vale la pena di riportare il testo, richiama espressamente la garanzia della legge, quale fonte di disciplina del trattamento dei dati personali: "*1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un* altro fondamento legittimo previsto dalla legge*. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*" [evidenziazioni aggiunte].

rapporto con gli interessati e gli utenti tutti, vale a dire con i pazienti e con lo stesso personale sanitario[25].

3.3. Rilevanza penale delle violazioni in materia di trattamento di dati sanitari

Venendo ora ad un rapido esame dei profili penali connessi alla violazione della disciplina dei dati personali di natura sanitaria, vengono in rilievo gli artt. 167 e 167-*bis* del nostro Codice *privacy*, nella formulazione portata dal d.lgs. 10.8.2018, n. 101 (di adeguamento del d.lgs. 30.6.2003, n. 196, alle disposizioni del GDPR), che puniscono rispettivamente il "*Trattamento illecito di dati*" e la "*Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala*".

Si tratta di fattispecie delittuose strutturate quali norme sanzionatorie degli specifici precetti extra-penali fissati dal GDPR e dal Codice *privacy*, cui il legislatore rinvia, per definire le condotte illecite che li violano, richiedendo però due requisiti ulteriori, che restringono la punibilità.

Il primo è rappresentato dal "*fine di trarre per sé o per altri profitto ovvero di arrecare danno all'interessato*", che l'agente deve perseguire con la propria condotta, ma che non è necessario che consegua, perché si abbia la consumazione del reato, come è proprio delle fattispecie denominate a dolo specifico[26].

Il secondo requisito selettivo è rappresentato dall'evento consumativo, costituito dall'invece oggettivo "*nocumento*" che deve essere dolosamente causato dal reo con la propria condotta, vale a dire con la volontà consapevole di produrlo.

Tali due elementi sembrano sufficienti a distinguere gli illeciti penali in esame dagli illeciti di natura amministrativa, che sono previsti dai regolamenti europei con sanzioni pecuniarie severe - ai sensi dell'art. 83 GDPR, degli artt. 99-101 *AI Act* e dell'art. 99 *EHSD Act,* che richiama anche quelle di cui agli artt. 63 e 64 del medesimo regolamento - senza che possa essere violato il divieto di *bis in idem* (così anche il Considerando (168) dell'*AI Act*), di per sé applicabile anche al concorso fra sanzioni penali e sanzioni amministrative che abbiano carattere punitivo[27].

In primo luogo viene dunque in rilievo il delitto di cui al comma 2 dell'art. 167, che ("*salvo che il fatto costituisca più grave reato*") punisce con la reclusione da uno a tre anni, chiunque, al fine specifico sopraddetto, procedendo al trattamento dei dati personali di cui agli articoli 9 e 10 del GDPR, "*in violazione* (…) *delle misure di garanzia di cui all'articolo 2*-septies" del Codice *privacy* - che riguardano il trattamento dei dati genetici, biometrici, relativi alla salute – "*arreca nocumento*" all'interessato. Mentre il comma 3 stabilisce che la stessa pena si applica altresì a chi, al medesimo fine ed arrecando nocumento, procede "*al trasferimento dei dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale al di fuori dei casi consentiti*".

Senza poter approfondire in questa sede l'analisi ermeneutica di queste due fattispecie, basti segnalare che il menzionato *EHDS Act* costituisce oggi una fonte che legittima, ed anzi persegue l'uso transfrontaliero, sia primario (art. 23 ss.), sia secondario (art. 75 ss.), di tali dati in altri paesi dell'Unione, nonché il loro trasferimento anche verso paesi terzi (art. 88), purché alle condizioni stabilite da dette norme europee. Di conseguenza, la violazione di queste ultime potrebbe integrare il delitto in esame, perché il trasferimento avverrebbe "*fuori dei casi consentiti*".

L'ulteriore delitto che viene in rilievo è quello previsto dall'art. 167-*bis* Codice *privacy*, inseritovi dal d.lgs. 101/2018, che considera specificamente la nuova dimensione globale del *web* e la tematica dei *big data*. Infatti la norma punisce più gravemente, con la reclusione da uno a sei anni (salvo sempre che il fatto costituisca più grave reato), chi, al fine specifico di cui si è già detto, "*comunica o diffonde un archivio automatizzato o una parte sostanziale di esso contenente dati personali oggetto di trattamento* su larga scala*, in violazione degli articoli* 2-ter, 2-sexies e 2-octies" [evidenz. aggiunta]; nonché chi, ai sensi del comma 2, "*comunica o diffonde, senza consenso*" un tale archivio automatizzato o una sua parte sostanziale, "*quando il consenso dell'interessato è richiesto per le operazioni di comunicazione e di diffusione*".

Bisogna, dunque, risalire alla disciplina dell'art. 2-*sexies* Codice *privacy* [28], di cui sopra si è detto (par. 3.1), per individuare le violazioni che – in presenza degli altri requisiti specifici - possono integrare la fattispecie penale.

Ma come si è già evidenziato, la norma extrapenale richiamata non individua dei contenuti specifici delle eventuali condotte

---

[25] Il necessario raccordo sistematico fra la disciplina dell'allora emanando *EDHS Act* ed il regolamento generale sull'intelligenza artificiale è evidenziato nel Considerando (68) dell'*AI-Act*: dopo aver premesso che "*Gli spazi comuni europei di dati istituiti dalla Commissione e l'agevolazione della condivisione dei dati tra imprese e con i governi, nell'interesse pubblico, saranno fondamentali per fornire un accesso affidabile, responsabile e non discriminatorio a dati di elevata qualità a fini di addestramento, convalida e prova dei sistemi di IA*", si indica specificamente ad "*esempio, per quanto riguarda la salute, lo spazio europeo di dati sanitari*" che "*agevolerà l'accesso non discriminatorio ai dati sanitari e l'addestramento di algoritmi di IA a partire da tali set di dati in modo sicuro, tempestivo, trasparente, affidabile e tale da tutelare la vita privata, nonché con un'adeguata governance istituzionale*".

[26] Sulla struttura e sulle caratteristiche delle fattispecie c.d. a dolo specifico, che in realtà non si caratterizzano per una particolare forma di dolo, bensì per il nesso teleologico con cui viene più precisamente tipizzato il fatto costitutivo del reato, sia consentito rinviare a PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

[27] Sulla faticosa elaborazione delle Corti europee relative alla portata di tale principio, che costituisce un diritto fondamentale valevole anche in ambito comunitario, sia consentito rinviare, per brevità, a PICOTTI, *Doppio binario sanzionatorio* e ne bis in idem*: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le Corti?*, in CADOPPI, VENEZIANI, ALDROVANDI (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma, 2020, 510 s., ed ai richiami giurisprudenziali e bibliografici ivi contenuti. Si veda altresì SCOLETTA, *Il principio del ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in AMALFITANO, D'AMICO, LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europa nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 315 s; e più di recente, prendendo spunto da C. Cost., 10 maggio 2022, n. 149, VADALÀ*, L'impianto sanzionatorio "punitivo" della legge sul diritto d'autore: il diritto al* ne bis in idem *nella permanenza del doppio binario*, in *Leg. penale* (15 aprile 2023).

[28] Non interessando in questa sede quello degli art. 2-*ter*, che disciplina la "Base giuridica per il trattamento di dati personali effettuato per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri", e 2-*octies*, che contiene i "Principi relativi al trattamento di dati relativi a condanne penali e reati".

da sanzionare, perché rimanda ad una molteplicità di fonti, fra cui anche regolamenti ed atti amministrativi di rango inferiore alla legge, dei quali non sono esplicitati con precisione gli ambiti di intervento né i criteri direttivi cui debbano conformarsi. Si prospetta dunque una violazione del principio di legalità in materia penale, oltre che in materia di tutela dei dati personali[29], dandosi adito a possibili censure di incostituzionalità.

Concludendo: vi è certamente un'ampia e complessa base giuridica, per il trattamento, anche con l'utilizzo di sistemi IA, dei dati sanitari digitalizzati, compresi quelli del "*Fascicolo sanitario elettronico*", al di là del ristretto perimetro individuale dei singoli pazienti presso cui siano stati raccolti e per cui sia stato espresso il relativo consenso. Ma il confine con la possibile rilevanza penale delle violazioni di una tale articolata disciplina non è affatto agevole da determinare ed è, del resto, in forte evoluzione, se si considerano le innovative fonti in materia: dai regolamenti europei di recente entrata in vigore (*AI Act* ed *EDHS Act*) al disegno di legge A-1146 sull'intelligenza artificiale in corso di esame parlamentare.

Un'analoga situazione, pur con le debite distinzioni, si può ravvisare anche per la disciplina dei trattamenti oggetto delle "*Cartelle sanitarie elettroniche*", contenenti dati amministrativi su prestazioni, dispositivi sanitari e quant'altro, tenendo conto che soprattutto in quest'ambito possono venire in rilievo le tematiche dell'*Internet of Things* (IoT), per le caratteristiche dei più moderni dispositivi sanitari. Gli incroci fra tali molteplicità di dati, compresi quelli "*personali derivati*" o "*sintetici*", potrebbe portare anche alla re-identificazione degli interessati stessi, nonostante l'anonimizzazione o pseudonimizzazione di cui si è detto, che il comma 2-*bis* dell'art. 8 d.d.l. n. 1146-A intende favorire, consentendo sempre il trattamento finalizzato ad esse, benché si tratti dei "*dati particolari*" di cui all'art. 9, par. 1 GDPR, ferma solo la previa informativa all'interessato.

4. Sulla *cybersecurity*

Nell'ambito dei trattamenti dei dati sanitari digitalizzati, emerge in modo forte il tema della *cybersecurity*, richiamata da molteplici norme anche dell'*AI Act*[30] ed oggi espressamente anche dell'*EHDS Act*, in specie agli artt. 44, dedicato alla "*gestione dei rischi posti dai sistemi di cartelle cliniche elettroniche e degli incidenti gravi*", e 73 dedicato alla necessità di "*un ambiente di trattamento sicuro che sia soggetto a misure tecniche e organizzative e rispetti prescrizioni in materia di sicurezza e interoperabilità*" che vengono poi elencate.

Pur non essendo questa la sede per l'approfondimento di questo complesso argomento, con le relative ricadute penali[31], va segnalata la ricorrente menzione dell'esigenza di sicurezza cibernetica, oggetto di molteplici obblighi incombenti sui fornitori, sui *disployer* e, più in generale, sui titolari e responsabili dei sistemi e dei trattamenti, per prevenire i rischi non solo di attacchi informatici, ma anche di incidenti e perdite accidentali.

Sul piano penale, contro fatti dolosi di terzi (intranei od estranei) si possono richiamare *de jure condito* le fattispecie che a livello nazionale puniscono, innanzitutto, l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, che deve essere "*protetto da misure di sicurezza*" per meritare tutela penale (cfr. art. 615 *ter* c.p.), a fronte di condotte criminose che possono realizzarsi anche a distanza (si pensi in particolare ai rischi che sotto questo aspetto potrebbe presentare la telemedicina, per connessioni non adeguatamente protette, anche da parte dell'utente stesso).

In secondo luogo, vengono in rilievo i danneggiamenti informatici, che siano in pregiudizio di sistemi IA, e che possono riguardare sia singoli dati o componenti *software* (art. 635-*bis* e art. 635-*ter* c.p.), sia anche componenti *hardware* (art. 635-*quater* ed art. 635-*quinquies* c.p.), secondo una differente struttura e con gravità crescente di pene, a seconda che si tratti di dati e sistemi privati ovvero pubblici, o comunque di interesse pubblico, come sono certamente quelli che vengono in rilievo nel caso delle attività sanitarie.

Nell'ampia categoria dei "*sistemi informatici*" oggetto di protezione penale vanno certamente compresi sia l'*hardware* che il *software* di sistemi IA, oltre che le infrastrutture di reti che sono alla base dei trattamenti e delle comunicazioni in esame.

Ma per la rilevanza penale di tutte le condotte incriminate, si richiede il dolo di chi agisce illecitamente, mentre comportamenti meramente colposi potrebbero avere rilievo solo sul piano delle sanzioni amministrative (come quelle previste dal GDPR, dall'*AI Act*, dall'*EHSD Act*) o della responsabilità civile.

Tuttavia, la dimensione della cybersicurezza è oggi ben più estesa di quella che viene in rilievo nei singoli delitti sopra menzionati, perché riguarda la *prevenzione* di rischi anche

---

[29] Come noto, l'art. 8 CDFUE, che sancisce il diritto fondamentale alla "*Protezione dei dati di carattere personale*", di cui vale la pena di riportare il testo, richiama espressamente la garanzia della legge, quale fonte di disciplina del trattamento die dati personali: "*1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al*

consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. *Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*" [evidenziazioni aggiunte].

[30] Senza pretesa di completezza, data la molteplicità di norme in cui compare la necessità di garantire un adeguato livello di cibersicurezza, si vedano ad es. l'art. 70, par. 4, sugli obblighi in materia che devono essere adempiuti dalle autorità nazionali; l'Allegato IV, par. 5, lettera h) relativo alla "*documentazione tecnica*" che – ai sensi dell'art. 11, par. 1 - il fornitore dei sistemi IA deve fornire.

[31] In argomento sia consentito rinviare, per un sintetico inquadramento nel diritto interno, PICOTTI, *Cybersecurity: quid novi?*, in *Dir. internet*, n. 1/2020, p. 11 s. Sugli ulteriori sviluppi a livello europeo e nazionale, dopo l'approvazione della c.d. NIS 2, cfr. FLOR, *Cybersecurity for Artificial Intelligence e diritto penale: prime riflessioni nel prisma del diritto europeo*, in LUCHTMAN et al. (eds.), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization - Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele*, Hague, 2023, p. 785 s.; con specifica attenzione agli aspetti tecnologici si veda Luca VIGANÒ, *Nuove frontiere della cybersecurity*, in PICOTTI (a cura di), *Automazione, Diritto e Responsabilità*, Napoli, 2023, p. 213 s. A livello normativo si segnala il d. l. 10.8.2023, n. 105, conv. dalla legge 9.10.2023, n. 137, che all'art. 2-*bis* ha integrato i compiti dell'"Agenzia per la cybersicurezza nazionale", istituita con il d. l. 14.6.2021, n. 82, conv. dalla legge 4.8.2012, n. 109.

sistemici, compresi accadimenti accidentali, oltre che di attacchi informatici intenzionali che possono anche essere su larga scala, sia dall'interno, che dall'esterno: per cui la disciplina della cybersicurezza si compenetra con l'esigenza primaria di protezione e "*robustezza*" delle infrastrutture critiche, oltre che dei sistemi di AI "*ad alto rischio*", come quelli in esame.

E coinvolge, pertanto, non solo enti e soggetti pubblici, ma anche enti ed operatori privati, in specie che prestino servizi pubblici essenziali, come quelli sanitari.

Specularmente, i sistemi IA possono e debbono rafforzare la cybersicurezza, come emerge anche dall'art. 18 (rubricato: "*Utilizzo dell'intelligenza artificiale per il rafforzamento della cybersicurezza nazionale*") del citato d.d.l. n. 1146-A, in forza del quale all'art. 7, comma 1, del d. l. 14.6.2021, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 4.8.2021, n. 109 (che riguarda le funzioni dell'"Agenzia per la cybersicurezza nazionale"), dopo la lettera m-*ter*), va inserita la seguente: «m-*quater*) *promuove e sviluppa ogni iniziativa, anche di partenariato pubblico-privato, volta a valorizzare l'intelligenza artificiale come risorsa per il rafforzamento della cybersicurezza nazionale*».

Si tratta dunque di un'esigenza cogente, anche se nello stesso d.d.l. approvato dal Senato non sono più previsti gli specifici interventi di finanziamento per gli investimenti in questo ambito, che erano invece annunciati nell'originario art. 21 dello schema di disegno di legge.

5. Sulle falsità informatiche

Infine, un semplice cenno merita anche il tema delle falsità materiali ed ideologiche che riguardino dati e documenti informatici contenuti in specie nel "*Fascicolo sanitario elettronico*" o nelle "*Cartelle sanitarie elettroniche*" e che siano eventualmente imputabili anche all'impiego di sistemi IA.

Viene in questi casi in rilievo l'art. 491-*bis* c.p., che estende espressamente l'applicabilità di tutti i delitti di falsità in atti, offensivi della c.d. fede pubblica, anche alle falsità relative a "*documenti informatici pubblici*", quali sono certamente quelli in questione, essendo tali tutti quelli che, applicando la definizione del Codice dell'Amministrazione digitale, costituiscono "*la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"* (art. 1, lett. p del d.lgs. 82/2005 e succ. modifiche), redatti od anche ricevuti o conservati da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni[32].

Qualche nuovo problema può però suscitare l'attribuzione di una falsità materiale od ideologica, rispettivamente *ex* art. 476 o *ex* art. 479 segg. c.p., al soggetto umano che 'sta dietro' l'impiego di un sistema IA, al quale debba farsi risalire la "*contraffazione*" od "*alterazione*" del documento informatico, oppure la "*difformità dal vero*" dell'attestazione in esso contenuta, avente valore probatorio, di atti e fatti giuridicamente rilevanti.

Tali condotte potrebbero essere frutto dell'autonoma acquisizione di dati ovvero dell'autonomo trattamento realizzati dal o tramite un sistema IA. Nonostante l'oggettiva sussistenza di tali falsità, potrebbe quindi non essere accertabile il dolo di un agente umano, richiesto quale condizione per la punizione di queste fattispecie delittuose. Lo spazio di autonomia decisionale, che connota l'operato dei sistemi IA, può infatti far sfuggire l'*output* dall'ambito di concreta previsione della persona competente, per cui esso non sarebbe imputabile ad una sua volontà consapevole. Al riguardo, non può che farsi rinvio, in questa sede, ai criteri di possibile attribuzione della responsabilità penale anche per fatti dolosi, elaborati dall'*Association Internationale de Droit Pénal*, nella risoluzione della Sezione I del XXI Congresso Internazionale di Diritto penale tenutosi a Parigi il 25-28 giugno 2024, di cui si è detto[33].

6. Responsabilità medica per eventi avversi colposi

6.1. Premesse generali sulla tutela penale in materia

Un tema assai rilevante che si pone di fronte all'utilizzo di sistemi IA in medicina, sia in ambito diagnostico, che in ambito terapeutico ed assistenziale, specie se possono operare anche con un *hardware* (come nella chirurgia robotica), è quello della c.d. colpa medica per eventi avversi attribuibili (anche) a detti sistemi.

Vengono in rilievo, sotto il profilo penale, gli artt. 589 e 590 c.p., che puniscono rispettivamente l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose, di cui l'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p. (introdotto dall'art. 6 legge 6.3.2017, n. 24, c.d. legge Gelli-Bianco) limita l'ambito applicativo, nei casi di "*imperizia*", "*quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida* […] *ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali*" [34].

Si tratta di reati di evento c.d. a forma libera, per cui qualsiasi azione od omissione, che sia causa o concausa della morte o delle lesioni personali del paziente, *ex* artt. 40, anche capoverso (secondo cui "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*"), e 41 c.p. (secondo cui il "*concorso di cause… non esclude il rapporto di causalità*", salvo che quelle "*sopravvenute*" siano "*state da sole sufficienti a determinare l'evento*"), può far sorgere la

[32] Per un inquadramento sui delitti di falsità informatiche ed il commento critico della prima formulazione della norma che li ha introdotti nel codice penale italiano, si veda, volendo, PICOTTI, *Commento Art. 3 legge 23 dicembre 1993, n. 547 (Art. 491-bis cod. pen.: Documenti informatici)*, in *Legisl. pen*., 1996, n. 1-2, p. 62 s.; sulla sua modifica cfr. ID., *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc*., 2018, p. 700 s., in specie p. 701 s.; per attente osservazioni anche critiche cfr. GROTTO, *Regime giuridico del falso*
informatico e dubbi sulla funzione interpretativa dell'art. 491 bis c.p., in *Dir.inf. inf.*, 2006, p. 589 s.

[33] Cfr. i riferimenti anche bibliografici di cui alla nota 1.

[34] Sull'impatto dell'art. 590-*sexies* c.p. (introdotto dalla c.d. Leggi Gelli Bianco) sui limiti della responsabilità penale del sanitario, fra i numerosissimi contributi si veda RISICATO, *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitaria*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 5 giugno 2017; per un attento bilancio sintetico CANZIO, *Linee evolutive del sistema della responsabilità in ambito sanitario*, in *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, 2022, 3 s., con essenziali indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali. Fra questi in specie si veda Cass. sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770/18, Mariotti, Rv. 272174-75-76, annotata da CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*, in *www.penalecontemporaneo*.it, 2017, 12, 135, con ulteriori ampi rinvii.

responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, a condizione che – oltre al menzionato nesso oggettivo di causalità - si accerti anche la relativa colpa "personale".
È stato già autorevolmente affermato che non può accettarsi che, sol perché vi è stato l'utilizzo di sistemi IA (ad es. nella diagnosi o nel trattamento), sia da escludersi la colpa penalmente rilevante, stanti le caratteristiche di (relativa) imprevedibilità degli *output* forniti e dei comportamenti posti in essere "autonomamente" da tali sistemi[35].
Si creerebbe, altrimenti, uno spazio di impunità od irresponsabilità, rispetto ad offese a beni giuridici primari e diritti fondamentali della persona, quali la vita e l'incolumità personale, che richiedono e già ricevono, altrimenti, protezione penale.
Questa non può quindi venir meno, salvo adeguare i criteri di imputazione della causalità e della colpa alle peculiari caratteristiche di tali sistemi e della loro utilizzazione.
A tal fine si deve muovere dal rilievo che un sistema IA non è riducibile ad un mero strumento passivo nelle mani dell'uomo, come sembrerebbe far pensare il termine di 'utilizzo' di un robot (ad es. nella chirurgia o nell'assistenza) o di un sistema diagnostico basato sull'IA, perché non resta nel pieno e costante dominio dell'agente umano, come potrebbe essere un bisturi o la lettura di dati clinici e della letteratura medica da parte dell'operatore stesso.
Occorre preliminarmente distinguere fra l'automazione di singole funzioni, che possono restare sotto il diretto controllo umano, e la vera "autonomia" decisionale e operativa, che basandosi su tecniche di *machine learning*, per la ricerca e selezione di dati fra le enormi quantità reperibili nel web (*big data*), ma non (tutti) disponibili al singolo operatore, nonché su algoritmi anche adattivi, porta ad *output* e comportamenti anche immediatamente eseguiti, caratterizzati, come già detto, da 'imprevedibilità' e possibile 'opacità' del processo che vi è alla base, determinando un'interazione complessa fra uomo e macchina, alla quale il primo si affida.
Escluso il riconoscimento – almeno allo stato attuale dello sviluppo tecnologico - di una soggettività o capacità penale del sistema IA in quanto tale, che non possiede una libertà cosciente di autodeterminazione, invece richiesta a fondamento dell'imputabilità ai fini penali, per cui neppure possibili sanzioni (seppur *sui generis*) potrebbero perseguire, nei suoi confronti, le funzioni (retributiva, o di prevenzione generale e speciale) proprie della pena[36], nondimeno emerge un diaframma fra l'atto umano e l'offesa dei beni giuridici penalmente rilevanti, posta in essere da o tramite detti sistemi IA, cui l'agente umano ed, in particolare, il personale sanitario 'delega' importanti attività, facendovi affidamento, data la superiore capacità cognitiva, decisionale ed operativa, sicura, precisa ed immediata, che tali sistemi possiedono. Tanto che può configurarsi un obbligo, anche giuridicamente rilevante (ad es. sul piano della colpa, in caso di omissione), di ricorrere ad essi, per garantire il miglior trattamento che la scienza e la tecnologia rendono disponibile[37].
Ai fini della responsabilità penale per eventi avversi, che possano derivarne, occorre dunque risalire ai soggetti che 'stanno dietro' ai sistemi IA, e che in effetti decidono di utilizzarli e li utilizzano nel proprio interesse o vantaggio, seppur non egoistico, ma riferibile alla miglior terapia o al più efficace trattamento che devono e così possono porre in essere.

6.2. Sul nesso causale

Tale affidamento (o delega) rappresenta un sicuro *fattore causale*, all'origine della catena eziologica che può portare all'evento avverso. Data la menzionata struttura a forma libera dei reati in esame, dal punto di vista del rispetto del principio di legalità è sufficiente, come detto, qualsiasi contributo eziologico alla produzione dell'evento, anche di natura omissiva (*ex* art. 40 capoverso c.p.), ad es. per mancato controllo, essendo configurabile una posizione di garanzia del medico o del personale sanitario competente, rispetto alle fonti di pericolo per la vita, la salute, l'incolumità del paziente ad essi affidato, che costituiscano rischi specifici relativi alla patologia oggetto di cura e, quindi, ricadano nella sfera degli obblighi di vigilanza ed intervento che su di essi incombono[38].
Pertanto, anche di fronte alle c.d. *black box*, non essendo esimente l'*error in causa*, la scelta dell'operatore di ricorrere all'IA appare integrare quanto meno una condizione da cui dipende la causazione dell'evento, che può inserirsi od aggiungersi alla catena che va dall'ideatore al programmatore, dal produttore al fornitore, fino all'utilizzatore finale del sistema, in conformità al c.d. principio di equivalenza dei contributi causali, ricavabile dal menzionato art. 41 c.p.
In altri termini, benché l'ultimo anello della catena sia determinato dal 'comportamento' del sistema IA, e questo non

---

[35] Si vedano le raccomandazioni contenute nella citata risoluzione adottata a conclusione dei lavori della Sezione I del XXI Congresso internazionale dell'*Association Internationale de Droit Pénal* di cui *supra* a nota 1. In materia, nel dibattito penalistico, si rinvia più in generale ai contributi di BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri di imputazione*, in BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, Torino 2021, p. 80 s.; CAPPELLINI, *L'"allocazione della colpa" nella responsabilità penale sanitaria,* ivi, p. 54 s.; PANATTONI, *Profili penali dell'interazione uomo-macchina nell'ambito della responsabilità medica,* in PICOTTI (a cura di), *Automazione, Diritto e Responsabilità*, cit., 269 s. Da ultimo cfr. anche AMORE, ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica*, cit., p. 185 s., TERRIZZI, *Medical devices e diritto penale,* cit., p. 177 s. e, volendo, PICOTTI, *Robotica ed intelligenza artificiale in medicina: possibili aspetti di rilievo penale*, in FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica*, cit., p. 89 s.; nel più esplorato campo della responsabilità civile si veda, oltre all'interessante contributo comparatista di GUERRA, *Profili di responsabilità del produttore del robot chirurgico nell'ordinamento americano*, ivi, 57 s., RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, ivi, p. 1 s.; FACCIOLI, *Principi e categorie della responsabilità sanitaria alla prova della telemedicina*, in PICOTTI (a cura di), *Automazione, Diritto e Responsabilità*, cit., p. 245 s., con ampie indicazioni bibliografiche anche di carattere generale.

[36] Per riferimenti sia consentito rinviare per brevità a L. Picotti, *Intelligenza artificiale e diritto penale,* cit., p. 295 s.

[37] Su tali profili cfr. PAGALLO, *Il dovere alla salute. Sul rischio di sottoutilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, Milano, 2022.

[38] Sull'ambito di rilevanza penale di tale sfera di obblighi cfr. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torno 2017; sui fondamenti generali già FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, nonché GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, con i necessari richiami ai molteplici autorevoli contributi precedenti.

sia assimilabile ad un mero strumento passivo, non può escludersi il nesso eziologico, in quanto con l'eliminazione mentale dell'antecedente o degli antecedenti in esame, verrebbe meno l'evento stesso.
L'autonomia dell'IA non può considerarsi, infatti, un fattore del tutto *eccezionale* ed assolutamente imprevedibile, tale da interrompere (*ex* art. 41, capoverso, c.p.) il nesso causale, salvo che anomalie, che abbiano tali caratteristiche, possano far risalire la responsabilità agli anelli anteriori della menzionata catena.
Ma nonostante la tracciabilità tecnica dell'*iter* che ha portato all'evento, può residuare una difficoltà di prova nella precisa ricostruzione ed individuazione delle caratteristiche e cause delle anomalie che lo abbiano determinato.
Per superare tali difficoltà, può sopperire la disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, che la recente direttiva europea in materia estende anche a vizi del *software*[39], ferma la sussidiarietà della sanzione penale, rispetto alla tutela risarcitoria di natura civile. Anche la prima dovrebbe però potersi configurare, per l'esposizione a grave rischio di beni primari, se del caso con opportune scelte di politica criminale indirizzate ad un adattamento della disciplina positiva, che delimiti le condizioni e garanzie di utilizzo di detti sistemi.
Ad esempio, si potrebbero introdurre fattispecie che anticipino la soglia della tutela penale, per sanzionare quali "reati preparatori" l'impiego di "dispositivi medici", in cui rientrano anche i sistemi IA, non autorizzati o pericolosi, od irregolarmente acquisiti tramite appalti non rispettosi della disciplina in materia, finalizzata anche a garantire elevati *standard* di sicurezza.

6.3. Sulla colpa "personale"

Fondamentali principi di garanzia in materia di responsabilità penale richiedono che la sua attribuzione si basi, oltre che sull'elemento oggettivo sopra delineato, su di un rimprovero giuridico "personale", quantomeno di natura colposa, come si ricava dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost., oltre che dagli artt. 42 e 43 c.p.
Colpa penale che diverge da quella civile, essendo esclusa ogni forma di responsabilità per fatto altrui, ad es. del dipendente, o di responsabilità c.d. per posizione, anziché per la propria azione od omissione, come pure qualsivoglia ricorso a presunzioni.
Come si è già sottolineato a proposito del ruolo del consenso al trattamento sanitario (*supra* par. 2), ci troviamo nel campo di attività lecite di base, dato che l'invasione anche materiale della sfera corporea del paziente non costituisce una "lesione" personale, ai sensi dell'art. 582 c.p., non essendo causa di una "malattia" ma, al contrario, essendo un intervento a favore del paziente stesso e della sua salute, data la funzione, più che la semplice "finalità" terapeutica della condotta stessa, diretta a curare la patologia preesistente, con i debiti adattamenti rispetto alla chirurgia ed ai trattamenti estetici.
In tale contesto, l'impiego di sistemi IA offre la massima utilità, per l'entità e qualità di informazioni, ampie ed aggiornate, di cui possono e devono disporre in tempo reale, con limitazione della possibilità di errore ed incremento della precisione e rapidità di diagnosi ed intervento.
Il nodo problematico è quello dell'eventuale violazione delle c.d. regole cautelari che devono essere rispettate, anche nel ricorso ai sistemi IA, trattandosi comunque di attività pericolose.
Al riguardo, il modello di comportamento dell'*Homo eiusdem condicionis et professionis* - dal quale si ricavano usualmente le regole di diligenza, prudenza e perizia la cui violazione configura la colpa ai fini penali - non appare applicabile ai sistemi IA in quanto tali, che non sono persone umane ed operano con proprie caratteristiche e modalità tecniche.
Per cui il parametro di riferimento deve essere, piuttosto, quello assai ampio della "miglior scienza ed esperienza" del settore in cui intervengono.
Ma la negligenza, imprudenza ed imperizia punibili non possono imputarsi direttamente ai sistemi IA. Per cui occorre – come si è detto - risalire all'agente umano che "sta dietro", al quale potrebbe rimproverarsi, oltre che l'eventuale esito infausto o lesivo, anche di non aver fatto ricorso, potendolo, ai sistemi IA disponibili.
Una particolare questione pone al riguardo il tema cruciale della perizia, dato che, come si è ricordato, non è punibile l'imperizia quando si seguano le "*raccomandazioni previste dalle linee guida* […] *ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali*", sempre che siano "*adeguate alla specificità del caso concreto*" (art. 590-*sexies* c.p.).
È evidente che questi precetti non sono essere diretti ai sistemi IA, ma al personale sanitario che "vi sta dietro", la cui osservanza fonda l'esonero da responsabilità[40]. Per cui occorrerà che le predette raccomandazioni ed, eventualmente, buone pratiche clinico-assistenziali da rispettare, siano integrate ed aggiornate con riferimento all'impiego delle tecnologie in questione, includendo i casi e modi in cui si debba o possa fare ricorso ai sistemi IA disponibili, nonché le caratteristiche che debbano possedere, da impostare e garantire già a monte del loro concreto utilizzo.

---

[39] Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, in GUUE 2024/2853 del 18.11.2024 serie L, It.

[40] È stato prospettato ed enfatizzato in dottrina il cambio di paradigmi che comporterebbe il ricorso massivo ai sistemi AI in medicina, che farebbe superare il modello dell'*Evidence-Based Medicine* (incentrata su una metodologia di ricerca scientifica condotta dall'uomo, al quale rimane poi la scelta e responsabilità nel singolo caso clinico), su cui si fondano anche le Linee Guida, a favore di una *Data-Driven Medicine*, affidata invece agli algoritmi di apprendimento automatico, basata sui *Big Data* e capace addirittura di indicazioni terapeutiche sullo specifico caso clinico, alle quali il medico devolve le decisioni e gli interventi, con conseguente spostamento anche della responsabilità dagli operatori – ridotti a meri esecutori delle indicazioni cogenti dei sistemi algoritmici - alle strutture che li implementano (cfr. AMORE, ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica*, cit., p. 199 s., 215 s.). Pur suggestiva nella prospettiva avveniristica in cui si colloca, la tesi non appare convincente, perché estremizza una contrapposizione che va invece ricondotta ad una sinergia fra uomo e macchina, da regolare e garantire anche tramite una chiara e vincolante disciplina giuridica, che si sta in effetti incontrovertibilmente delineando a livello interno e sovranazionale.

Per questo, si dovrebbe prevedere ed implementare uno specifico sistema di autorizzazioni e di verifiche di "conformità" ad elevati *standard* di precisione ed accuratezza, di competenza dell'Autorità sanitaria, con obbligo di monitoraggio e segnalazione di eventi avversi anche a carico di chi li utilizza, compresi gli enti ospedalieri e sanitari in genere, secondo meccanismi già collaudati in altri settori, come quello della circolazione dei veicoli a guida autonoma, introdotto ad es. in Germania.

La violazione di una siffatta disciplina extrapenale potrebbe essere fonte di responsabilità penale pur di fronte a comportamenti "imprevisti" dei sistemi in questione, che sono quelli maggiormente temibili, non occorrendo, per l'imputazione a titolo di colpa, che questa sia "cosciente", vale a dire implichi la previsione concreta dell'evento causato, e che costituisce un'eventuale circostanza aggravante propria dei reati colposi (*ex* art. 61, n. 2 c.p.). In generale, è sufficiente la "possibilità di prevedere" vale a dire la c.d. prevedibilità non già del singolo evento concreto che si possa verificare, ma della tipologia di eventi cui esso appartenga e che le misure cautelari hanno per l'appunto la finalità di evitare.

Il modello più adeguato appare, in questo contesto, quello della c.d. colpa specifica, che presuppone la formulazione in regole scritte di comportamento di dette misure cautelari, aventi funzione di prevenzione o, quantomeno, riduzione dei rischi ad un livello accettabile (quello del c.d. rischio consentito), tenuto conto dei vantaggi che porta l'impiego di tali sistemi IA: regole che possono o anzi debbono essere fornite già dai produttori e manutentori, anche privati, oltre che dalle Autorità competenti al rilascio delle autorizzazioni al loro uso ed al loro controllo.

Si tratta di una prospettiva che include anche la responsabilità per negligenza ed imprudenza, rispetto a cui non opererebbe l'esonero stabilito dal controverso art. 590 *sexies* c.p., e che pare integrarsi con il modello più generale della c.d. "colpa di organizzazione" basata su un previo *risk assessment* (come sostanzialmente delineato dall'*AI Act* per qualsiasi utilizzazione lecita di sistemi IA). Gli operatori, in ogni ambito in cui agiscono, devono infatti identificare previamente non solo le tipologie ed i livelli dei rischi connessi alla produzione ed all'utilizzazione dei predetti sistemi nelle specifiche attività in cui vanno impiegati, ma anche di "organizzare" ogni ente ed impresa, che intervenga nella loro fase di vita, dall'ideazione e programmazione, fino alla produzione, distribuzione, manutenzione ed utilizzazione finale, in modo tale che siano stabilite ed efficacemente attuate e controllate - con una chiara attribuzione di competenze ed istituzione di appositi organismi interni - le più adeguate misure organizzative e cautelari, in funzione specificamente preventiva, necessarie per ridurre e contenere i predetti rischi nell'ambito di quelli accettabili o "consentiti" nel bilanciamento con i vantaggi che offrono.

Su tali basi normative extrapenali, il concreto rimprovero di colpa alla persona umana od all'ente che "stanno dietro" all'utilizzazione di questi sistemi da cui sia derivato un evento avverso, non potrebbe più considerarsi quale inammissibile "colpa per non aver previsto l'imprevedibile", come è stato detto[41], ma per la violazione di quelle cautele, anche organizzative, specificamente finalizzate ad evitare che si verifichino eventi della tipologia di quello realizzatosi: violazioni che quindi, in conformità all'essenza normativa della colpa, assorbono i requisiti della prevedibilità ed evitabilità da parte dell'agente, in quanto l'evento stesso realizzerebbe proprio lo specifico rischio che le predette norme extrapenali miravano a contrastare o ridurre, in conformità al loro scopo cautelare.

E questo non esclude, ma anzi consente che, a fondamento della responsabilità penale per colpa, si debba ravvisare anche quella "rimproverabilità giuridica" *soggettiva*, consistente nella disapprovazione dell'ordinamento per non aver agito diversamente da quanto sarebbe stato possibile e doveroso per la singola persona.

Tali considerazioni assumono una chiara rilevanza pratica, se si considera che questi sistemi IA vengono per lo più impiegati o resi disponibili, anche ai singoli operatori sanitari, da strutture organizzate e complesse, come le aziende ospedaliere od i presidi sanitari del territorio. Nel loro ambito è, quindi, possibile individuare sia le posizioni di garanzia assunte da chi è deputato a controllare le specifiche fonti di rischio, in base alle competenze attribuite, non necessariamente coincidenti con le posizioni apicali; sia le eventuali carenze che possano integrare quella "colpa di organizzazione" cui si è fatto riferimento, e che ne può fondare la responsabilità per i fatti colposi che si verifichino, per non aver valutato adeguatamente i rischi, e/o non aver preso le misure organizzative e cautelari, nonché di monitoraggio ed attenzione ai segnali d'allarme per eventi avversi, che devono essere oggetto di adeguati "modelli organizzativi" (c.d. MOG), cui fa riferimento paradigmatico il d.lgs. 231/2001, che prevede e regola la responsabilità "da reato" delle persone giuridiche e degli enti[42].

6.4. Prospettive de jure condendo

De jure condito, il limite di applicazione di questa disciplina nel settore in esame è però duplice.

Innanzitutto, sono ad essa sottratti espressamente gli enti pubblici, salvo che svolgano attività economiche (art. 1, comma 3, d.lgs. 231/2001), e tali non sono considerate le attività sanitarie, che non perseguono fini di lucro. Per cui potrebbe interessare solo le aziende ospedaliere private[43].

---

[41] PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1771 s.

[42] Nella sterminata letteratura in argomento, con specifica attenzione al tema della responsabilità penale connessa all'uso di sistemi IA, si veda MONGILLO, *Corporate Criminal Liability for AI-Related Crimes: Possible Legal Techniques and Obstacles. Special Report* in PICOTTI, PANATTONI (eds.), *Traditional Criminal Law Categories and AI*, cit., 77 s., cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia, non solo nazionale.

[43] Per un caso di estensione a società non soltanto private, ma a partecipazione mista, si veda però – in sede cautelare – Cass., sez. II, 9-21.7.2010, n. 28699, con nota di DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.,* 2011, 1888 s.

In secondo luogo, nell'elenco tassativo dei reati cui si applica la predetta disciplina, non sono inclusi gli omicidi colposi e le lesioni personali colpose, che non siano riferibili a violazione delle regole in materia di salute e sicurezza sui luoghi lavoro (art. 25 *septies* d.lgs. 231/2001).

Per cui appare necessario ed urgente un intervento del legislatore, che ponga rimedio a tali carenze di disciplina, ed estenda l'elenco dei reati per cui può operare, data la vitale (e crescente) importanza dei sistemi IA in campo sanitario.

Tale intervento novellistico non è invero previsto nel disegno di legge governativo 1146-A, che pur dedica, come si è visto, l'art. 7 all' "*Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità*"[44]. E tale norma richiama, al comma 5, il principio antropocentrico, già proclamato in generale dall'art. 1, prevedendo che "*I sistemi di intelligenza artificiale nell'ambito sanitario costituiscono un* supporto *nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la* decisione*, che è* sempre rimessa alla professione medica" [evidenziazioni aggiunte]. Ne dovrebbe discendere la riaffermazione anche dell'eventuale responsabilità penale *personale*, visto altresì che al comma successivo si stabilisce che "*I sistemi di intelligenza artificiale utilizzati nell'ambito sanitario e i relativi dati impiegati devono essere affidabili e* periodicamente verificati e aggiornati *al fine di minimizzare il rischio di errori*" [evidenziazioni aggiunte].

Ma fra le deleghe legislative al Governo previste dall'art. 24, al comma 3 si fa riferimento ad una disciplina soltanto per i "*casi di realizzazione ed impiego* illeciti *di sistemi di intelligenza artificiale*", sulla base dei criteri direttivi enunciati nel successivo comma 5, in cui contraddittoriamente si prevedono alla lettera b) "*autonome fattispecie di reato, punite* a titolo di dolo o di colpa*, incentrate sulla* omessa *adozione o l'*omesso *adeguamento di misure di sicurezza per la produzione, la messa in circolazione e l'utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale*" punibili solo se " *da tali* omissioni *deriva pericolo concreto per la vita o l'incolumità pubblica o individuale o per la sicurezza dello Stato*" [evidenziazioni aggiunte]. Reati, quindi, che si configurano soltanto quali "*omissioni*" con evento di pericolo, realizzabili nel contesto di un utilizzo di base *lecito*, come quello che avviene in ambito sanitario, da cui possono peraltro conseguire anche *eventi* avversi causati "*per colpa*". Sarebbe in definitiva auspicabile una maggior chiarezza e coerenza al riguardo.

Mentre è da salutare con favore la previsione - introdotta nei lavori del Senato in sede referente, di cui alla lettera c) dell'art. 24, comma 3 – secondo cui la norma delegata dovrà 'precisare' "*i criteri di imputazione della responsabilità penale delle persone fisiche e amministrativa degli enti per gli illeciti inerenti a sistemi di intelligenza artificiale*". Ma manca poi un'indicazione di criteri direttivi al riguardo, essendo espressa solo l'esigenza generica che si "*tenga conto del livello effettivo di controllo dei sistemi predetti da parte dell'agente*".

Certamente, piuttosto che un'estensione della sfera di responsabilità penale attraverso l'introduzione di nuove fattispecie, od un generalizzato aggravamento di pene, tramite circostanze aggravanti comuni (*ex* art. 26, comma 1, lettera a) o speciali per singoli delitti peraltro dolosi (*ex* art. 26, comma 1, lettera b) e commi 2 e 4 del menzionato d.d.l. 1146 – A) [45], è auspicabile una più attenta rielaborazione ed integrazione dei criteri di imputazione, anche a titolo di colpa, della responsabilità penale o punitiva nell'ambito delle complesse strutture che dispongono, quali *diployer*, dei sistemi IA e del loro utilizzo, estendendo ed adeguando il perimetro di applicazione del d.lgs. 231/2001 all'intero ambito delle attività sanitarie oggetto d'esame.

7. Conclusioni: esigenze di tutela penale ed adeguamento delle categorie penalistiche.

L'importanza della sanzione penale, compresa quella per la responsabilità 'da reato' dell'ente, che può anche prescindere dalla concreta individuazione della singola persona fisica che nel suo ambito lo abbia realizzato (cfr. art. 8 d.lgs. 231/2001), ha un'essenziale funzione di monito e di guida al comportamento corretto, conforme a diritto, e non pare rinunciabile, in coerenza con il criterio guida già richiamato, secondo cui quanto sarebbe penalmente rilevante, se il fatto fosse commesso da una persona umana, non può essere penalmente irrilevante, soltanto perché vi è l'intervento di un sistema AI.

Tanto più che, di fronte ai nuovi impetuosi sviluppi tecnologici ed all'estensione tumultuosa delle relative applicazioni anche nel campo medico-sanitario, si estenderebbero inaccettabili aree di impunità, che lascerebbero sforniti di adeguata tutela beni ed interessi giuridici, nonché diritti fondamentali, quali la vita, l'integrità personale, la libertà di autodeterminazione in campo sanitario, la *privacy*, la sicurezza cibernetica, la fede pubblica, che già sono invece oggetto di una protezione penale che non appare rinunciabile, a favore di quella che potrebbe essere offerta da altre tecniche di tutela, come quelle civilistica ed amministrativistica, specie se si considera anche il profilo processuale dei mezzi di indagine ed acquisizione della prova.

È dunque indispensabile un attento e calibrato adeguamento delle categorie penalistiche, sostenuto da un oculato intervento del legislatore, che dovrebbe a monte sopperire alle lacune riscontrabili, integrandosi con la nuova disciplina europea sopra menzionata, in modo che il ricorso allo strumento penale non sia un demagogico sostituto, ma davvero l'*ultima ratio* di una tutela che trovi solido fondamento nella disciplina organica del settore, innovato in modo così dirompente dall'estesa digitalizzazione e dall'avvento dell'intelligenza artificiale.

E per questo obiettivo, la dottrina ed il confronto interdisciplinare possono dare il necessario contributo ai fini di un compiuto inquadramento sistematico, di un'analisi critica della normativa esistente e di una progettazione futura delle riforme che il legislatore deve introdurre, per sopperire alle lacune riscontrate.

---

[44] Cfr. *supra*, par. 2.1.

[45] È prevista alla lettera c) di detta norma anche l'introduzione di un nuovo delitto doloso, quale art. 612-*quater* c.p., per contrastare il fenomeno del c.d. *deep fake*, denominato di "Illecita diffusione di contenuti generati o manipolati con sistemi di intelligenza artificiale".

La stima del danno da morte anticipata: una proposta metodologica

di **Francesco Carraro** e **Carmelo Galipò**

Sommario: 1. Premessa. 2. La criticità dei metodi di calcolo attuali. 3. *Ratio* sottesa alla proposta metodologica. 4. Proposta metodologica. 5. Conclusioni.

Abstract: L'articolo affronta il tema della quantificazione del danno da morte anticipata, con particolare focus sui casi in cui la vittima, al momento del decesso, aveva già un'aspettativa di vita ridotta a causa di patologie preesistenti. Gli autori criticano i metodi di calcolo attuali basati su criteri puramente equitativi o proporzionali, ritenendoli inadeguati e potenzialmente iniqui. Viene proposta una nuova metodologia che si basa sul sistema a punti introdotto dalle Tabelle di Milano del 2022, articolato in cinque categorie situazionali (età della vittima, età del superstite, convivenza, sopravvivenza di altri parenti, intensità del rapporto). Gli autori sostengono che la ridotta aspettativa di vita dovrebbe incidere esclusivamente sulla prima categoria (età della vittima), lasciando inalterate le altre quattro. La proposta suggerisce di modificare solo il punteggio relativo all'età della vittima, equiparandolo a quello di una persona sana con la medesima aspettativa di vita residua. Ad esempio, per un quarantacinquenne con aspettativa di vita di 10 anni (anziché i normali 37), si dovrebbe utilizzare il punteggio previsto per un settantaduenne sano, che ha statisticamente la stessa aspettativa residua di vita. Questo approccio mira a garantire una valutazione più equa e corretta del danno, superando le criticità dei metodi attuali e rispettando il principio dell'integrale riparazione del danno.

1. Premessa

Il problema della quantificazione del danno da morte anticipata rappresenta una delle questioni più delicate nell'ambito della responsabilità civile, in particolare nel contesto della responsabilità sanitaria. Il sistema di risarcimento a punti elaborato dal Tribunale di Milano nel 2022 ha introdotto un metodo "innovativo" (in realtà, ispirato alle tabelle di Roma e avallato dalla giurisprudenza di Cassazione) per calcolare il danno non patrimoniale da morte, basato sull'attribuzione di un punteggio assegnato ai familiari della vittima deceduta. Il sistema è stato sviluppato per uniformare i risarcimenti e per rispondere alle esigenze di maggiore chiarezza e prevedibilità nelle decisioni giuridiche, rispetto al precedente format basato su importi variabili all'interno di un range prestabilito da apposite "forchette".

In sintesi, il metodo di risarcimento a punti introdotto dal Tribunale di Milano nel 2022 offre un criterio più dettagliato e flessibile per quantificare il danno non patrimoniale (ai prossimi congiunti) derivante dalla morte di una persona, basato su criteri oggettivi e facilmente applicabili nelle varie situazioni. Un problema, però, si pone (con il rischio di restare insoluto) nel caso in cui la vittima del sinistro abbia, al momento dell'evento, una aspettativa di vita già pregiudicata dalla preesistenza di una patologia che ne riduca, più o meno sensibilmente, le speranze di sopravvivenza futura. Si parla solitamente, in questi casi, di "perdita *anticipata* del rapporto parentale".

2. La criticità dei metodi di calcolo attuali

La giurisprudenza di legittimità, già con Cassazione nr. 15991/2011[1], aveva messo in luce la necessità di ridimensionare il risarcimento in casi consimili: "Il danneggiato, già in condizioni invalidanti idonee a condurlo alla morte a prescindere da eventuali condotte di terzi, decede a seguito dell'intervento (commissivo od omissivo): la risarcibilità iure proprio del danno patrimoniale e non patrimoniale - riconosciuto ai congiunti - potrà subire un ridimensionamento *in considerazione del verosimile arco temporale in cui i congiunti avrebbero potuto ancora godere*, sia sul piano affettivo che economico, del rapporto con il soggetto anzitempo deceduto".

A tal proposito, i criteri di liquidazione proposti dalla giurisprudenza sono i seguenti:

1. Equità pura (Tribunale di Modena, Tribunale di Milano);

2. Proporzionalità rispetto al danno catastrofale: "Reputa la Corte che sia corretto, sul piano equitativo, tenuto conto dell'assenza di allegazioni più circostanziate di quelle sopramenzionate in merito alla reale alterazione della vita familiare e allo sconvolgimento delle abitudini di vita, tenuto altresì conto del fatto che il dante causa sarebbe comunque deceduto due anni e due mesi dopo, liquidare a ciascuna delle eredi somma pari alla metà di quella complessivamente liquidata *iure hereditario*, ossia 17.500,00 Euro a testa, per complessivi Euro 35.000,00" (Corte d'Appello di L'Aquila, 08.02.2019).

3. Proporzionalità tra aspettativa di vita media e aspettativa di vita effettiva al momento del decesso: "Cosi', se l'importo liquidabile in favore del coniuge superstite sarebbe stato pari, in ipotesi di aspettativa di vita media del congiunto, ad euro 220.000,00, la minore aspettativa di vita del C. giustifica una liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale in favore della moglie nell'importo pari ad euro 137.500,00 (220.000,00: 16 = x: 10). Analogamente, effettuando il medesimo calcolo, l'importo liquidabile in favore del figlio ammonta ad euro 68.750,00 (110.000,00: 16 = x: 10) (Tribunale di La Spezia, 21.09.20).

4. Proporzionalità rispetto a un danno biologico permanente del 100% da usare come "pietra di paragone": "Il danno va liquidato: a) determinando la somma che sarebbe spettata alla vittima nel caso di invalidità permanente al 100%; b) dividendo tale somma per il numero

[1] Corte di Cassazione, sezione III civile, sentenza 21 luglio 2011, n. 15991, Pres. - Rel. Travaglino

di anni della vittima; c) moltiplicando il risultato per il numero degli anni di possibile sopravvivenza; d) calcolando sull'importo così ottenuto la percentuale di possibilità di sopravvivenza perduta" (App. Napoli n. 4796/2024).
I metodi di cui sopra, basandosi sull'equità ovvero su una mera proporzione matematica rispetto all'aspettativa di vita residua o addirittura su punti di riferimento ultronei e non pertinenti (come l'invalidità permanente totale), risultano generici, inadeguati e potenzialmente iniqui.
Tali approcci possono facilmente condurre a risultati paradossali, come il riconoscimento di un risarcimento significativamente inferiore per il coniuge di un soggetto con aspettativa di vita ridotta rispetto a quello spettante al coniuge di un soggetto sano ma molto anziano (e, quindi, con un orizzonte esistenziale ugualmente "risicato").

3. *Ratio* sottesa alla proposta metodologica

La soluzione metodologica avanzata dagli scriventi si basa su un sistema più equilibrato che tiene conto della struttura delle più recenti e succitate tabelle a punti di Milano, oggi articolate in cinque distinte "categorie situazionali".
La proposta muove da una considerazione lapalissiana: la ridotta aspettativa di vita incide esclusivamente sulla prima delle cinque categorie (età della vittima), lasciando inalterate le altre quattro (età del superstite, convivenza, sopravvivenza di altri parenti, intensità del rapporto).
Infatti, l'unica differenza tra le due fattispecie (soggetto deceduto con aspettativa di vita "ordinaria" ovvero "normale" e soggetto deceduto con aspettativa di vita pregiudicata da pregresse comorbilità, e quindi inferiore rispetto alla "speranza" di vita statistica) risiede nel numero di anni che – prevedibilmente, *rebus sic stantibus* – i due soggetti degli esempi testè richiamati hanno di fronte a sé.
Per contro, in entrambi i casi (*id est*: in *qualsiasi* caso di sinistro mortale) non vengono "toccate" (né vi è ragione perché lo siano) le altre quattro categorie situazionali delle tabelle meneghine: età dei superstiti, numero dei superstiti, convivenza, intensità della relazione.
E ciò trova un compiuto avallo nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui "la durata della vita residua del danneggiato incide in misura diversa sul danno dinamico-relazionale rispetto al danno da sofferenza interiore: mentre per il primo le conseguenze pregiudizievoli si moltiplicano proporzionalmente alla durata della vita residua, per il secondo la sofferenza ha una dimensione atemporale che si manifesta con massima intensità nell'immediato e col tempo è destinata non a scomparire ma a cambiare" (Cass. civ. n. 26185/2024[2]).
La Cassazione ha, In proposito, affermato che "causare la morte d'un ottantenne sano, che ha dinanzi a sé cinque anni di vita sperata, non diverge, ontologicamente, dal causare la morte d'un ventenne malato che, se correttamente curato, avrebbe avuto dinanzi a sé ancora cinque anni di vita; l'unica differenza tra le due ipotesi sta nel fatto che, nel primo caso, la vittima muore prima del tempo che gli assegnava la statistica demografica, mentre, nel secondo caso, muore prima del tempo che gli assegnava la statistica clinica" (Cass. civ. n. 35998/2023[3]).
Nello stesso senso, anche altre pronunce della giurisprudenza di legittimità: "In tema di responsabilità sanitaria per omessa o ritardata diagnosi di patologia tumorale, sussiste il nesso causale tra la condotta omissiva e il danno quando una diagnosi tempestiva avrebbe consentito di intervenire sulla patologia in fase precoce, garantendo al paziente maggiori possibilità di sopravvivenza e una migliore qualità della vita residua" (Cass. civ. n. 29150/2024).
La Suprema Corte ha inoltre chiarito che "il danno da perdita anticipata della vita va distinto da quello da perdita di chance di sopravvivenza, posto che, se la morte è intervenuta, l'incertezza eventistica che caratterizza la chance è stata smentita dall'evento" (Cass. civ. n. 12279/2024[4]).

4. Proposta metodologica

Innanzitutto, sul piano lessicale e semantico si propone di abbandonare la dizione "danno da perdita *anticipata* del rapporto parentale".
Infatti, il decesso di un soggetto determina *sempre* la perdita anticipata del rapporto parentale: sia laddove il decesso colpisca una vittima "sana" (e dunque con una aspettativa di vita ordinaria e desumibile dalle statistiche di settore) sia laddove il decesso colpisca una vittima già precedentemente pregiudicata da comorbilità pregresse. In entrambi i casi, la morte arriva "prima" del dovuto.
Semmai, una dicitura più corretta sarà: "*danno ai prossimi congiunti per intervenuto decesso di un soggetto con pregiudicata aspettativa di vita*".
Le tabelle di Milano, come dianzi ricordato, si strutturano in un "sistema a punti" articolato in cinque distinte "categorie situazionali" (età della vittima, età del superstite, convivenza, sopravvivenza di altri parenti, intensità del rapporto) ciascuna delle quali risulta "destinataria" di un certo punteggio.
Ora, come parzialmente anticipato nel paragrafo precedente, a ben vedere la eventuale ridotta speranza di vita di un soggetto già pregiudicato per altre cause nella sua concreta aspettativa esistenziale (rispetto a quella "media" nazionale dei suoi coetanei) va ad "impattare" esclusivamente sulla prima delle cinque "categorie situazionali" testè menzionate.
Infatti, in entrambe le ipotizzate situazioni (aspettativa di vita ordinaria in base alla media statistica nazionale e aspettativa di vita pregiudicata da comorbilità pregresse) ben quattro delle cinque predette categorie non sono affatto "intaccate", in quanto l'eventuale comorbilità pregressa (dovuta a causa

[2] Corte di Cassazione, III civile, ordinanza 7 ottobre 2024, n. 26185 – Relatore Cons. Ianniello.
[3] "…In ragione dell'inconfigurabilità di un danno tanatologico, la perdita della vita anticipatamente rispetto a quando si sarebbe verificata per causa non imputabile al responsabile non integra un danno risarcibile per colui che la subisce (invocabile, dunque, iure successionis dai suoi eredi), potendo, invece, configurarsi come pregiudizio da perdita del rapporto parentale, risarcibile iure proprio in favore dei congiunti, rispetto al quale la durata presumibile della residua sopravvivenza della vittima primaria rileva quale parametro per la relativa liquidazione equitativa. (Cass. Civ. 27 dicembre 2023, n. 35998)".
[4] "…se la vittima vivente al momento dell'introduzione del giudizio, è deceduta al momento della liquidazione del danno - come nel caso che qui occupa: «a) se è certo che l'errore medico abbia causato la morte anticipata del paziente, si ricadrà nell'ipotesi di cui sopra…"

estranea alla condotta illecita altrui) va ad incidere solo sulla prima categoria situazionale (vale a dire l'età della vittima e, più precisamente, la distanza cronologica tra tale età anagrafica e la data di presumibile morte futura).
Ergo, è del tutto scorretto, sul piano concettuale e operativo, "abbattere" a colpi di metaforica accetta, l'importo del risarcimento dovuto (in applicazione delle succitate tabelle) ai prossimi congiunti di una vittima primaria la quale vanti, al momento del decesso, una speranza di vita inferiore alla media dei suoi coetanei.
L'unico "intervento" di *labor limae* ipotizzabile, in quanto ragionevolmente allineato ai criteri milanesi, potrebbe consistere, eventualmente, in una "riduzione" del punteggio previsto tabellarmente con precipuo riferimento all'età anagrafica della vittima.
Si tratterà, molto semplicemente, di andare a individuare nella prima categoria situazionale, quale sarebbe il punteggio spettante ad un soggetto che dovesse trovarsi "naturalmente" (e cioè senza comorbilità pregresse) nelle stesse condizioni della sventurata vittima afflitta da malattie. E ciò, ovviamente, con riferimento alla speranza di vita espressa in "anni mancanti" prima della prevedibile fine.
Poniamo l'esempio di un uomo quarantacinquenne il quale venga a mancare, per effetto di un atto illecito altrui (come una malpractice medica) in un momento della vita in cui la di lui aspettativa non era di 37 anni (come per tutti i suoi coetanei), ma di 10.
Ebbene, egli si troverà nelle condizioni di un settantaduenne in normali condizioni di salute: infatti, un maschio italiano settantaduenne, in base alle statistiche ISTAT, ha di fronte a sé circa dieci anni di vita. Dunque, si dovrà – in sede di stima e liquidazione del danno spettante ai prossimi congiunti del quarantacinquenne del nostro esempio – assegnare in sede di computo (per la categoria situazionale "età della vittima primaria") non già 14 punti, ma 8.
Dovranno, invece, restare inalterati i punteggi estrapolati, rispetto al medesimo caso, per le altre quattro categorie situazionali. Nessuna delle quali, come già detto, viene in alcun modo alterata dalle pregiudicate condizioni della vittima primaria dovute a pregresse comorbilità.

5. Conclusioni

Questo approccio metodologico rappresenta una soluzione equilibrata che, superando le criticità degli attuali criteri di calcolo puramente proporzionali, garantisce una più corretta ed equa valutazione del danno da morte anticipata, nel rispetto sia dei principi di integrale riparazione del danno che delle peculiarità del caso concreto.

La straordinaria risorsa, ancora poco conosciuta, della pianificazione condivisa delle cure

di **Daniele Rodriguez** e **Anna Aprile**

Sommario: 1. Premessa. 2. La pianificazione anticipata delle cure in Italia prima della legge n. 219 del 2017. 3. La pianificazione condivisa delle cure (PCC) nella legge n. 219. 3.1. Pianificazione "condivisa" e non "anticipata". 3.2. Differenze, analogie e relazioni fra PCC e DAT. 3.3. I partecipanti alla PCC e la relazione di cura. 3.4. Le patologie di interesse per la PCC. 3.5. L'attivazione della procedura della PCC. 3.6. La PCC e l'informazione preliminare. 3.7. Lo svolgimento dell'incontro in cui si elabora la PCC. 3.8. La PCC come vincolo per il medico e l'équipe curante. 3.9. Il fiduciario e la persona di fiducia. 3.10. La PCC e la rinuncia ai trattamenti salva-vita. 3.11. La PCC e la richiesta di aiuto medico a morire. 3.12. L'aggiornamento della PCC. 3.13. La formazione del personale e l'informazione al pubblico sul tema della PCC. 4. Spunto conclusivo: la PCC come evoluzione del consenso informato.

Abstract: La legge 22 dicembre 2017, n. 219 ha introdotto in Italia lo strumento della pianificazione condivisa delle cure (PCC) analoga alla pianificazione anticipata delle cure (ACP) adottata nel contesto internazionale e in particolare nel Regno Unito, nell'ambito del *National Health Service.* Il codice di deontologia medica, nella stesura del 2014, tuttora vigente, ha recepito lo strumento della "pianificazione anticipata delle cure", corrispondente alla ACP. Nel saggio, è commentato il contenuto dell'art. 5 della legge n. 219, che contempla la adozione della PCC (a sua volta analoga alla ACP) nella relazione di cura e di fiducia fra paziente, medico ed équipe sanitaria; sono presentati i temi delle procedure della PCC e del suo aggiornamento, della previa attività di informazione al paziente, del rispetto della PCC da parte della l'équipe sanitaria, del ruolo dei familiari, della persona di fiducia e del fiduciario. Sono discusse alcune questioni problematiche quali: la rinuncia ai trattamenti salva-vita e la richiesta di aiuto medico a morire nell'ambito della PCC nonché la formazione del personale e l'informazione al pubblico in materia di PCC.
La PCC, spostando l'interesse sul progetto di cura, ridefinisce l'abituale concetto dell'attualità del consenso della persona all'intervento sanitario, evidenziando che l'attualità è da intendere in senso logico e non cronologico; comunque, il focus non è la contestualità cronologica tra espressione del consenso e specifico atto medico ma l'adesione logica ad un progetto globale di cura che si proietta nel tempo.

1. Premessa

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" ha introdotto, rispettivamente negli articoli 4 e 5, due nuovi strumenti: le disposizioni anticipate di trattamento (DAT) e la pianificazione condivisa delle cure (PCC).
La scelta di citare nel titolo della legge n. 219 le DAT e non la PCC non ha contribuito a far conoscere l'esistenza di quest'ultima. Negli anni successivi all'emanazione della legge, vi è stata un'attenzione mediatica prevalentemente dedicata alle DAT che hanno guadagnato notorietà. Questo ha portato a una relativa scarsa conoscenza nel pubblico della PCC, nonostante la sua importanza e utilità quale strumento di tutela della salute. Anche la pubblicistica scientifica – giuridica e medica – si è prevalentemente interessata alle DAT, pur non trascurando, soprattutto negli ultimi anni, la PCC.
Questo sbilanciamento è strano perché si tratta di strumenti analoghi, dato che sia le DAT sia la PCC condividono l'obiettivo di permettere alla persona di esprimere anticipatamente le proprie volontà in materia di scelte di salute. La disparità di attenzione scaturisce probabilmente dal fatto che il tema delle DAT era discusso da tempo anche nel nostro paese, mentre la procedura della pianificazione anticipata delle cure, denominata PCC nella legge n. 219, era ignota ai più prima della entrata in vigore di tale legge.
Dal punto di vista pratico, la realtà è che, nonostante la sua semplicità, l'adozione della PCC è stata finora limitata, sebbene esistano esempi di applicazione efficace.[1] [2] La sua diffusione richiede un'opera di educazione e informazione da parte delle strutture sanitarie ed un cambio di mentalità, sia tra i professionisti sanitari[3] sia tra i cittadini, per superare la focalizzazione sulle DAT e valorizzare il dialogo e la condivisione nelle decisioni di cura.
Allo scopo sono utili alcune indicazioni preliminari relative al contesto internazionale in cui questa procedura è sorta. In particolare, nel Regno Unito, nell'ambito del *National Health Service*, [4] [5] è possibile distinguere la *advance care planning* (pianificazione anticipata delle cure; ACP) dalla *general care planning* (pianificazione generale delle cure; GCP). Entrambe

[1] BEVILACQUA - BOLCATO - RODRIGUEZ - APRILE, *Shared care plan: an extraordinary tool for the personalization of medicine and respect for self-determination*, in *Acta Biomed.,* 2020, 92 ss.
[2] APRILE - AZZALINI, *L'attuazione della pianificazione condivisa delle cure in ambito ospedaliero. L'esperienza dell'Azienda Ospedale Università di Padova*, in *Biolaw J.*, 2025, 1, 231 ss.
[3] GUERRONI - ANDRICCIOLA, *Il medico di medicina generale e la legge 219: lo stato dell'arte a cinque anni dalla promulgazione. Una survey nazionale*, in *Riv. It. Cure Palliative*, 2024, 3 ss.
[4] NHS END OF LIFE CARE, *Advance Care Planning: A Guide for Health and Social Care Staff*, in https://www.ncpc.org.uk/sites/default/files/AdvanceCarePlanning.pdf .
[5] NHS IMPROVING QUALITY. *Capacity, care planning and advance care planning in life limiting illness*, in https://www.england.nhs.uk/improvement-hub/wp-content/uploads/sites/44/2017/11/ACP_Booklet_2014.pdf.

possono riguardare qualsiasi aspetto della salute e dell'assistenza sociale, rispettivamente attuale, la GPC, e futura, la ACP. La prima fornisce al *team* multidisciplinare un generico piano d'azione e la seconda lo rende specificamente consapevole dei desideri e delle preferenze del paziente nella prospettiva che egli perda la capacità di autodeterminarsi. La GPC si concentra sulla situazione attuale del pazienti e riguarda decisioni sulle esigenze attuali, la ACP riguarda le preferenze che dovranno dirigere le decisioni sull'assistenza futura. La ACP è specificamente utilizzata in un contesto di malattia progressiva e nella previsione di un peggioramento;[6] è altresì avviata quando è necessario prendere decisioni sulla fine del ciclo di vita, il che implica una pianificazione *ad hoc* dell'assistenza.

La ACP è comunque un processo volontario e può comportare la registrazione scritta dei desideri del paziente; qualora questi perda la capacità di autodeterminarsi, i professionisti della salute faranno uso delle informazioni ivi contenute quale guida nel processo decisionale.

La ACP può essere quindi definita come "un processo che supporta gli adulti di qualsiasi età o fase di salute nella comprensione e condivisione dei propri valori personali, obiettivi di vita e preferenze in merito alle future cure mediche. L'obiettivo della ACP è quello di aiutare a garantire che le persone ricevano cure mediche coerenti con i propri valori, obiettivi e preferenze durante malattie gravi e croniche";[7] oppure, come "un processo per facilitare la comunicazione sui valori, gli obiettivi e le preferenze di cura del paziente con gli operatori sanitari e i propri cari. Le recenti concettualizzazioni dell'ACP sottolineano l'importanza di un processo continuo e iterativo che prepara i pazienti e i loro decisori delegati a prendere decisioni migliori al momento in merito alle cure";[8] oppure ancora, in massima sintesi, come "il processo tramite il quale i pazienti possono prendere decisioni sulla loro futura assistenza sanitaria qualora dovessero perdere la capacità".[9]

2. La pianificazione anticipata delle cure in Italia prima della legge n. 219 del 2017

Il codice di deontologia medica, nella stesura del 2014, tuttora vigente, ha recepito lo strumento della ACP, che, nella traduzione "pianificazione anticipata delle cure", è citata in modo incidentale, e disciplinata solo in relazione agli aspetti della sua registrazione formale nella cartella clinica, nel secondo comma dell'art. 26: "Il medico ... nella cartella clinica ... registra il decorso clinico assistenziale nel suo contestuale manifestarsi o nell'eventuale pianificazione anticipata delle cure nel caso di paziente con malattia progressiva, garantendo la tracciabilità della sua redazione." Il codice di deontologia medica considera dunque la tipologia "anticipata" della pianificazione delle cure, senza menzionare quella "generale", corrispondente alla GCP. È fuor di dubbio che il codice di deontologia si riferisca specificamente all'ACP, poiché è precisato che la pianificazione anticipata delle cure concerne pazienti con "malattia progressiva", espressione che sta a caratterizzare la crescente evoluzione della alterazione patologica e che corrisponde al lessico della lingua inglese (*progressive illness*) relativo all'ambito di operatività dell'ACP. È imperscrutabile la ragione per cui, nel codice di deontologia medica, la pianificazione anticipata delle cure sia menzionata solo relativamente al dovere di registrarla in cartella clinica, senza fornire indicazione alcuna circa il suo significato e i suoi obiettivi.

Il codice di deontologia medica non riporta le procedure della elaborazione della pianificazione anticipata delle cure, non ne descrive il contenuto né prescrive che esso sia concordato con il paziente e rispettato dal medico in caso di sopravvenuta incapacità del paziente ad esprimere la propria volontà. Non è tuttavia concepibile che il codice di deontologia medica, che sostiene il principio dell'autodeterminazione del paziente, contempli una pianificazione anticipata delle cure non approvata dal paziente e non persistentemente vincolante il medico. È dunque pacifico, ancorché non esplicitato testualmente, che la pianificazione anticipata delle cure propugnata in Italia dal codice di deontologia medica abbia lo stesso significato che in ambito internazionale è riconosciuto alla ACP.

Pertanto, la pianificazione delle cure riportata in forma scritta dal medico in cartella clinica è espressione della volontà libera e consapevole del paziente circa la gestione dei provvedimenti sanitari, globalmente connessi alla malattia di cui è portatore ed alla sua prevedibile progressiva evoluzione, di ambo le quali è stato reso edotto dallo stesso medico.

Quindi, nella concezione – inespressa ma attendibile – del codice di deontologia medica, la pianificazione anticipata delle cure vincola il medico, in caso di sopravvenuta incapacità del paziente, al rispetto della volontà espressa da quest'ultimo in passato, quando, consapevole, aveva convenuto su detta pianificazione.

L'indicazione dell'art. 26 di esprimere in forma scritta, in cartella clinica, la pianificazione delle cure va intesa come manifestazione di rispetto della dignità del paziente, nel senso che la redazione scritta favorisce il fatto che la sua volontà sia conosciuta da qualsiasi medico abbia a disposizione quella cartella clinica, nel caso intervenga su quel paziente quando questi sia divenuto incapace di autodeterminarsi. Conformemente, il richiamo alla tracciabilità, che figura sempre nell'art. 26, è volto a consentire ad altri professionisti sanitari, intervenuti successivamente nella cura della persona, di identificare ed interpellare, per eventuali chiarimenti, il medico che ha concordato con il paziente e riportato in cartella clinica la pianificazione delle cure.

La cripticità con cui si esprime il codice di deontologia medica sembra quasi dare per scontato che la pianificazione anticipata delle cure faccia parte del bagaglio culturale del

---

[6] MULLICK - MARTIN - SALLNOW, *An introduction to advance care planning in practice*, in *B.M.J.,* 2013, 347 ss.

[7] SUDORE - LUM - YOU - HANSON - MEIER - PANTILAT - MATLOCK - RIETJENS - KORFAGE - RITCHIE - KUTNER - TENO - THOMAS - MCMAHAN - HEYLAND, *Defining Advance Care Planning for Adults: A Consensus Definition from a Multidisciplinary Delphi Panel*, in *J. Pain Symptom Manage.*, 2017, 821 ss.

[8] STEVENS - MIRANDA - PYPE - EECLOO - DELIENS - DE VLEMINCK - PARDON, *Complex advance care planning intervention in general practice (ACP-GP): a cluster-randomised controlled trial*, in *Br. J. Gen. Pract.*, 2024, e78 ss.

[9] OWEN - STEEL, *Advance care planning: what do patients want?*, in *Br. J. Hosp. Med.*, 2019, 263 ss.

medico italiano e che sia solo da puntualizzare il fatto che essa vada registrata in cartella clinica in modo che la sua redazione sia tracciabile.

In realtà non è possibile sostenere che nel 2014, all'epoca cioè della stesura del codice di deontologia, il concetto di pianificazione anticipata delle cure fosse diffuso tra i medici. Un cenno alla "pianificazione delle cure" compare nel 2011 in un manuale di medicina legale[10] a proposito – curiosa coincidenza – della opportunità di riportarla in cartella clinica ed in un altro volume in materia di documentazione clinica.[11]

È del 22 aprile 2013 l'approvazione da parte del Consiglio Direttivo SIAARTI del documento "Grandi insufficienze d'organo "*end stage*": cure intensive o cure palliative? - "documento condiviso" per una pianificazione delle scelte di cura".[12] In questo documento si legge: "Posto che non esiste ancora, né nella normativa né nella letteratura del nostro paese, un termine condiviso per riferirsi a questa pratica di "advance care planning", si propone di sostituire il termine "pianificazione anticipata delle cure" (la pianificazione è in fondo sempre anticipata) con "pianificazione condivisa delle cure". Riteniamo importante inserire l'aggettivo "condiviso" per due essenziali motivi. La condivisione, senza nulla togliere al ruolo propulsivo dei professionisti sanitari, è anzitutto una forte garanzia per evitare che il paziente sia sottoposto a trattamenti sproporzionati in eccesso …; in secondo luogo, è strumento di garanzia che il paziente sia sottoposto a trattamenti che lui stesso avrebbe considerato proporzionati …".

In realtà, il documento SIAARTI, che menziona la pianificazione 14 volte, solo in cinque di esse la qualifica come "anticipata"; tutte le altre volte non la qualifica così, citandola o da sola (una volta) o specificando "delle scelte di cura" (una volta, nel titolo) o "di fine vita" (una volta) o "delle cure" (sei volte).

La pianificazione delle scelte di cura presentata in quel documento è stata oggetto, nell'anno successivo, di ulteriori articoli di commento e di analisi fra loro coordinati.[13] [14] [15] Nel primo di questi articoli vi è un glossario, in cui il "Processo condiviso di Advance Care Planning (ACP)" è descritto riprendendo il contenuto del passo poco sopra citato.

Pare quindi di poter sostenere che il modo, quasi sommesso, con cui è stata inserita nel codice di deontologia medica la pianificazione anticipata delle cure, è discutibile, perché così non è stato dato rilievo ad una novità assoluta, che avrebbe meritato di essere valorizzata; per esempio, nell'ampiamente rinnovato art. 20 di detto codice, dedicato specificamente alla "Relazione di cura", avrebbe potuto essere accolta una frase relativa alla pianificazione delle cure, nei suoi diversi aspetti. Rimane il fatto che è altamente positiva la scelta di aver comunque inserito nel codice di deontologia questo strumento, affermandone in modo implicito il grande valore.

Le indicazioni di detto codice, per quanto veramente sintetiche, hanno avuto dunque il pregio di promuovere la conoscenza dello strumento della pianificazione delle cure e di stimolare la riflessione sul suo significato e sulle modalità di applicazione.

Dopo il documento SIAARTI del 2013 e l'emanazione nel 2014 dell'attuale versione del codice di deontologia medica, nei testi scritti compaiono alternativamente gli aggettivi "condivisa" e "anticipata": nel 2015, in due articoli, si menziona l'opportunità della pianificazione "anticipata" delle cure[16] in particolare nel fine vita[17]; sempre nel 2015 un documento del Comitato Scientifico Fondazione Cortile dei Gentili[18] dedica un paragrafo alla "pianificazione condivisa di cure"; in un parere del 2016 del Comitato nazionale per la bioetica[19] è reiterato il richiamo alla pianificazione delle cure, diversamente aggettivata ("condivisa" e "anticipata") nei vari passi; la Rivista Italiana di Medicina Legale dedica nel 2016 un *focus* a "Pazienti *end stage* e pianificazione condivisa delle cure" con svariati contributi. [20] [21] [22] [23] [24]

3. La pianificazione condivisa delle cure (PCC) nella legge n. 219

La legge 22 dicembre 2017, n. 219 introduce lo strumento della PCC, specificamente disciplinato dall'art. 5, che afferma il principio che la PCC vincola il medico e l'équipe sanitaria

---

[10] ZAGRA - ARGO - ZERBO, *Cartella clinica,* in ZAGRA - ARGO - MADEA (a cura di), *Medicina legale orientata per problemi,* Milano, 2011, 213.

[11] DE GAUDIO - LANINI, *È necessaria una cartella etica in terapia intensiva?,* Firenze, 2013, 59 ss.

[12] SIAARTI - GRUPPO DI STUDIO BIOETICA - Coordinatore GIANNINI, *Grandi insufficienze d'organo "end stage": cure intensive o cure palliative? - "documento condiviso" per una pianificazione delle scelte di cura,* in https://www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/2554/24383/7/1eb56593f0926dc1537883d780290e66.pdf/file/INSUFFICIENZE_CRONICHE_END_STAGE.pdf.

[13] GRISTINA - ORSI - CARLUCCI - CAUSARANO - FORMICA - ROMANÒ, *Parte I. Il percorso clinico e assistenziale nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Prog. Med.*, 2014, 9 ss.

[14] GRISTINA - ORSI - CARLUCCI - CAUSARANO - FORMICA - ROMANÒ, *Parte II. Evidenze scientifiche nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Prog. Med.*, 2014, 25 ss.

[15] BARBISAN - CASONATO - PALERMO FABRIS - PICCINNI - ZATTI, *Parte III. Aspetti etici e giuridici nelle insufficienze croniche d'organo "end-stage". Documento di consenso per una pianificazione condivisa delle scelte di cura*, in *Recenti Prog. Med.*, 2014, 40 ss.

[16] PROVINCIALI - TARQUINI - DE FALCO - CARLINI - ZAPPIA - TONI, *La dimensione delle cure palliative in neurologia*, in *Recenti Prog. Med.*, 2015, 316 ss.

[17] PERUSELLI, *Le cure palliative precoci*, in *Recenti Prog. Med.,* 2015, 201 ss.

[18] COMITATO SCIENTIFICO FONDAZIONE CORTILE DEI GENTILI, *Linee propositive per un diritto della relazione di cura e delle decisioni di fine vita*, in *Recenti Prog. Med.,* 2015, 548 ss.

[19] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, in https://bioetica.governo.it/media/1804/p122_2016_sedazione_profonda_it.pdf.

[20] VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1139 ss.

[21] EUSEBI, *Appunti per una pianificazione terapeutica condivisibile*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1155 ss.

[22] ZUPPIROLI, *Il documento della SIAARTI sulle grandi insufficienze d'organo "end-stage"*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1171 ss.

[23] MARTELLONI - D'ERRICO, *Fine vita e pianificazione delle cure: una valutazione medico-legale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1181 ss.

[24] CANESTRARI, *Consenso, rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari. Audizione presso la Commissione affari sociali della Camera dei deputati (28 aprile 2016),* in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1201 ss.

qualora il paziente perda la capacità di operare scelte consapevoli in merito alla propria salute.
L'art. 5 consta di cinque commi che, rispettivamente, riguardano: il comma 1, le circostanze della realizzazione delle PCC ed il vincolo che essa comporta; il comma 2, la previa informazione; il comma 3, l'espressione del consenso da parte del paziente e la sua eventuale indicazione di un fiduciario; il comma 4, la forma che devono assumere i due precedenti atti nonché la facoltà di aggiornare la PCC; il comma 5, gli aspetti non espressamente disciplinati dall'art. 5.
Nel commento che segue sono enucleate tematiche che riprendono, sia pure con diversa impostazione sistematica, gli argomenti dei cinque commi, tenendo conto delle valutazioni degli studiosi che hanno pubblicato specificamente sul tema della PCC [25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33] [34] [35] [36] [37] o che la hanno considerata in lavori relativi alla legge n. 219.[38]

3.1. Pianificazione "condivisa" e non "anticipata"

Nella originaria proposta di legge n. 1142 "Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico" dei deputati Mantero, Cecconi, Baroni, Dall'Osso, Di Vita, Silvia Giordano, Grillo, Lorefice, presentata il 4 giugno 2013 alla Camera dei Deputati, non era menzionata alcuna pianificazione delle cure.
È nella proposta di legge n. 3730 dei deputati Marazziti, Capelli, Fauttilli, Gigli, Santerini "Disposizioni in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, di consenso informato e di pianificazione condivisa dei trattamenti sanitari", presentata il 7 aprile 2016, che figura la locuzione e si intende la "dichiarazione anticipata di trattamento (DAT) quale strumento nella costruzione della consensualità della relazione di cura, di pianificazione condivisa delle cure..." (art. 1).
Il testo unificato delle proposte di legge nn. 1142-1298-1432-2229-2264-2996-3391-3561-3584-3586-3596-3599-3630-3723-3730-3970, approvato dalla XII Commissione permanente (Affari sociali) della Camera il 2 marzo 2017, contempla all'art. 4 la "PCC" disciplinandola in forma molto simile al testo dell'art. 5 della legge n. 219.
Il 15 marzo 2013 era comunicato alla Presidenza del Senato il disegno di legge n. 13 d'iniziativa dei senatori Manconi e Corsini "Norme in materia di relazione di cura, consenso, urgenza medica, rifiuto e interruzione di cure, dichiarazioni anticipate", il cui art. 15 era dedicato alla "programmazione anticipata e condivisa delle cure".
La locuzione "pianificazione anticipata delle cure" era, all'epoca dei lavori parlamentari, contenuta nel documento SIAARTI "Grandi insufficienze d'organo "*end stage*": cure intensive o cure palliative?"[39] che, come già riferito, si proponeva di sostituire il termine "pianificazione anticipata delle cure" con "pianificazione condivisa delle cure".
La legge n. 219 sembra dunque aver accolto – opportunamente, ad avviso di chi scrive – l'invito a non caratterizzare la pianificazione con l'aggettivo "anticipata", inutile e pleonastico perché la pianificazione *è sempre anticipata*, e a valorizzare nel contempo l'aspetto della condivisione, adottando la locuzione "pianificazione condivisa delle cure", che afferma l'autodeterminazione della persona e dà forza e contenuto alla relazione di cura e di fiducia fra medico e paziente.
La PCC contemplata dalla legge n. 219 è da considerare sovrapponibile alla pianificazione anticipata delle cure citata nel codice di deontologia medica, nonostante la differenza terminologica e gli scarsi dettagli esplicativi riportati in detto codice.

3.2. Differenze, analogie e relazioni fra PCC e DAT

La PCC è strumento diverso dalle DAT contemplate dalla legge n. 219 all'art. 4, il cui comma 1 recita: "Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. …"
Sono evidenti le differenze logiche fra DAT e PCC, pur essendo entrambe veicolo di autodeterminazione della

---

[25] CASONATO, *Taking sick rights seriously: la pianificazione delle cure come paradigma di tutela delle persone malate*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, 949 ss.
[26] BENCIOLINI, *Art. 5 "Pianificazione condivisa delle cure"*, in *Biolaw J.*, 2018, 1, 64 ss.
[27] VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *Biolaw J.*, 2018, 1, 66 ss.
[28] BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *Biolaw J.*, 2018, 2, 97 ss.
[29] AMRAM - COMANDÈ, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e pianificazione condivisa delle cure: introduzione ad un percorso guidato nel dibattito scientifico sulla legge n. 219/2017*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2018, 931 ss.
[30] VALENTI - MOGGIA, *Il Testamento Biologico come strumento per una buona cura: la pianificazione anticipata e condivisa delle cure*, in *Scenario*, 2018, 13 ss.
[31] ZULLO, *Il diritto alla pianificazione anticipata e condivisa delle cure tra autonomia e vulnerabilità*, in *Future Science and Ethics*, 2018, 3, 18 ss.
[32] BALDINI, *La pianificazione condivisa delle cure: prime riflessioni a margine della l. 219/17*, in FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017 Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019, 129 ss.
[33] CEMBRANI, *C'è davvero qualcosa che non funziona nei percorsi di formalizzazione della volontà anticipata? Insistere sulle DAT o investire meglio e di più sulla pianificazione condivisa della cura (ACP)?*, in *G. Ital. Nefrol.*, 2022, 9, 79 ss.
[34] TANTARDINI - PELIZZARI, *Introduzione della pianificazione condivisa delle cure (PCC) in emodialisi: un progetto pilota per l'applicazione della Legge 219/2017 nei Centri Dialisi*, in *G. Ital. Nefrol. 2024*, 1, 108 ss.
[35] STELLATO - ROMANÒ, *Informazione al malato e alla famiglia. Legge 219/2017: pianificazione condivisa delle cure, disposizioni anticipate di trattamento, "do not attempt resuscitation order"*, in *Riv. It. Cure Palliative*, 2024, 108 ss.
[36] FANTINI - CATALANO - POGGI - ERCOLANO - HRUBY - CAMPANELLO - DE PANFILIS - AMARRI, *La pianificazione condivisa delle cure in età pediatrica: un vademecum per i professionisti sanitari,* in *Riv. It. Cure Palliative*, 2024, 13 ss.
[37] FORNI, *La pianificazione condivisa delle cure. Analisi della procedure e delle sue buone ragioni*, in *Bioetica,* 2024, 318 ss.
[38] DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. Diritti Comparati*, 2018, 3, 110 ss.
[39] SIAARTI - GRUPPO DI STUDIO BIOETICA - Coordinatore GIANNINI, *cit*.

persona in materia di gestione della propria salute.[40] [41] Come anche evidenziato nelle rubriche degli articoli 4 e 5, le DAT si riferiscono al "trattamento" e la PCC alla "cura". Le DAT sono espressione di iniziativa unilaterale della "persona", non necessariamente malata, e prescindono da una concreta relazione di cura con il medico; la PCC è un processo che nasce e si sviluppa "nella relazione tra medico e paziente". La adozione di due sostantivi diversi, "persona" (rispetto alle DAT) e "paziente" (con riferimento alla PCC), ha un preciso significato, che può essere colto considerando che paziente è persona con malattia, che fra le persone sono compresi i pazienti, che i pazienti sono solo una parte delle persone. Di conseguenza, qualsiasi persona può esprimere le DAT, sia essa portatrice di una malattia per la quale si è instaurata una relazione di cura, sia essa sana. Ma solo i pazienti possono realizzare la PCC con il medico. In ogni caso, anche il paziente che ha consolidato una relazione di cura con il medico, può optare per il ricorso alle DAT anziché alla PCC. È comunque ragionevole prevedere che le preferenze del paziente in cura vadano alla PCC (purché ne conosca l'esistenza), perché è di più facile concretizzazione e consente decisioni maturate grazie ad una informazione adeguata.

Nulla poi vieta a questo paziente di sottoscrivere sia DAT sia PCC, ferma restando la necessità che contenuto ed obiettivi dei due documenti che le riportano siano coordinati. Quest'ultima opzione potrebbe essere utilizzata nell'incertezza che l'esistenza della PCC possa essere facilmente portata a conoscenza anche di medici diversi da quello che la ha sottoscritta; se questo fosse il razionale di un eventuale doppio documento, nelle DAT dovrebbe essere menzionata l'esistenza della PCC di riferimento o comunque ripreso il suo contenuto.

È inoltre da ipotizzare che un paziente, che abbia già sottoscritto le DAT, si trovi successivamente a esprimere le sue scelte nell'ambito di una PCC; anche in questo caso, è ovvio che andrà ricercata una omogeneità fra le due, redigendo la PCC in armonia con le DAT o, se del caso, modificando le DAT in considerazione della condizione patologica attuale e della sua prevedibile evoluzione.

3.3. I partecipanti alla PCC e la relazione di cura

La PCC è da considerare come facoltativa nella pratica clinica, posto che il comma 1 dell'art. 5 indica: "può essere realizzata". Essa si pone nel contesto della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", stante il rinvio che questo comma fa al comma 2 dell'art. 1. Molto raramente richiesta dal paziente, che in genere non conosce l'esistenza di questa risorsa, la PCC, pur se non contemplata come obbligatoria, collocandosi tuttavia nell'ambito della predetta relazione, va attivamente ricercata dal medico nel rispetto del principio della *voluntas aegroti suprema lex*, fermo restando che la volontà deve essere espressa da un paziente reso consapevole dal medico.

La PCC rientra dunque nella "relazione di cura": pertanto è espressione da un lato delle aspirazioni di salute della persona, dall'altro della responsabilità del medico, chiamato ad impegnarsi per dare concretezza al diritto del paziente di essere reso consapevole e di esprimere i propri bisogni ed i propri desideri anche attraverso la PCC.

La legge n. 219 si sviluppa intorno alla "cura" ma non definisce il concetto di cura. Una definizione non è invero strettamente necessaria perché il legislatore si è espresso – sia pure implicitamente – sul concetto di cura nel comma 566 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2014, n. 190 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)". Si tratta della prima norma di legge che descrive l'esercizio della professione di medico-chirurgo,[42] dichiarandone le quattro attività costitutive. Dal comma 566, discende infatti il seguente concetto: formano oggetto della professione di medico-chirurgo gli atti inerenti alla prevenzione, alla diagnosi, alla cura e alla terapia.

Uno dei quattro elementi menzionati nel comma 566 come costitutivi dell'attività medica è la cura: dunque, il legislatore attribuisce al sostantivo "cura" il significato proprio del dedicarsi, premuroso e sollecito, ad una persona e dell'impegno attivo nei suoi confronti da parte del medico,[43] [44] non già quello della somministrazione, dell'attuazione o della prescrizione di trattamenti, per esempio, chirurgici o farmacologici. Ricorrendo ad un gioco di parole di matrice anglosassone, intraducibile in italiano, questa "cura" del comma 566 corrisponde ad attività assimilabili al *to care*, non semplicisticamente al *to cure*.

Nel comma 566, cura è distinta da terapia: entrambe le attività caratterizzano la professione medico-chirurgica, talché a ciascuna di esse va attribuito un significato peculiare e specifico. È indubbio che la terapia sia da intendere come trattamento, medico o chirurgico, da applicare in caso di malattia. Perciò alla cura deve essere attribuito il significato di "presa in carico" della persona e dei suoi bisogni.

In realtà, la PCC è collocata dalla legge n. 219 in una relazione non solo di cura ma più precisamente "di cura e fiducia tra paziente e medico". Tale duplice caratterizzazione della relazione cela un'ambiguità: la fiducia è prevista solo in una direzione, non essendo richiamata espressamente una fiducia tra medico e paziente. Questa unidirezionalità della fiducia è da considerare un *lapsus calami* del legislatore, perché qualunque relazione autentica comporta la fiducia reciproca. Anche il fatto che questa relazione – come precisato nel comma 2 dell'art. 1 – si basi sul consenso informato può essere inteso quale espressione di fiducia del medico verso la volontà del paziente, verso il processo logico – pur arricchito e modulato dal confronto tecnico-informativo del medico – che ha portato il paziente a maturare una certa decisione e quindi, in definitiva, verso il paziente stesso.

---

[40] GAUDINO, *DAT e pianificazione condivisa delle cure,* in *Resp. Med.*, 2019, 61 ss.

[41] APRÀ - DI MASI - MARIN - MARSICO - RODRIGUEZ, *La pianificazione condivisa delle cure come alternativa alle disposizioni anticipate di trattamento per le decisioni di fine vita*, in *Biolaw J.*, 2025, 1, 185 ss.

[42] RODRIGUEZ, *Comma 566. La cura omessa o insufficiente potrà rientrare fra i profili di colpa specifica,* in *Quotidiano Sanità*, *28 aprile 2015*, http://www.quotidianosanita.it/lavoro-eprofessioni/art..php?art._id=27619.

[43] SPINSANTI, *Curare e prendersi cura*, Roma, 2000.

[44] BORUTTI, *Curare e prendersi cura,* in GERMANO (a cura di), *Le parole che restano. Per Francesco Mora*, Alessandria, 2024, 81 ss.

Uno dei due protagonisti della relazione di cura è dunque il medico. Questo professionista non è caratterizzato in alcun modo nella legge n. 219. Può quindi essere identificato con *qualsiasi* medico con cui il paziente instauri la relazione di cura. Così, secondo i casi e le circostanze, potrà trattarsi del medico di medicina generale o dello specialista ambulatoriale o del medico ospedaliero o del medico dell'*hospice* o di altro tipo di medico ancora, che costituisca per quel paziente il professionista a cui egli abitualmente si rivolge, conferendogli la specifica fiducia ed il mandato della cura della propria persona.

Si può tautologicamente affermare che il medico della relazione di cura è il medico *curante*. Questa locuzione non va tuttavia banalizzata e considerata secondo la prevalente accezione corrente: "curante" sta ad esprimere il curare autentico, nel senso – come poco sopra considerato – della presa in carico della persona, cioè il *to care*, piuttosto che il *to cure*.

Il medico curante è dunque una figura variabile, da identificare di volta in volta. Il paziente è in genere consapevole di chi rivesta la funzione di medico curante nei suoi confronti; qualora il paziente non ne sia consapevole, è il medico curante che deve avere la sensibilità di rendersi conto di essere tale, in quanto professionista di riferimento abituale per quel paziente.

Sulla relazione di cura, il comma 2 dell'art. 1, cui l'art. 5 rinvia, fornisce una ulteriore indicazione: "Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria."

Ciò significa che sarebbe riduttivo identificare la PCC come processo limitato alla relazione fra paziente e medico, dovendo la relazione di cura essere considerata estesa a *tutti* (l'aggettivo "tutti" non è scritto nel testo di legge ma è, secondo logica, sottinteso) i professionisti sanitari che compongono l'équipe. È una équipe da intendere in senso estensivo, non circoscritta cioè a quanti *direttamente* collaborano con quel medico. Qualora, per esempio, si tratti di un medico ospedaliero, l'équipe di riferimento non è solo quella del reparto in cui egli opera, essendo costituita da altri medici e da altri professionisti sanitari, anche di altri reparti, che abbiano fornito la loro consulenza nel caso o che abbiano già posto in essere alcuni trattamenti o dei quali sia prevedibile un futuro intervento. Considerata l'organizzazione sanitaria, sono da comprendere nell'équipe anche professionisti che lavorano in tempi successivi ed in strutture diverse, per esempio nella rete ospedale-territorio.

Di conseguenza, nella elaborazione della PCC, il medico ha il ruolo di gestire lo specifico contatto con il paziente, essendo la figura professionale di più facile raccordo per cogliere, coordinare e compendiare la globalità delle esigenze del paziente e delle proposte pluriprofessionali e pluridisciplinari, ma anche gli altri professionisti sanitari componenti dell'équipe hanno titolo di intervenire, secondo rispettive competenze, per fornire il loro contributo, anche se questa partecipazione "estesa" ai componenti dell'équipe non è espressamente menzionata nell'art. 5. Al fine di contenere il numero dei partecipanti alla PCC, sarà comunque necessaria una selezione razionale dei professionisti sanitari coinvolti nella procedura.

Il comma 2 dell'art. 1 identifica, quali soggetti che "in tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo." Ne deriva che, secondo indicazione del paziente, una o più di queste persone potranno prendere parte alla elaborazione della PCC.

3.4. Le patologie di interesse per la PCC

Il comma 1 dell'art. 5 indica che la PCC riguarda "l'evolversi delle conseguenze" di una patologia rispettivamente o "cronica e invalidante" o "caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta".

La locuzione introduttiva "evolversi delle conseguenze" è evidentemente tautologica, ripetendo un medesimo concetto – evoluzione / conseguenze – che il legislatore ha inteso sottolineare.

Meritano attenzione le condizioni contemplate come caratterizzanti la patologia: "cronica" qualifica una malattia a lungo decorso, senza precisi termini cronologici ed eventualmente suscettibile di stabilizzazione, "invalidante" sta a significare una riduzione della validità della persona, senza definirne natura ed entità.[45] Esistono vari gradi di invalidità, da quelli con limitazione solo di alcune funzioni a quelli con compromissione della maggior parte delle funzioni dell'organismo. Invalidante è dunque un termine generico. L'espressione "prognosi infausta" è indeterminata, o almeno incompleta, non precisando se si tratti di prognosi infausta *quad vitam* o *quad valetudinem*; comunque, proprio perché manca detta specificazione, la prognosi infausta va riferita ad entrambe le accezioni. Il richiamo che, nel comma 2 dell'art. 5, si fa alla "qualità della vita" induce a ritenere che il parametro *quad valetudinem* rientri nel concetto di "prognosi infausta" che si analizza. Il fatto che la prognosi infausta debba essere "caratterizzata da inarrestabile evoluzione" non aiuta ad identificare le alterazioni patologiche a cui la norma intende riferirsi; infatti il sostantivo "evoluzione" è la ripetizione del concetto iniziale, già considerato ridondante, di "evolversi delle conseguenze" e l'aggettivo "inarrestabile" non definisce i tempi dell'evoluzione della patologia.

In altri termini, le condizioni caratterizzanti la patologia possono riferirsi ad un'ampia gamma di situazioni: la patologia cronica ha una diluizione nel tempo indeterminata, l'invalidità può essere sia grave sia modesta e la prognosi infausta può riferirsi alla qualità della vita oppure alla durata della malattia o alla morte.

Di fronte a questo ampio ventaglio di possibilità, è ragionevole interpretare estensivamente il comma 1 dell'art. 5, intendendo cioè che esso contempli la possibilità di redigere la PCC anche nel caso di patologie croniche modestamente invalidanti o di patologie caratterizzate da prognosi infausta circa la qualità della vita, secondo quanto prevedibile in un arco di tempo non definito. La prognosi può estendersi ad un arco di tempo

[45] APRILE - PICCINNI, *Per una pianificazione condivisa delle cure: dai principi alle buone prassi*, in *Resp. Med.*, 2020, 31 ss.

anche relativamente lungo, posto che la PCC è suscettibile di aggiornamento, secondo le disposizioni del comma 4 dell'art. 5, come più avanti esposto.

3.5. L'attivazione della procedura della PCC

L'art. 5 non reca alcuna disposizione sulle procedure iniziali della PCC. Curiosamente, il legislatore contempla la "richiesta del paziente" o il "suggerimento del medico" solo per l'eventuale aggiornamento della PCC; tale indicazione è da considerare valida anche per il primo incontro volto alla definizione della PCC. Nella pratica, si può concretizzare una fase preliminare del tutto informale, che nasce spontaneamente all'interno della relazione di cura, per iniziativa del medico o del paziente, in cui si prospetta l'opportunità di attivare una procedura di PCC, che sarà poi ufficializzata in forma scritta. In realtà, l'art. 5, comma 4, prevede la forma scritta solo per "il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario", ma è impensabile, vista la complessità della PCC e visto il suo significato vincolante, che essa non sia riportata in un documento scritto, da inserire nella cartella clinica. È responsabilità del medico curante organizzare le procedure formali ed effettuare la registrazione scritta della PCC.

Nel silenzio della norma, ma salvaguardando le previsioni della legge n. 219, si propone il seguente schema di attività da realizzare in successione:

- eventuale valutazione, spontanea e informale, fra paziente e medico circa l'opportunità di elaborare una PCC;
- proposta proveniente dal medico o dal paziente di elaborare formalmente la PCC;
- adesione alla proposta da parte del soggetto (di volta in volta, paziente o medico) che la ha ricevuta;
- impegno del medico a organizzare un incontro *ad hoc*;
- definizione concordata tra medico e paziente circa i professionisti sanitari, già coinvolti o che ragionevolmente potrebbero essere coinvolti nella vicenda sanitaria di quel paziente, da invitare all'incontro formale;
- indicazione, da parte del paziente, dei familiari (o la parte dell'unione civile o il convivente, come contemplato dal comma 2 dell'art. 1) da invitare al predetto incontro e, se non compresa fra questi, di una persona di sua fiducia;
- invito formale a partecipare all'incontro rivolto ai predetti professionisti sanitari, familiari (e assimilabili) e persona di fiducia;
- raccolta di eventuali note o documenti inoltrati dai professionisti sanitari motivatamente impossibilitati ad essere presenti all'incontro;
- stesura di un verbale della PCC.

Sulle modalità di svolgimento dell'incontro, si tornerà poco oltre.

3.6. La PCC e l'informazione preliminare

Il comma 2 dell'art. 5 traccia le modalità con cui realizzare l'adeguata informazione precedente la PCC. Il contenuto di questa informazione ha una parte di carattere generale, che corrisponde a quella riportata nel comma 3 dell'art. 1, ed una particolare, descritta nel comma 2 dell'art. 5. L'informazione di carattere generale riguarda le "condizioni di salute" della persona ed è relativa "alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi". L'informazione di carattere particolare verte "sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative". Questa informazione va fornita dal medico al paziente secondo la regola del comma 3 dell'art. 1, nel contesto della relazione di cura, quindi prima dell'incontro teso alla realizzazione della PCC. Nella fase iniziale dell'incontro questa informazione va estesa, ove il paziente ne consenta la presenza, ai suoi familiari, alla parte dell'unione civile, al convivente e alla persona di fiducia.

L'art. 5 non specifica a chi competa detta informazione. Dal significato generale della norma, che colloca sia la raccolta del consenso sia la PCC all'interno della relazione di cura, discende che è al medico curante, che ha promosso o con il quale è stato concordato l'incontro, che compete siffatta informazione o almeno il coordinamento dell'informazione globale, con particolare riferimento ai casi in cui è opportuno che parte del contenuto sia fornito da un altro componente dell'équipe curante specificamente competente. L'informazione può essere corredata da opuscoli informativi, che potranno anche essere consegnati al paziente per ulteriore successiva riflessione; mai, comunque, l'informazione potrà essere affidata alla sola lettura dell'opuscolo.

Connesso a quanto ora discusso è il tema della informazione da conferire ai familiari e alla persona di fiducia circa l'approccio al paziente, qualora a domicilio si verificasse una delle condizioni contemplate nella PCC. In tal caso, i familiari si atterrano alle istruzioni ricevute, coerenti con la PCC, e provvederanno ad informare della circostanza il fiduciario e il medico curante, che ha sottoscritto la pianificazione e che potrà coordinare gli interventi sanitari secondo le volontà del paziente.

L'art. 5 tace sulla facoltà del paziente di rifiutare, in tutto o in parte, di ricevere, prima di elaborare le scelte connesse alla PCC, le pertinenti informazioni. La questione va presa in considerazione perché il secondo periodo del comma 3 dell'art. 1, di carattere generale in punto di informazione, contempla che "ogni persona ... può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle ...".

Un eventuale rifiuto del paziente di ricevere informazioni assume caratteri di problematicità in relazione alla PCC. La questione che sorge è se il diritto a tale rifiuto sussista anche quando il paziente chieda una PCC che comporti o il rifiuto o la revoca di un trattamento salva-vita senza aver ricevuto (perché ha chiesto di non essere informato) una informazione adeguata circa le "conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi". Il diritto della persona a non ricevere le informazioni sussiste in relazione alla PCC, tuttavia la scelta del paziente di non essere informato dovrebbe essere subordinata all'indicazione, da parte sua, di un *caregiver* di riferimento che possa essere posto a conoscenza delle

condizioni del paziente. In tal senso orienta il citato secondo periodo del comma 3 dell'art. 1: "Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole." Il passo va comunque interpretato, forzando il testo, nel senso che quando il paziente esprime il rifiuto deve, nel contempo, indicare la persona che raccoglie le informazioni in sua vece.
Dal punto di vista pratico, non appare in contrasto con la legge n. 219 né con la dignità del paziente, sollecitare una sua riflessione sulle conseguenze del rifiuto di essere informato e segnalargli l'opportunità, nel caso non desista della sua intenzione, di nominare un fiduciario che venga informato delle condizioni di salute globali e che possa pertanto garantire un intervento sanitario conforme alle aspirazioni del paziente.
Il medico che stila la PCC non si limiterà a registrare nella cartella clinica (e, se esistente, nel fascicolo sanitario elettronico) "il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato", come contemplato nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 1, ma verbalizzerà che sono state valutate con il paziente le conseguenze di tale rifiuto e che egli è stato invitato, nel suo stesso interesse, a designare un fiduciario da portare a conoscenza della situazione globale.
È da escludere che un paziente che ha scelto di non essere informato possa chiedere una PCC che preveda che i professionisti sanitari si astengano da interventi necessari alla sua sopravvivenza, ma che il paziente non sa essere tali proprio perché ha scelto di non essere informato.

3.7. Lo svolgimento dell'incontro in cui si elabora la PCC

La legge n. 219 contiene, oltre alle disposizioni sulla previa informazione, una unica lapidaria indicazione sulle prassi da seguire per realizzare la PCC; il comma 3 contempla che: "Il paziente esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti."
La frase è per certi versi ambigua perché testualmente sembra vincolare il paziente ad esprimere il proprio consenso alle proposte del medico. Essa va necessariamente intesa con riferimento al comma 5 dell'art. 1, che dichiara il diritto del paziente di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia. Che l'interpretazione non possa che essere questa è confermato dal successivo richiamo ai "propri intendimenti", che possono comportare adesione o rifiuto alle proposte del medico. Secondo logica, la frase va dunque letta così: "Il paziente è informato dal medico ai sensi del comma 2 ed esprime i propri intendimenti."
Bene ha fatto il legislatore a non aggiungere altro sulla procedura, perché così paziente e medico hanno la possibilità di individuare, di volta in volta, all'interno della specifica relazione di cura, le modalità consone, anche in considerazione della complessità di un incontro a cui potrebbero partecipare, con il consenso del paziente, pure altre persone, come sopra prospettato.
È comunque opportuno proporre alcuni spunti di carattere generale.
Ferma restando la fase preliminare di carattere informativo già discussa, il medico, nel corso dell'incontro, deve saper mantenere il ruolo professionale scaturente dalle evidenze scientifiche, aver competenza nell'ascolto ed essere disponibile ad accogliere i bisogni e le aspirazioni di salute della persona, nel rispetto della volontà consapevole di quest'ultima. Ad analogo atteggiamento dovranno ispirarsi gli altri professionisti sanitari che vorranno offrire il loro contributo partecipando alla costruzione della PCC. La presenza dei familiari costituirà per loro stimolo a prendere in considerazione come essi potranno gestire i profili organizzativi legati a determinate scelte del paziente, talché nella PCC potrà essere dato atto delle loro disponibilità.
La pianificazione delle cure non riguarda solo la programmazione dei trattamenti di carattere diagnostico o terapeutico, di natura farmacologica, chirurgica o strumentale, ma si estende ai connessi bisogni esistenziali sociali ed alle prospettive di organizzazione dei vari ambiti di vita.
La condivisione della pianificazione delle cure è da intendere nel senso che ciascuno dei due protagonisti "principali" partecipa alla relazione esprimendo le proprie prerogative: di carattere tecnico-informativo quelle del medico, di carattere esistenziale e decisionale quelle del paziente. Questi può scegliere di accogliere, anche solo in parte, le proposte del medico o addirittura di respingerle. In sintesi: la volontà del paziente può discostarsi dalle proposte del medico.
La condivisione della pianificazione delle cure non significa né che debba essere raggiunto un accordo tra paziente e medico né che il medico condivida la volontà del paziente. Il medico offre al paziente la propria competenza tecnico-scientifica assicurandosi che sia stata ben compresa: poi deve accettare la scelta del paziente. D'altro canto, la PCC è il risultato della scelta rispetto ad un progetto globale, costituito da una serie di attività interconnesse, ciascuna delle quali il paziente valuta se accogliere o rifiutare.
Il limite alla *voluntas aegroti* nella PCC è quello di carattere generale riportato nel comma 6 dell'art. 1: "Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali." Il che significa, per esempio, che nella PCC non può essere inserita la previsione di pratiche attivamente dirette alla soppressione della persona e neanche pratiche non sostenute da prove di evidenza scientifica oppure, adottando i termini del comma 2 dell'art. 2, "costituenti ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure" o comportanti il "ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati".
In conclusione, l'incontro può consistere, dopo la preliminare fase informativa, in una seconda fase di valutazione delle indicazioni del medico e delle aspirazioni del paziente, in una terza fase in cui si concretizza l'accordo fra medico e paziente nel rispetto della volontà di quest'ultimo, in una quarta fase di verbalizzazione in cui sono registrati i contenuti delle fasi precedenti e si descrive la PCC.
L'incontro volto alla stesura della PCC può svolgersi anche in più sedute.
Per quanto concerne la verbalizzazione, si applicherà quanto dispone il comma 4 dell'art. 5, adattandone il contenuto alla procedura dell'incontro, eventualmente strutturato in più

sedute: "Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico."
È necessario che la PCC sia disponibile facilmente, in caso di intervento di medici diversi da quello che ha partecipato alla sua stesura e di quelli che ne sono comunque già a conoscenza; di conseguenza, è opportuno che una copia autentica del verbale sia consegnata al paziente ed un'altra, se nominato, al fiduciario o, in mancanza di quest'ultimo, a persona convivente con il paziente, da questi indicata, con le caratteristiche del *care giver*.

3.8. La PCC come vincolo per il medico e l'équipe curante

Il comma 1 dell'art. 5 afferma che alla PCC "il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità". Non sono previste deroghe a questa regola anche se occorre tener presente che il comma 5 dell'art. 5 contempla che, per gli aspetti della PCC non espressamente disciplinati, si applicano le disposizioni delle DAT e che il comma 5 dell'art. 4 prevede che esse possano essere disattese, in determinare condizioni, dal medico in accordo con il fiduciario. Nel paragrafo successivo, dedicato al fiduciario, la questione è approfondita.
Il medico tenuto ad attenersi alla PCC è da identificare con il medico che ha concordato quella PCC con il paziente o il medico che sia, nel tempo, subentrato quale curante.
L'équipe sanitaria, alcuni componenti della quale possono aver partecipato alla PCC, va identificata in termini ampi valutando la rete di riferimento attuale per gli accertamenti diagnostici, i possibili trattamenti terapeutici e riabilitativi, l'assistenza infermieristica domiciliare, ed altro ancora.
Siffatta identificazione dell'équipe vincolata a rispettare la PCC è idonea a contemperare la esigenza: i) sia del paziente, che la PCC sia operativa nei confronti di tutti i professionisti sanitari che incontrerà nell'evoluzione della sua malattia; ii) sia dei professionisti sanitari, di essere tempestivamente informati circa ogni PCC riguardante un paziente con il quale hanno un rapporto di cura, anche quando sia stata promossa da un "altro" medico ed anche se essi non siano stati invitati a partecipare alla sua elaborazione.
Eventuali componenti dell'équipe preventivamente non individuati o intervenuti nella cura del paziente dopo la redazione della PCC, comunque non informati della PCC, sono tenuti a rispettarla dal momento in cui ne vengono a conoscenza, eventualmente chiedendo chiarimenti ai professionisti sanitari che hanno partecipato alla sua elaborazione o al fiduciario, se nominato dal paziente.

3.9. Il fiduciario e la persona di fiducia

L'art. 5 contempla due figure particolari, denominate in forma leggermente differente. Si tratta: a) della "persona di sua fiducia" menzionata nel comma 2; b) del "fiduciario", indicato nei commi 3 e 4.[46] Se nominate, due persone diverse possono rivestire i due ruoli; in tal caso, il fiduciario non partecipa alla elaborazione della PCC. Il mandato della "persona di sua fiducia" è chiaro, in quanto espressamente descritto nella legge, e consiste nell'essere destinatario della "adeguata informazione" previa alla pianificazione; invece, le funzioni del "fiduciario" dei commi 3 e 4 non sono esplicitate e sono quindi da definire. Le funzioni della persona di fiducia sono circoscritte alla fase di elaborazione della PCC, quelle del fiduciario riguardano le fasi successive.
Il ruolo del fiduciario è identificabile con la gestione delle situazioni in cui le condizioni contemplate nella PCC si verifichino quando il paziente è incosciente e incapace di autodeterminarsi ed in assenza del medico che ha condiviso quella pianificazione. In questo caso, sul fiduciario incombe la funzione di rintracciare e di coinvolgere nella vicenda il predetto medico o, qualora egli non sia reperibile, di illustrare il contenuto della PCC al medico diverso dal curante o ad altro professionista sanitario intervenuto nella circostanza, qualora questi non ne siano a conoscenza. Il fiduciario può avere anche un ruolo di consulenza/confronto allorché il contenuto della PCC risulti non chiaro al medico intervenuto rispetto alla situazione contingente: il fiduciario potrà suggerire l'interpretazione che ritiene corretta, quella cioè adeguata alle sue conoscenze circa la concezione di vita e le aspirazioni del paziente.
Ulteriori riflessioni possono essere svolte partendo dalla osservazione che un fiduciario è previsto anche dall'art. 4 in relazione alle DAT e che il comma 5 dell'art. 5 contempla che "Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'art. 4". Quindi, anche se il contesto clinico in cui viene elaborata la PCC è diverso, può essere utile considerare le indicazioni che, più dettagliate, sono fornite dalla legge n. 219 circa le funzioni del fiduciario in rapporto alle DAT. Secondo l'art. 4, il fiduciario fa le veci della persona e la rappresenta nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie (comma 1); al fiduciario è rilasciata una copia delle DAT (comma 2); le DAT possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita (comma 5).
In base al citato comma 5 dell'art. 5, può essere mutuato dall'art. 4 che il fiduciario fa le veci del paziente se incapace, che lo rappresenta nelle relazioni con il medico e con i componenti della équipe sanitaria (comma 1) e che al fiduciario è rilasciata una copia della PCC (comma 2).
Possono essere applicate alla PCC anche le condizioni che permettono di disattendere le DAT (art. 4, comma 5), rilevando comunque che: I) è difficile che essa, elaborata com'è con il contributo di professionisti competenti, sia palesemente incongrua, II) è possibile che non sia corrispondente alla condizione clinica attuale del paziente e allora non sarebbe

[46] APRILE - AZZALINI - RODRIGUEZ, *Fiducia, fiduciario e persona di fiducia nella pianificazione condivisa delle cure,* in *Biolaw J.*, 2025, 1, 125 ss.

comunque di per sé stessa applicabile, III) è possibile che sussistano terapie non prevedibili all'atto della elaborazione della PCC, ma si tratta di ipotesi remota perché tali terapie avrebbero potuto e dovuto essere già state prese in considerazione in un aggiornamento della PCC.
In ogni caso, nulla vieta al paziente di conferire al fiduciario un mandato ampio, che arrivi a comprendere la facoltà di disattendere una o più indicazioni della PCC. In questo caso sorgerebbe un ulteriore problema: che il medico non ritenga di adeguarsi alle scelte del fiduciario, perché diverse da quelle originali del paziente e a suo avviso in contrasto con esse. La predetta facoltà di disattendere una o più indicazioni della PCC è da intendere limitata alle opzioni che siano coerenti con il secondo periodo del comma 3 dell'art. 5, vale a dire che siano limitate ad esprimere il consenso ad attività rifiutate dal paziente nella PCC, non già ad esprimere la revoca ad attività consentite dal paziente nell'ambito della PCC.
Conviene in definitiva che il preciso ruolo che il paziente intende attribuire al fiduciario sia definito, nell'atto scritto in cui viene individuato il fiduciario, dal paziente stesso, che quindi ha la facoltà di precisare se conferisce al fiduciario la potestà di concordare con il medico di discostarsi dalla PCC ed in quali precise circostanze, specialmente se non espressamente contemplate nella PCC stessa, in quanto non distintamente prevedibili oppure, ancorché prevedibili, talmente remote rispetto alla possibilità di un loro verificarsi da non essere oggetto di analitica valutazione.
È contrastata la tesi [47] che al fiduciario possa essere conferita la potestà di assumere decisioni sostituendosi al paziente, cioè in funzione integrativa o addirittura creativa rispetto alle scelte espresse nella PCC, da ritenere comunque accettabile solo qualora ciò sia esplicitato nella PCC.[48]
Da quanto esposto, discende la opportunità, che non è menzionata dalla legge n. 219, che il fiduciario sia presente alle attività connesse alla stesura del documento di PCC. Il che è realizzabile attribuendo la funzione di fiduciario o alla persona di fiducia o al familiare o alla parte dell'unione civile o al convivente presente alla PCC.
È da escludere che il fiduciario abbia un ruolo specificamente finalizzato al controllo tecnico dell'opera del professionisti sanitari dell'équipe curante.

3.10. La PCC e la rinuncia ai trattamenti salva-vita

Nel caso che il paziente chieda che siano riportate nella PCC scelte che determinano il venire meno di trattamenti sanitari salva-vita, cioè necessari alla propria sopravvivenza, incombono al medico due tipi di attività: 1) di carattere sostanzialmente informativo, circa sia le conseguenze della scelta sia le possibili alternative; 2) di promozione di "*ogni* azione di sostegno al paziente, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica", secondo il disposto del penultimo periodo del comma 5 dell'art. 1. Si tratta di attività doverose e non facoltative; quelle riconducibili al punto 1) richiedono l'impegno personale e la competenza del medico; quelle relative al punto 2) comportano supporti anche organizzativi di cui il singolo medico non può da solo farsi carico e nella cui gestione va coinvolta la struttura sanitaria di riferimento. In altre parole, se la PCC implica la rinuncia a trattamenti salva-vita, la struttura sanitaria deve rendere effettivo questo diritto del paziente, mettendo il medico in condizione di promuovere "*ogni* azione di sostegno al paziente, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica". Occorre prevedere e contrastare il rischio che questo diritto ad "*ogni* azione di sostegno" resti lettera morta sulla carta, stante la "clausola di invarianza finanziaria" imposta dall'art. 7 della legge n. 219: "Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono all'attuazione delle disposizioni della presente legge nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica."

3.11. La PCC e la richiesta di aiuto medico a morire

È altresì da considerare l'eventualità che, in sede di elaborazione della PCC, il paziente manifesti il desiderio, in funzione dell'evoluzione della malattia, di poter accedere, quando sarà incapace di autodeterminarsi, alla procedura per l'aiuto medico a morire in presenza delle condizioni che lo rendono lecito, secondo le indicazioni della Corte Costituzionale riportate nell'ordinanza n. 207 del 2018 e riprese nella sentenza n. 242 del 2019, che fa riferimento ad una persona "(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli".
Di una siffatta richiesta sarà data notizia nel verbale di PCC, ma occorre prendere atto dei problemi connessi alla cronologia delle condizioni indicate nella sentenza della Corte costituzionale, che non sono tutte presenti all'atto della redazione della PCC, perché se fossero già presenti non sarebbe necessario ricorrere ad essa ed il paziente potrebbe esprimere da subito la propria volontà. La casistica può variare, ferma sempre restando la indispensabile presenza di una "patologia irreversibile".
Una prima eventualità è che la persona sia "tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale" ma che non accusi le "sofferenze fisiche o psicologiche … assolutamente intollerabili"; in tal caso pare eccezionale che la persona, nel momento in cui sarà incapace ad autodeterminarsi, sia in grado di dichiarare o comunque evidenziare siffatte sofferenze.
Una seconda eventualità è che la persona accusi le "sofferenze fisiche o psicologiche … assolutamente intollerabili" ma che non sia "tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale"; in tal caso, quando la persona sarà incapace ad autodeterminarsi, sarà oggettivamente constatabile che è mantenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale.
Resta da considerare l'ulteriore condizione indicata dalla Corte costituzionale, cioè la "capacità di prendere decisioni libere e consapevoli", che il paziente possiede nel momento della redazione della PCC, ma che non è più presente –

[47] ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 5 ss.

[48] APRILE - PICCINNI, *cit.*

perché sarà diventato incapace di autodeterminarsi – nel momento futuro in cui si concretizzano le altre condizioni che rendono lecito l'aiuto medico a morire. Pare coerente orientarsi nel senso che, anche in relazione alla scelta di avvalersi dell'aiuto medico a morire, la manifestazione di volontà anticipata, certa e valida, mantenga il suo valore anche dopo la perdita di capacità della persona che la ha espressa.

3.12. L'aggiornamento della PCC

Il comma 4 dell'art. 5 prevede la possibilità dell'aggiornamento della PCC: "La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico." Il disposto è chiaro e merita un'unica considerazione, relativa al fatto che è ragionevole immaginare che la richiesta dell'aggiornamento proveniente dal paziente possa essere connessa non solo al "progressivo evolversi della malattia", ma anche, in alternativa, al mutamento dei suoi desideri, indipendenti dalla malattia in sé, ma riconducibili a nuove esigenze o a nuove realtà personali, familiari o sociali. Il fatto che sia citato solo l'evolversi della malattia è dunque da considerare meramente esemplificativo e non comporta l'esclusione di altre ragioni che possano ispirare la richiesta di aggiornamento da parte del paziente. D'altro canto, il paziente non è tenuto a giustificare il cambiamento delle sue scelte in ordine alla PCC.

Il "suggerimento del medico" citato nel comma 4 non è presupposto sufficiente, se non è accolto dal paziente, per procedere all'aggiornamento della PCC.

Anche per l'aggiornamento della PCC occorre organizzare un apposito incontro, con composizione analoga – eventualmente aggiornata in caso di nuovi problemi relativi alla cura o per indisponibilità di uno o più dei precedenti partecipanti – a quella scelta per la primitiva formulazione della PCC e la sua verbalizzazione.

Nel caso che l'aggiornamento della PCC comporti la rinuncia a trattamenti salva-vita, valgono le considerazioni svolte nel paragrafo 3.10.

3.13. La formazione del personale e l'informazione al pubblico sul tema della PCC

Il comma 9 dell'art. 1 recita: "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".

Ciò significa che le varie strutture sanitarie pubbliche e private dovranno assicurare anche in materia di PCC, sia l'informazione necessaria ai pazienti, sia l'adeguata formazione del personale. L'attenzione mediatica prevalentemente dedicata, dopo l'approvazione della legge n. 219, alle DAT piuttosto che alla PCC rischia di relegare quest'ultima ad una sorta di ruolo subalterno rispetto alle prime.

Occorre promuovere la conoscenza della PCC, che è tuttora molto scarsa nel pubblico e non particolarmente diffusa tra i medici ed i professionisti sanitari in genere. La PCC è destinata a non avere diffusa applicazione se non sarà sostenuta da iniziative finalizzate a favorire la conoscenza dei suoi contenuti ed obiettivi, rivolte a cittadini e a professionisti sanitari.

È dunque necessario che alle iniziative di educazione continua rivolte ai professionisti sanitari e quelle di informazione ai cittadini sia dato l'adeguato impulso che sinora è mancato;[49] potranno essere focalizzate sul principio che la PCC è modalità che contribuisce a rendere effettivo il diritto del paziente all'autodeterminazione e alla realizzazione delle proprie aspirazioni.

L'educazione continua nei confronti dei professionisti non sarà limitata agli aspetti teorici, ma comporterà un approfondimento pratico finalizzato all'acquisizione di competenze relazionali con paziente e familiari nonché gestionali, sia di carattere generale sia in ordine alla PCC.

4. Spunto conclusivo: la PCC come evoluzione del consenso informato

La PCC può essere considerata una sorta di evoluzione dell'abituale concetto di consenso informato in ambito sanitario, come evidenziabile esaminando i seguenti aspetti.

Una prestazione sanitaria raramente consiste in un singola attività che si esaurisce in sé stessa ma è in genere connessa ad un progetto di cura, di medio o lungo termine; di conseguenza la volontà di adesione del paziente concerne necessariamente questo progetto nella sua globalità.[50] [51] Con la PCC si afferma il principio che la espressione del consenso o del rifiuto del paziente non può limitarsi semplicisticamente al singolo atto terapeutico o diagnostico di imminente esecuzione, ma concerne il progetto di cura, protratto nel tempo – più o meno lungo secondo i casi – e nella sua globalità.

La PCC supera dunque la visione tradizionale del consenso come espressione di volontà limitata nel tempo, focalizzandosi su un processo di cura dinamico e continuativo ed estendendo l'orizzonte temporale della adesione del paziente, trasformandolo così da approvazione di una singola attività sanitaria a condivisione di un progetto di cura complessivo. Questo approccio riconosce la natura progressiva e mutevole delle esigenze del paziente, permettendo la personalizzazione e adattabilità degli interventi; inoltre aiuta a spostare l'attenzione sui bisogni del paziente più che sugli aspetti formali di autorizzazione alla manipolazione del corpo altrui.

Inoltre, la PCC, essendo centrata sul progetto di cura, ridefinisce l'abituale concetto, indefettibile per dottrina costante, dell'attualità del consenso della persona circa l'intervento sanitario, evidenziando che l'attualità è da

[49] FOGLIA - FURLAN - GUERRONI - FILIPPINI, *Professionisti della salute e pianificazione condivisa delle cure: opportunità, ostacoli, bisogni formativi*, in *Biolaw J.*, 2025, 1, 21 ss.

[50] RODRIGUEZ, *Il rifiuto delle cure nella prospettiva del Codice di Deontologia Medica: una guida per la pratica clinica?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2014, 563 ss.

[51] RODRIGUEZ, *I diritti della persona e la medicina legale*, in *Atti Convegno Terminalità e residenzialità*, *Padova 6 maggio 2016*, Padova, 2016, 25 ss.

intendere in senso logico e non cronologico [52] [53] [54] e va riferita all'adesione al progetto globale di cura che si proietta nel tempo e non al singolo atto diagnostico o terapeutico di imminente esecuzione.

Si tratta di concetto già evidenziato in letteratura, [55] [56] [57] che può essere così enunciato: la volontà della persona, globalmente informata e consapevole del progetto di cura, continua ad essere attuale e valida, ovviamente salvo revoca o insorgenza di significativi fatti nuovi, oltre il tempo della sua manifestazione, anche qualora insorga uno stato di incoscienza.

In questa prospettiva, la volontà del paziente manifestata nell'ambito della PCC non è più attuale se: 1) o cambia una delle condizioni che costituiscono il supporto logico del ragionamento alla base della scelta (per esempio: le caratteristiche della malattia) ed in questo caso dovere del medico è di chiedere al paziente se, mutate le condizioni, intenda mutare la sua scelta; 2) o il paziente decide specificamente di revocare l'adesione alla PCC, ed in questo caso il medico ha il dovere di valutare, e comunque favorire, la consapevolezza della persona circa le conseguenze della nuova scelta.

Il consenso al progetto, espresso in un dato momento, mantiene la sua validità nel tempo, pur rimanendo aperto a revisioni e aggiornamenti.

[52] RODRIGUEZ - APRILE, *Approccio medico-legale al tema del rifiuto consapevole della nutrizione artificiale da parte del paziente*, in GIANTIN, *Quando finisce la vita? La nutrizione artificiale tra assistenza di base e accanimento terapeutico*, Roma, 2013, 173 ss.

[53] TOZZO - RODRIGUEZ - BOLCATO - MARCHESE, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, 1051 ss.

[54] RODRIGUEZ - BOSCARATO, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento e l'amministrazione di sostegno*, in *Rass. Pat. App. Respiratorio*, 2018, 34 ss.

[55] VALLINI, *Il significato giuridico-penale del previo dissenso verso le cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1998, 1422 ss.

[56] D'AVACK, *Scelte di fine vita*, in VERONESI, *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 47 ss.

[57] FUCCI, *La relazione medico-paziente alla luce del nuovo codice deontologico del 18/05/2014*, in *Decidere in Medicina*, 2014, 5, 48 ss.

L'Intelligenza Artificiale in corsia: rischi, responsabilità e futuro della medicina

di **Fabrizio Paonessa**

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'Intelligenza artificiale nel contesto della responsabilità sanitaria. 3. L'IA per la gestione del rischio clinico. 4. L'impatto dell'IA sulla responsabilità medica e giuridica. 5. Profili etici e normativi nell'adozione dell'IA in ambito sanitario. 6. Applicazioni pratiche e casi di studio. 7. Il ruolo delle tecnologie emergenti nella sanità digitale. 8. Intelligenza artificiale e prevenzione degli errori medici. 9. Le problematiche del consenso informato con l'IA. 10. L'intelligenza artificiale e la telemedicina. 11. Considerazioni conclusive e prospettive future. 12. Casi di studio di controversie legali relative all'uso dell'IA in sanità.

Abstract: Questo saggio esplora l'impatto dell'Intelligenza Artificiale (IA) sul panorama sanitario e sulle relative dinamiche di responsabilità medica, con particolare attenzione ai profili etici, giuridici, organizzativi e gestionali. L'analisi pone in evidenza come l'IA, grazie alla capacità di elaborare grandi quantità di dati clinici e all'impiego di algoritmi avanzati di machine learning, stia trasformando radicalmente la diagnosi, la terapia e la ricerca medica, offrendo strumenti di prevenzione degli errori e di personalizzazione delle cure. Al contempo, l'introduzione di software e robot chirurgici "intelligenti" apre nuovi interrogativi sulla ripartizione della responsabilità in caso di esito avverso, imponendo una rilettura dei concetti di colpa professionale, negligenza e causalità. Particolare rilevanza assumono inoltre il consenso informato – che deve includere le informazioni sui limiti e i rischi dell'IA – e la necessità di regolamentare questi sistemi, anche alla luce delle proposte di disciplina europea (AI Act) e delle normative nazionali (Legge Gelli-Bianco). Al termine, emergono possibili scenari futuri: dall'evoluzione dell'assetto assicurativo e delle politiche di gestione del rischio clinico, fino alla convergenza con altre tecnologie (IoT, blockchain, robotica avanzata) che compongono l'ecosistema della "sanità digitale". L'opera si chiude con una serie di casi di studio, che mostrano in concreto come si possano configurare responsabilità condivise tra medico, struttura sanitaria e produttore del software, ribadendo la centralità del paziente e l'importanza di una governance trasparente e partecipata.

1. Introduzione

L'intelligenza artificiale (IA) ha ormai assunto un ruolo di primo piano nel panorama sanitario internazionale, proiettandosi come uno strumento capace di rivoluzionare i processi di diagnosi, terapia, ricerca medica e organizzazione dei servizi ospedalieri. Prima di addentrarci nelle specifiche tecniche e nelle implicazioni legali o etiche, è fondamentale comprendere a fondo le ragioni che hanno determinato l'inserimento tanto massiccio dell'IA in medicina, nonché i principali scenari – attuali e futuri – che ne delineano i confini di utilizzo. In questo primo capitolo, dunque, si illustreranno in modo dettagliato:

1. **I principi ispiratori e le motivazioni** che spingono l'IA a diventare un fulcro dell'innovazione in sanità.
2. **Le aree di applicazione già consolidate e quelle in forte espansione**, con cenni ai trend tecnologici più promettenti.
3. **Le opportunità e le sfide** sul piano della responsabilità sanitaria, considerando il quadro legislativo vigente e le possibili evoluzioni normative.
4. **Le questioni etiche e culturali** che emergono quando l'IA interagisce direttamente con medici e pazienti.

L'obiettivo è fornire una visione d'insieme che serva da base per approfondimenti più specifici nei capitoli successivi, ciascuno dedicato a un aspetto peculiare dell'IA in ambito di responsabilità medica, etica, normativa e gestionale.

La rapida crescita della capacità di calcolo e l'espansione dei big data hanno reso sempre più evidente l'utilità dell'IA nel settore medico. I dati clinici, spesso dispersi in cartelle elettroniche, archivi digitali, strumenti di telemedicina e sensori IoT, possono essere analizzati grazie a sofisticati algoritmi di machine learning o deep learning. Questa potenza di calcolo è in grado di:

- **Identificare pattern**: riconoscere correlazioni tra variabili cliniche (esami di laboratorio, immagini diagnostiche, parametri fisiologici) altrimenti difficili da cogliere a occhio umano.
- **Prevedere eventi avversi**: stimare la probabilità di complicazioni, recidive o peggioramenti dello stato di salute, consentendo interventi preventivi e personalizzati.
- **Supportare il medico nella diagnosi**: suggerendo ipotesi alternative, completando il quadro differenziale e fornendo strumenti di refertazione automatica o semiautomatica.
- **Ottimizzare i percorsi clinici**: migliorando l'organizzazione del lavoro, la gestione delle scorte e la disposizione dei pazienti nei reparti, riducendo tempi di attesa e costi.

L'IA, in altre parole, non è semplice innovazione tecnologica, ma una vera e propria trasformazione del paradigma assistenziale: da un approccio basato sull'esperienza e sulla competenza individuale del medico, si passa gradualmente a una collaborazione uomo-macchina, in cui gli algoritmi offrono un "secondo parere" costante, potenzialmente arricchito da un'enorme mole di dati provenienti da contesti di ricerca e da strutture ospedaliere di tutto il mondo.

Per comprendere come si sia giunti all'attuale situazione, è opportuno un breve excursus storico:

- **Anni '70-'80**: I primi sistemi esperti, come MYCIN, tentavano di fornire supporto diagnostico e terapeutico mediante regole logiche predefinite. Pur se pionieristici, questi strumenti erano limitati dalle risorse computazionali ridotte e dalla difficoltà di gestire informazioni non strutturate.
- **Anni '90**: L'avvento di Internet e la progressiva digitalizzazione delle cartelle cliniche elettroniche aprono

nuove possibilità di aggregazione e condivisione di dati. Tuttavia, l'IA rimane confinata a progetti di ricerca di nicchia.

- **Primi anni 2000**: Le tecniche di machine learning migliorano grazie a nuovi algoritmi e a una maggiore disponibilità di memoria e potenza di calcolo. Nella sanità, iniziano a comparire i primi sistemi di supporto decisionale (DSS).
- **Ultima decade**: Con la diffusione del deep learning, basato su reti neurali profonde, e l'aumento esponenziale dei big data sanitari (imaging, dati omici, sensori wearable), l'IA conosce una vera e propria esplosione di applicazioni su vasta scala: dalla radiologia alla robotica chirurgica, passando per la telemedicina.

Oggi, molte strutture ospedaliere – soprattutto nei paesi industrializzati – integrano già in alcuni protocolli clinici sistemi di intelligenza artificiale, con risultati promettenti in termini di accuratezza diagnostica e riduzione degli errori. Parallelamente, crescono però le domande su chi risponda in caso di malfunzionamenti o diagnosi sbagliate, da qui l'esigenza di un'analisi approfondita del tema responsabilità.

La responsabilità sanitaria, per come è stata concepita fino a ora, si basa su principi consolidati:

1. **La colpa professionale** di medici e operatori sanitari, fondata su negligenza, imperizia o imprudenza.
2. **L'obbligo di risarcire** i danni cagionati da un comportamento non conforme alla diligenza professionale.
3. **Le tutele del paziente** che deve poter far valere i propri diritti in caso di errore clinico.

Con l'introduzione dell'IA, questi assetti si complicano:

- Quando un medico si affida a un algoritmo per confermare una diagnosi, chi risponde di un errore derivato da bias nei dati di addestramento del modello?
- Se un software "raccomanda" un piano terapeutico errato, il medico doveva accorgersi dell'errore o può invocare il "buon funzionamento presunto" della tecnologia?
- La struttura sanitaria ha l'obbligo di supervisionare costantemente gli aggiornamenti di tali sistemi?
- Il produttore del software ha una responsabilità di tipo oggettivo analoga a chi commercializza dispositivi medici difettosi?

A queste problematiche di responsabilità civile (e potenzialmente penale) si aggiungono quelle legate al **consenso informato**: il paziente deve essere reso edotto delle logiche di funzionamento dell'IA che interviene nella sua diagnosi? E se sì, fino a che punto? Che ruolo hanno i principi di "explainability" (spiegabilità) e di "accountability" (rendicontazione) in un sistema sanitario 4.0?

Accanto agli aspetti giuridici, occorre evidenziare le implicazioni etiche e culturali. In una disciplina, quella medica, da sempre centrata sul rapporto fiduciario tra paziente e medico, l'introduzione di un soggetto "non umano" solleva questioni non banali. Ad esempio:

- **Fiducia**: Il paziente si sente a suo agio se sa che un algoritmo ha contribuito a elaborare la diagnosi?
- **Empatia e relazione**: In che modo l'automazione può ridurre il tempo di ascolto e la vicinanza emotiva tra medico e assistito?
- **Discriminazioni**: Sistemi addestrati su dati non rappresentativi di certe categorie (donne, minoranze etniche, anziani) potrebbero generare bias, minando il principio di uguaglianza delle cure.
- **Timori sull'autonomia**: I medici si sentiranno sminuiti nel loro ruolo o svilupperanno una eccessiva dipendenza dalla tecnologia, riducendo la propria capacità decisionale?

La sfida, dunque, non è soltanto di natura regolatoria, ma richiede un cambio di mentalità in tutto l'ecosistema sanitario: dalle università (formazione dei futuri medici) fino alle direzioni ospedaliere e ai pazienti stessi.

Alla luce di quanto esposto, il presente lavoro si propone di:

1. **Analizzare le principali applicazioni dell'IA** nella sanità, evidenziandone i vantaggi e le criticità operative.
2. **Esaminare in profondità la responsabilità sanitaria** in un contesto di trasformazione digitale, spiegando come la Legge Gelli-Bianco e le norme europee (in particolare il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale) possano o debbano evolvere per fornire risposte adeguate.
3. **Approfondire i profili etici e deontologici**, cercando di delineare linee guida concrete per un impiego responsabile e trasparente dell'IA.
4. **Fornire casi di studio e esempi pratici**, in modo da rendere più tangibili i concetti teorici esposti.

Nel prossimo capitolo, si passerà a esaminare in modo più articolato **il contesto della responsabilità sanitaria**[1] in cui l'IA si inserisce, mettendo in luce le differenze rispetto all'assetto tradizionale. Successivamente, ciascun capitolo si focalizzerà su un aspetto specifico – dall'impatto sulle assicurazioni professionali fino alla gestione del rischio clinico, dal consenso informato fino alla telemedicina – con l'obiettivo di fornire un quadro completo e aggiornato.

Questa introduzione ha messo in evidenza come l'IA, da semplice strumento ausiliario, sia destinata a diventare un pilastro della sanità del XXI secolo, capace di trasformare in modo radicale la pratica clinica e la ricerca. Tuttavia, la rapidità con cui la tecnologia evolve contrasta con la lentezza e la parcellizzazione dei processi legislativi e regolatori: ne deriva una "zona grigia" di responsabilità, in cui medici, strutture sanitarie, produttori di software e pazienti rischiano di trovarsi privi di punti di riferimento chiari.

Se da una parte non si può negare il potenziale immenso dell'IA nel salvare vite, ridurre errori e personalizzare le cure, dall'altra non si possono ignorare i rischi legati a bias, malfunzionamenti, mancata spiegabilità delle diagnosi o possibili violazioni della privacy. L'equilibrio tra questi due fronti richiede un lavoro sistematico e congiunto di legislatori, professionisti sanitari, giuristi, esperti di etica ed esponenti dell'industria tecnologica.

Nei capitoli successivi, si cercherà di delineare strumenti e strategie per garantire un'implementazione virtuosa dell'IA: un utilizzo etico e regolamentato che porti benefici reali, senza

[1] G. Cassano, "Responsabilità Sanitaria, Rischio Clinico e Valore della Persona: Diritto e Sanità", European School of Economics, 2024.

compromessi sulla sicurezza dei pazienti né sulle libertà fondamentali. Il **Capitolo 2** segnerà il primo passo di questo percorso, analizzando in profondità che cosa si intenda per responsabilità sanitaria e come l'avvento dell'IA ne stia modificando i contorni consolidati.

2. L'intelligenza artificiale nel contesto della responsabilità sanitaria

L'introduzione dell'intelligenza artificiale in medicina sta ridisegnando in modo profondo il concetto stesso di responsabilità sanitaria[2]. Per comprendere questo fenomeno, occorre innanzitutto richiamare il quadro normativo e giurisprudenziale che disciplina la colpa professionale di medici e strutture sanitarie, da sempre incentrato sull'idea di un operatore umano che, con la propria diligenza, prudenza e perizia, si assume la responsabilità delle decisioni cliniche. L'avvento di algoritmi in grado di fornire diagnosi, suggerire terapie e perfino operare in forma automatizzata (come nel caso della chirurgia robotica) sposta l'attenzione su un nuovo elemento: il software, potenziale fonte di errore o bias, ma non riconducibile immediatamente a una volontà o a un comportamento umano. Si affianca dunque all'attore tradizionale, il medico, un "co-protagonista" non umano, e ciò rende complessa l'attribuzione di responsabilità in caso di esiti avversi.

La disciplina italiana della responsabilità sanitaria è frutto di un'evoluzione storica che ha visto prima la prevalenza della responsabilità di tipo aquiliano (art. 2043 c.c.) per i medici, poi l'emergere di una responsabilità contrattuale (riconosciuta da un consolidato orientamento giurisprudenziale), in forza del rapporto tra paziente e struttura o tra paziente e medico libero professionista. Con l'avvento della Legge Gelli-Bianco (l. 24/2017), il legislatore ha cercato di chiarire i confini della responsabilità professionale, promuovendo la sicurezza delle cure e incentivando l'adozione di linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali, il cui rispetto può costituire un valido elemento di esclusione o attenuazione della colpa. Tuttavia, tali previsioni non menzionano l'intelligenza artificiale, lasciando così aperto il problema di come inquadrare l'utilizzo di sistemi algoritmici all'interno delle procedure diagnostiche e terapeutiche.

Se il medico utilizza un sistema di IA per convalidare un'ipotesi diagnostica, potrebbe sollevarsi il dubbio circa la misura in cui debba o possa fare affidamento sull'output della macchina. Da un lato, la diligenza professionale gli impone di non agire in modo acritico e di conservare sempre la propria capacità di giudizio; dall'altro, è verosimile che tali sistemi vengano presentati come validati o certificati, magari con un tasso di accuratezza statisticamente elevato, inducendo il professionista a fidarsi di essi. Ne deriva che, in caso di errore algoritmico (ad esempio una diagnosi mancata per via di bias nei dati di addestramento), il medico potrebbe considerarsi esente da responsabilità, sostenendo di aver utilizzato uno strumento ritenuto affidabile. La controparte, cioè il paziente leso, potrebbe tuttavia obiettare che il medico avrebbe dovuto vagliare criticamente quella conclusione, o avrebbe dovuto sapere che l'algoritmo non era adatto a quella specifica popolazione di pazienti. Allo stesso tempo, la struttura sanitaria potrebbe dover rispondere in sede contrattuale per non aver effettuato adeguati controlli e verifiche sul software prima di metterlo a disposizione del personale, oppure per non aver fornito una formazione adeguata circa i suoi limiti. Ulteriormente, il produttore dell'algoritmo, nel caso in cui questo rientri tra i dispositivi medici, potrebbe ritrovarsi esposto a responsabilità oggettiva da prodotto difettoso, qualora si dimostri che il difetto del software era preesistente e non sia stato corretto pur essendo ragionevolmente individuabile.

Un altro nodo centrale è la questione del nesso di causalità. La colpa medica tradizionale – negligenza, imprudenza, imperizia – dev'essere dimostrata in relazione all'evento dannoso subìto dal paziente. Con l'IA, l'individuazione del nesso causale può risultare complicata: occorre stabilire quanto l'errore nasca da un comportamento inadeguato dell'operatore e quanto da un output falsato dell'algoritmo, a sua volta frutto di una banca dati incompleta o di un bias sistemico. Si pensi al caso di un modello di deep learning "addestrato" su immagini diagnostiche riferite prevalentemente a soggetti giovani: nello stesso modello, l'accuratezza per pazienti anziani potrebbe crollare, generando diagnosi errate. Se questa limitazione non viene resa nota dal produttore o non viene correttamente valutata dal medico, può sorgere un concorso di responsabilità tra professionista, struttura e azienda fornitrice.

L'assetto penale, basato sull'art. 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni colpose) c.p., richiede un'accertata colpa specifica o generica, con il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Qui l'IA introduce ulteriori incertezze, poiché la valutazione ex ante della condotta medica dev'essere calibrata su un contesto in cui la tecnologia riveste un ruolo mai sperimentato in precedenza. È ragionevole attendersi un aumento del contenzioso su questo tema, almeno fino a quando la giurisprudenza non stabilirà orientamenti univoci. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, per ora, ha offerto poche pronunce dirette: si attendono sentenze che chiariscano se e in che misura la mancata verifica del funzionamento dell'IA configuri una colpa grave, se l'aderenza a linee guida che suggeriscono l'uso dell'algoritmo escluda la colpa lieve o se esista un dovere di discostarsi dai suggerimenti della macchina in caso di dubbio ragionevole.

Non va trascurato che l'uso di IA incide anche sulla configurazione del consenso informato, il cui scopo è garantire al paziente piena cognizione di rischi, benefici e alternative di trattamento. Qualora una diagnosi o un'opzione terapeutica si basi fortemente su un algoritmo, il paziente dovrebbe essere reso consapevole di ciò, dei potenziali margini d'errore e di eventuali limitazioni della tecnologia. Nel panorama attuale, tuttavia, tale tipo di informazione è spesso tralasciato: i software vengono percepiti come strumenti neutri, quando in realtà non lo sono affatto. Ne deriva la necessità di chiarire se il medico debba informare il paziente del ruolo giocato dall'IA e di come questa possa produrre incertezze diagnostiche o rischi specifici.

---

[2] *G. Cassano, "Il danno alla persona", Giuffrè Francis Lefebvre, 2022*

Anche la Legge Gelli-Bianco, pur centrata sul concetto di linee guida e buone pratiche, non prende espressamente in esame i protocolli IA-based. Sarà quindi cruciale, nel prossimo futuro, definire linee guida sanitarie che includano raccomandazioni su come integrare e validare algoritmi di apprendimento automatico, su come monitorarne i risultati nel tempo (controllando possibili drift nei dati) e su come garantire una supervisione umana costante. Il medico resta il principale garante della sicurezza del paziente, ma dev'essere messo nelle condizioni di conoscere i limiti tecnici e statistici del software, pena la configurabilità di colpa professionale. Parallelamente, la struttura che implementa tali sistemi dovrebbe adottare policy interne di test, aggiornamento e audit periodico dell'IA, in sinergia con gli sviluppatori del software, al fine di ridurre il rischio di malfunzionamenti e di bias discriminatori.

Da non trascurare, infine, l'impatto dell'AI Act (proposta di Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale) [3] e delle norme sul dispositivo medico, che prevedono un regime di certificazione per i sistemi considerati "ad alto rischio" in ambito sanitario, con obblighi di trasparenza, supervisione umana e gestione del rischio. L'adeguamento a tali norme potrebbe rafforzare le tutele dei pazienti, rendendo al contempo più chiari i confini della responsabilità dei produttori. Tuttavia, resta ancora molto lavoro da fare per integrare in modo coerente tali previsioni con il tradizionale impianto civilistico e penale della responsabilità sanitaria, specie in un Paese come l'Italia, che ha già un quadro regolatorio complesso e frammentato.

In definitiva, l'intelligenza artificiale va inquadrata come un "attore aggiunto" nel rapporto medico-paziente-struttura. Non si tratta di negare l'enorme potenziale benefico di questi strumenti, quanto piuttosto di rimarcare il fatto che l'IA non solleva dal dovere di diligenza e che le strutture, i professionisti e gli stessi fornitori di tecnologia devono implementare meccanismi di controllo, formazione continua e validazione dei risultati. Solo così si potrà minimizzare il rischio di contenzioso e, al contempo, favorire un uso virtuoso della tecnologia. Occorre pertanto un aggiornamento culturale: i principi di colpa, causalità e responsabilità rimangono validi, ma devono essere riletti alla luce di un contesto ibrido, dove la competenza umana si fonde con algoritmi opachi, potenzialmente potentissimi, ma non infallibili. Ecco perché, nell'ottica di un rinnovato concetto di responsabilità sanitaria, la sfida principale sarà conciliare l'innovazione con la tutela del paziente, mediante un assetto di regole e buone pratiche che prevengano l'abuso di una tecnologia non ancora pienamente compresa nelle sue implicazioni. La responsabilità, da questo punto di vista, finisce per diventare un tema collettivo, che chiama in causa non solo i singoli medici e strutture, ma l'intero sistema sanitario e le sue interazioni con il mondo industriale e scientifico.

3. L'IA per la gestione del rischio clinico

La gestione del rischio clinico rappresenta da tempo una componente essenziale dei sistemi sanitari, finalizzata a identificare, valutare e mitigare la probabilità che i pazienti subiscano danni durante le diverse fasi dell'assistenza. L'avvento dell'intelligenza artificiale introduce nuove opportunità e, al contempo, nuovi rischi. Da un lato, algoritmi predittivi e strumenti di apprendimento automatico consentono di analizzare grandi volumi di dati, individuare pattern di rischio, avvisare tempestivamente il personale sanitario di potenziali complicanze e fornire supporto decisionale. Dall'altro, tali algoritmi possono generare false rassicurazioni, falsi positivi o negativi, discriminare inconsapevolmente determinati gruppi di pazienti a causa di bias nei set di addestramento, oppure funzionare in maniera subottimale se non costantemente aggiornati.

Nel contesto della responsabilità sanitaria, l'IA si propone come uno strumento che, se adeguatamente implementato e regolamentato, dovrebbe ridurre l'incidenza di errori medici. Ciò è particolarmente evidente in ambiti quali la diagnosi precoce di patologie oncologiche, l'individuazione di segnali di deterioramento clinico nei reparti di terapia intensiva o la prevenzione delle infezioni nosocomiali. In ciascuno di questi esempi, la capacità dell'IA di processare dati in tempo reale o di "imparare" dalle casistiche precedenti fornisce all'ospedale un potente alleato nell'attività di sorveglianza e prevenzione. Tuttavia, la semplice adozione di un sistema di analisi automatica non garantisce di per sé la riduzione del rischio clinico, e la responsabilità legale in caso di evento avverso potrebbe emergere laddove non siano stati previsti adeguati piani di formazione del personale, protocolli di validazione periodica degli algoritmi o meccanismi di supervisione umana costante.

Il primo elemento che occorre analizzare è la qualità dei dati su cui si basa l'IA. Un modello predittivo che debba identificare il rischio di sepsi, per esempio, utilizza tipicamente dati relativi a parametri vitali, esami di laboratorio, anamnesi e terapie in corso. Se tali dati non sono accurati, aggiornati o rappresentativi della popolazione di pazienti (magari perché la struttura ospedaliera non ha una piattaforma informatica ben integrata o perché i sensori IoT non funzionano correttamente), l'output dell'algoritmo diviene di scarso valore. Di conseguenza, il medico e la struttura che si basino su queste informazioni si espongono a errori di valutazione, e dunque a possibili profili di responsabilità in caso di mancata diagnosi o intervento ritardato. La giurisprudenza internazionale, ancora limitata su questo punto, tenderà verosimilmente a stabilire che la responsabilità può essere condivisa tra produttore dell'IA (che avrebbe dovuto segnalare i limiti dell'algoritmo) e struttura sanitaria (che avrebbe dovuto verificare l'adeguatezza delle banche dati e l'integrità dei sistemi di raccolta).

Un secondo aspetto cruciale riguarda la governance della tecnologia. L'introduzione di un sistema di intelligenza artificiale volto alla gestione del rischio non può essere vista come l'acquisto di un semplice software di contabilità: esso

[3] Commissione Europea, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce norme armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'IA) e modifica taluni atti legislativi dell'Unione*, COM(2021) 206 final, 2021

richiede un comitato o un gruppo di lavoro multidisciplinare (direttori sanitari, personale medico, infermieristico, esperti di informatica medica, avvocati) che ne valuti la sicurezza, l'affidabilità e la trasparenza. Tali gruppi dovrebbero definire regole interne per l'uso degli algoritmi[4], elencare le circostanze in cui è opportuno un intervento manuale o un confronto clinico, stabilire cadenze periodiche di audit. L'assenza di simili procedure può portare a responsabilità organizzativa, poiché l'ospedale non ha messo in atto le cautele necessarie per prevenire potenziali usi scorretti o per tenere sotto controllo i possibili "drift" delle performance dell'IA. Già oggi, alcune linee guida internazionali suggeriscono di adottare una mentalità di "risk management continuo", in cui l'IA stessa viene monitorata e rivalutata non solo all'atto dell'implementazione, ma periodicamente, per assicurarsi che mantenga gli standard previsti.

Un'ulteriore questione riguarda la cosiddetta explainability, ossia la spiegabilità delle decisioni algoritmiche. Nella gestione del rischio, gli operatori potrebbero ricevere alert che indicano un'alta probabilità di complicazione per un paziente, senza però comprendere su quali variabili l'algoritmo si basi o quale sia la logica interna di correlazione. Se il medico ignora tali avvisi o li segue senza consapevolezza, il rischio clinico si trasforma in rischio legale: nel caso di esito avverso, la carenza di spiegabilità può rendere arduo stabilire se il personale sanitario abbia agito in linea con le best practice o se invece sia stato negligente. In altre parole, la "scatola nera" della rete neurale può ostacolare l'accertamento di fatti e responsabilità, generando contenziosi più complessi e costosi. Da qui la crescente importanza, anche in ambito clinico, di ricerche e metodologie volte a rendere gli algoritmi almeno parzialmente interpretabili, così che il medico sappia se un risultato è condizionato da pochi dati anomali o da un trend consolidato e statisticamente significativo.

La telemedicina e il monitoraggio remoto dei pazienti cronicamente illiustrano bene come l'IA possa essere un alleato prezioso nella gestione del rischio clinico: si pensi, ad esempio, a un sistema che analizza in tempo reale i parametri inviati dai wearable device (pressione sanguigna, frequenza cardiaca, glicemia). Se il software segnala un peggioramento del quadro, il paziente viene subito contattato o invitato a recarsi in ospedale. Questo evita ricoveri tardivi e complicazioni. Tuttavia, se il sistema va in blocco o genera falsi allarmi continui, è possibile che il personale inizi a ignorare le segnalazioni, innescando un circolo vizioso di inefficacia della tecnologia. Sul versante legale, la struttura e i fornitori del servizio di telemedicina potrebbero essere chiamati a rispondere per omissione di cautele adeguate o per mancata progettazione di un sistema di allarmi ben calibrato e testato su casistiche reali. Allo stesso modo, la carenza di formazione del personale che riceve gli alert e la mancanza di procedure operative standard possono rendere inapplicabili i benefici dell'IA e aumentare i rischi.

Non va dimenticato che, dal punto di vista assicurativo, l'uso di strumenti di IA potrebbe influenzare i premi e le condizioni delle polizze di responsabilità civile per medici e strutture. Da un lato, un ospedale che adotta sistemi avanzati di prevenzione e gestione del rischio potrebbe ottenere condizioni migliori, poiché è ragionevole attendersi una minor frequenza di errori. Dall'altro, una serie di sinistri riconducibili a malfunzionamenti o cattivo uso dell'IA potrebbe spingere le compagnie a rivalutare le clausole di copertura, specie se esiste un'incertezza normativa sulle regole di responsabilità. Ciò comporta la necessità di contratti assicurativi che tengano conto esplicitamente dell'adozione di sistemi algoritmici, definendo per esempio quali siano i requisiti minimi di validazione e come debba essere gestita la fase di aggiornamento del software, pena la decadenza delle garanzie.

In conclusione, l'intelligenza artificiale può diventare una leva formidabile per ridurre l'errore umano e potenziare la capacità di intercettare precocemente situazioni a rischio, a patto che la sua introduzione sia accompagnata da un approccio sistematico di risk management. Ciò significa considerare la bontà dei dati di addestramento, la qualità dell'integrazione tra i diversi sistemi informativi aziendali, la trasparenza dei modelli, la formazione del personale all'uso critico dello strumento, la tracciabilità degli interventi umani e automatizzati. Allo stesso tempo, servono regole chiare su chi e come risponda in caso di evento avverso. Questo capitolo, pur delineando alcune direttrici, non esaurisce la complessità del tema, che verrà ulteriormente approfondito nei capitoli successivi, con particolare attenzione al ruolo che l'IA esercita nel ridurre (o talvolta aumentare) la colpa professionale, e alle specifiche normative europee in corso di definizione. L'obiettivo finale resta una sanità più sicura ed efficiente, nonché un quadro di certezze giuridiche in grado di rassicurare gli operatori, i pazienti e gli investitori tecnologici.

4. L'impatto dell'IA sulla responsabilità medica e giuridica

L'intelligenza artificiale sta esercitando un'influenza sempre più forte sul modo in cui viene concepita e accertata la responsabilità medica, sia in sede civile sia in sede penale. Nel tradizionale paradigma che lega l'errore diagnostico o terapeutico al profilo di colpa del professionista, l'IA si inserisce come un fattore che può, da un lato, ridurre il margine di errore umano e, dall'altro, complicare l'attribuzione di responsabilità quando l'evento avverso derivi da un output algoritmico inaffidabile. La partecipazione di una "macchina" nelle decisioni cliniche induce inevitabilmente a interrogarsi su come i principi consolidati di negligenza, imprudenza e imperizia possano adattarsi a un contesto in cui il medico non è più il solo depositario del processo decisionale, ma si affida a un sistema che propone soluzioni diagnostiche o terapeutiche partendo da un'analisi dei dati molto estesa e complessa. Da questo punto di vista, è opportuno chiarire che l'IA non esonera l'operatore dalla propria responsabilità: il medico resta il soggetto che si relaziona con il paziente, che esprime il consenso informato e che, in ultima istanza, firma la prescrizione o conduce l'intervento. L'algoritmo è un

[4] J.M. García-Gómez et al., "Functional requirements to mitigate the Risk of Harm to Patients from Artificial Intelligence in Healthcare", arXiv preprint arXiv:2309.10424, 2023.

supporto, non un sostituto del professionista. In sede civile, ciò significa che, per escludere la responsabilità del medico, non è sufficiente invocare l'uso di un software asseritamente avanzato, ma occorre dimostrare che il professionista abbia agito in conformità agli standard di diligenza, che includono la verifica dell'affidabilità del sistema, la valutazione critica dei suoi suggerimenti e la coerenza rispetto alle linee guida. Qualora emergesse che il software era inadeguato, privo di validazioni cliniche sufficienti o non aggiornato, il medico (e/o la struttura) non potrebbe limitarsi a scaricare la colpa sul produttore, ma dovrebbe aver posto in essere tutte le cautele per un utilizzo corretto.

Sul versante penale, l'eventuale imputazione di omicidio o lesioni colpose richiede l'accertamento della colpa medica, ossia di un comportamento concretamente colpevole, contraddistinto da negligenza, imprudenza o imperizia. Nel caso dell'IA, la condotta potrebbe considerarsi negligente se il medico ha utilizzato l'algoritmo in modo indiscriminato o in difetto di elementi basilari di controllo, oppure se ha mancato di recepire segnali d'allarme provenienti dall'IA stessa. Ancora più complesso è l'ipotesi in cui l'algoritmo fornito al professionista sia intrinsecamente errato, a causa di bug, bias nei dataset o di un aggiornamento mal riuscito: chi risponde penalmente se non vi è alcun dolo o comportamento cosciente, ma un errore "tecnico" insito nel codice? In tal caso, l'attenzione si sposta su chi abbia introdotto il software in ospedale, su come ne sia stata validata la sicurezza e se siano state rispettate le normative in materia di dispositivi medici e di gestione del rischio. È probabile che, in assenza di un preciso inquadramento normativo, si possa configurare una sorta di responsabilità penale di tipo omissivo in capo alla struttura o a chi fosse deputato alla sorveglianza sul corretto funzionamento del programma. Risulta chiaro che l'evoluzione della giurisprudenza dovrà tenere conto delle caratteristiche peculiari dell'IA, in particolare del fatto che, a differenza di un semplice strumento passivo, un algoritmo di apprendimento automatico può "cambiare" il proprio comportamento nel tempo, man mano che viene addestrato su nuovi dati. Ciò si traduce in un rischio legato al cosiddetto "concetto dinamico di responsabilità", dove l'operatore deve monitorare non solo la fase iniziale di implementazione del software, ma anche l'aggiornamento continuo e la congruenza dei risultati rispetto agli standard di cura via via applicati. Proprio per questo, la responsabilità potrebbe collocarsi su più livelli: il medico che non esegue un controllo di coerenza del referto, l'ospedale che non istituisce un comitato di vigilanza e validazione periodica, il produttore che non rilascia patch correttive nonostante segnalazioni di malfunzionamenti, e così via, in un sistema di corresponsabilità che la dottrina e i giudici dovranno districare caso per caso.

Da non dimenticare è il ruolo delle linee guida, che la Legge Gelli-Bianco ha reso un riferimento importante per valutare il comportamento del medico. Se tali linee guida in futuro incorporeranno raccomandazioni sull'uso di specifici software di IA o definizioni di protocolli di validazione, potrebbe ridursi l'area di incertezza: il medico che si attiene a linee guida accreditate potrà sostenere che il suo operato era conforme a uno standard di diligenza professionale. Al contrario, se le linee guida impongono una soglia minima di explainability o test periodici di accuratezza dell'algoritmo e il professionista non si è assicurato che tali test venissero fatti, potrebbero profilarsi responsabilità sia civili sia penali in caso di danno al paziente. In questa cornice, assume rilievo anche il tema del consenso informato, che si intreccia con quello della libertà di autodeterminazione del paziente e con l'obbligo informativo a carico del medico. Il paziente, per acconsentire a un percorso diagnostico-terapeutico, dovrebbe infatti sapere se la scelta è in parte determinata da un sistema di IA, con quali limiti e con quali margini di incertezza. Se questo passaggio informativo fosse omesso o fosse gestito in modo superficiale, l'atto di consenso rischierebbe di essere viziato e, in ipotesi di esito negativo, il paziente potrebbe lamentare non solo un danno biologico, ma anche un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione.

La riflessione[5] si estende alla contrattualistica e agli accordi tra strutture sanitarie e produttori di software: chi sopporta il costo dei possibili sinistri derivanti da un algoritmo malfunzionante? Di frequente le aziende fornitrici inseriscono clausole di esclusione o limitazione di responsabilità, oppure prevedono che l'uso del software debba avvenire secondo specifici protocolli e in combinazione con la valutazione del medico. A seconda di come tali clausole siano redatte e della loro compatibilità con le norme cogenti a tutela del consumatore-paziente, si possono determinare scenari diversi sull'assunzione del rischio. L'effetto pratico è che, in un contenzioso futuro, i giudici dovranno stabilire fino a che punto l'ospedale abbia accettato le condizioni del produttore e se tale accettazione possa riverberarsi in una limitazione di tutela per il paziente.

Infine, va sottolineato che l'impatto dell'IA sulla responsabilità medica e giuridica non si esaurisce solo nella dinamica dell'errore e della colpa, ma investe anche profili di concorrenza e di equità di accesso. Se un certo algoritmo, particolarmente avanzato, è utilizzato in alcune strutture all'avanguardia, si potrebbe ipotizzare che, nel lungo periodo, chi non si adegua ai progressi tecnologici sia esposto a ulteriori contestazioni di malpractice, in quanto, pur essendovi un mezzo efficace di riduzione del rischio, la struttura non lo ha adottato. Quest'idea di "standard of care evolutivo" è già dibattuta in letteratura: la medicina difensiva potrebbe spingere medici e ospedali a dotarsi di ogni possibile tecnologia, per evitare accuse di non aver fatto il massimo, ma ciò comporta costi e problemi di disuguaglianza nell'erogazione dei servizi. Un quadro normativo e assicurativo chiaro, con linee guida aggiornate e un sistema di certificazioni autorevole, potrebbe mitigare queste distorsioni, rendendo più semplice valutare quali tecnologie siano effettivamente pronte per l'uso clinico e quali no.

In conclusione, l'IA incide in modo sostanziale sulla dimensione della responsabilità medica e giuridica, poiché

[5] G. Canzio – P. Proto Pisani, Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica, in Corti supreme e salute, 2019

riformula i rapporti tra medico, paziente, struttura e produttore del software. Se implementata con consapevolezza, può diventare un fattore abilitante di miglior qualità delle cure e di riduzione del contenzioso; se adottata in modo incauto, rischia di moltiplicare le zone grigie, generare incertezza giuridica e minare la fiducia dei cittadini nel sistema sanitario. Nei capitoli successivi, l'attenzione si sposterà su alcuni aspetti più specifici, tra cui gli scenari etici e normativi, le applicazioni pratiche e la telemedicina, che permetteranno di completare il quadro e di individuare possibili linee di evoluzione per una responsabile integrazione dell'IA nella pratica clinica.

5. Profili etici e normativi nell'adozione dell'IA in ambito sanitario

L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel campo della salute si intreccia in modo evidente con questioni etiche e normative di grande rilevanza, poiché le decisioni che coinvolgono la vita e il benessere dei pazienti non possono essere lasciate alla semplice logica computazionale di un algoritmo. Da un lato, emerge l'esigenza di assicurare trasparenza e spiegabilità dei processi decisionali, dall'altro occorre proteggere i dati sensibili dei pazienti e garantire un equo accesso alle tecnologie, evitando discriminazioni o disparità di trattamento. Inoltre, l'adozione di sistemi di IA deve integrarsi in un quadro giuridico che assicuri la continuità dei diritti fondamentali, quali la privacy, la dignità della persona e il diritto alla salute, nonché la tutela del consenso informato. In tale prospettiva, l'Europa si sta muovendo attraverso l'AI Act, una proposta di regolamento che classifica i sistemi di IA in base al rischio e impone obblighi stringenti per le applicazioni "ad alto rischio", tra cui quelle sanitarie.

Sotto il profilo etico, la prima sfida consiste nel definire come equilibrare gli enormi benefici potenziali dell'IA (diagnosi più rapide, maggiore sicurezza, personalizzazione delle terapie) con la salvaguardia di princìpi quali l'autonomia e la giustizia. L'autonomia implica che il paziente non subisca decisioni automatizzate prive di una valutazione clinica umana e che abbia accesso a un'informazione comprensibile riguardo al funzionamento della tecnologia coinvolta. La giustizia, invece, richiede che l'IA non introduca disparità di trattamento tra gruppi di pazienti, per esempio penalizzando individui appartenenti a determinate aree geografiche o fasce socioeconomiche, e che non perpetui bias algoritmici che derivano da dati di addestramento poco rappresentativi. In assenza di controlli, un algoritmo potrebbe sovrastimare il rischio di certe patologie in una minoranza etnica rispetto a un'altra, oppure fornire diagnosi meno precise per donne o anziani, semplicemente perché il dataset originario era composto prevalentemente da soggetti giovani di sesso maschile. L'etica medica suggerisce di adottare processi di validazione costanti e di garantire, dove possibile, una supervisione umana che consenta di correggere o contestare l'output del sistema.

La seconda tematica riguarda il rispetto della privacy e la protezione dei dati personali. In Europa, il GDPR (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati) impone precisi obblighi ai titolari del trattamento, come minimizzazione dei dati, informativa chiara e diritti di accesso e rettifica per l'interessato. Tuttavia, i sistemi di IA necessitano di grandi volumi di informazioni per apprendere pattern rilevanti: il rischio è che si ecceda nel raccogliere dati sanitari ultrasensibili, senza che il paziente ne sia pienamente consapevole. Ancora più delicata è la questione della condivisione dei dati tra diverse strutture sanitarie e aziende tecnologiche, che talvolta avviene con l'intento di migliorare l'algoritmo, ma senza un'adeguata base giuridica o un consenso informato dettagliato. Inoltre, un sistema di IA potrebbe generare inferenze che vanno ben oltre i dati originariamente forniti (ad esempio, rilevando patologie non diagnosticate o pronosticando la predisposizione a malattie future), alzando interrogativi sulla correttezza di tali elaborazioni e sulla possibilità che il paziente vi si opponga. In tal senso, la normativa europea richiede che decisioni con effetti giuridici o significativi sulla persona non siano basate esclusivamente su trattamenti automatizzati, salvo eccezioni specificamente regolate.

Sul piano legislativo, la mancanza di norme ad hoc per l'IA in ambito sanitario ha generato un certo vuoto, che si tenta di colmare attraverso l'estensione analogica di principi già vigenti per i dispositivi medici e la protezione dei dati. Le future disposizioni europee, come l'AI Act, intendono fornire un quadro più organico, introducendo categorie di sistemi e prevedendo per quelli sanitari obblighi di valutazione del rischio, certificazioni di conformità, registrazione e, soprattutto, requisiti di robustezza e trasparenza. L'AI Act, nella sua impostazione, distingue le applicazioni in base al livello di rischio (minimo, limitato, alto, inaccettabile): i software clinici rientrerebbero generalmente nel rischio alto, imponendo al produttore e all'utilizzatore una serie di adempimenti, tra cui l'istituzione di sistemi di gestione del rischio che coprano l'intero ciclo di vita dell'algoritmo e la tracciabilità delle decisioni. Se attuata in modo coerente, questa regolamentazione potrebbe rafforzare la fiducia degli operatori sanitari e dei pazienti, chiarendo i criteri di responsabilità. D'altro canto, alcuni temono che eccessivi vincoli burocratici possano rallentare l'innovazione, rendendo difficile l'ingresso sul mercato di soluzioni IA emergenti, magari sviluppate in contesti di ricerca universitaria o start-up.

Le questioni normative non si limitano al livello europeo. In Italia, la Legge Gelli-Bianco si occupa primariamente di responsabilità sanitaria, ma non affronta direttamente l'IA, se non indirettamente quando fa riferimento all'importanza delle linee guida. Se in futuro le società scientifiche includeranno raccomandazioni specifiche sull'uso di algoritmi di machine learning in radiologia, cardiologia o oncologia, tali indicazioni diverranno un punto di riferimento per valutare la condotta del medico e la rispondenza della tecnologia agli standard di cura. Inoltre, le singole Regioni, che esercitano competenze in materia sanitaria, potrebbero promulgare regolamenti e linee di indirizzo locali, aumentando la frammentazione del quadro. Per evitare sovrapposizioni e incertezze, sarebbe auspicabile un'opera di coordinamento a livello ministeriale, coinvolgendo anche gli Ordini professionali, affinché si stabiliscano parametri chiari e uniformi in tutto il territorio nazionale.

Un altro aspetto etico-normativo riguarda la responsabilità disciplinare e deontologica dei medici che utilizzano IA in modo scorretto o non aggiornato, portando a diagnosi tardive o errate. I Codici di deontologia medica potrebbero essere

integrati con articoli specifici che impongano al professionista di conoscere i limiti del software, di tenersi aggiornato su eventuali patch o nuove evidenze cliniche che ne modifichino l'efficacia, e di informare il paziente qualora la decisione clinica dipenda in misura rilevante dall'output algoritmico. Così facendo, la responsabilità non viene più letta unicamente nella chiave della colpa generica, bensì come mancato rispetto di un dovere professionale esplicito, riducendo l'incertezza in sede disciplinare e, di riflesso, in sede giudiziaria.

Da ultimo, non si può tralasciare la prospettiva di un'IA sempre più autonoma, capace, un domani, di prendere decisioni in tempo reale senza supervisione umana, in situazioni di emergenza (si pensi alla robotica chirurgica avanzata o ai sistemi di pronto soccorso virtuale). Sotto il profilo etico, ci si chiede se sia giusto delegare a un algoritmo scelte che incidono profondamente sul diritto alla vita. Sul piano normativo, invece, la domanda è come si definisce il perimetro di liceità di una tale autonomia e quali obblighi di trasparenza o di supervisione minima devono essere garantiti. Il rischio è che, in nome dell'efficienza, si affermi una dinamica in cui il personale sanitario interviene solo ex post, quando il margine di intervento è limitato, rendendo problematica l'attribuzione di responsabilità.

Nel complesso, i profili etici e normativi connessi all'uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario ruotano intorno alla necessità di bilanciare progresso tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona, nonché di offrire al medico e al paziente un contesto chiaro e regolamentato. La transizione verso una sanità data-driven, con scambio di informazioni su scala globale e algoritmi sempre più complessi, non deve sacrificare il rispetto dell'autonomia decisionale, la protezione della privacy, la non discriminazione e la sicurezza delle cure. La risposta a queste sfide non può che essere multidisciplinare, coinvolgendo giuristi, informatici, filosofi della scienza e professionisti sanitari in un dialogo continuo, affinché la regolamentazione sia tempestiva, ma non soffocante, e l'etica rappresenti un motore di innovazione responsabile anziché un mero vincolo. [6]

6. Applicazioni pratiche e casi di studio

L'intelligenza artificiale ha già fatto il suo ingresso in molteplici ambiti della pratica clinica, offrendo soluzioni che, se ben implementate, possono portare a un miglioramento tangibile della qualità e della tempestività delle cure. In questo capitolo, si esaminano alcune applicazioni concrete, attraverso le quali si mettono in luce i benefici, le possibili criticità e i relativi profili di responsabilità. L'obiettivo è fornire uno spaccato realistico di come l'IA possa rivoluzionare la sanità, ma anche di quali rischi insorgano se mancano controlli adeguati o se le tecnologie sono adottate senza la necessaria cultura e formazione.

Un esempio emblematico è l'utilizzo di algoritmi di deep learning per l'analisi di immagini diagnostiche, quali radiografie, TAC o risonanze magnetiche[7]. In alcuni centri all'avanguardia, i sistemi di IA supportano il radiologo nel rilevare noduli sospetti, microcalcificazioni, lesioni cerebrali o anomalie cardiache. Tali algoritmi, addestrati su migliaia o addirittura milioni di immagini, dimostrano spesso un'accuratezza comparabile (o superiore) a quella di un esperto umano, specialmente nella fase di screening. Il beneficio pratico è duplice: rapidità di refertazione e maggior precisione nell'individuare lesioni in stadio precoce. Ciononostante, non mancano aspetti critici. Alcune ricerche mostrano che gli algoritmi possono generare un numero non trascurabile di falsi positivi o falsi negativi in determinate fasce di popolazione, specie se i dati di addestramento non riflettono adeguatamente variabilità etnica, di genere o di età. Sul piano della responsabilità, il radiologo non può limitarsi ad accettare in modo passivo l'output dell'IA: per scongiurare un profilo di colpa, occorre una validazione finale da parte di un professionista che valuti criticamente l'esito proposto. In un caso di errore diagnostico con conseguente danno al paziente, si potrebbe aprire un contenzioso complesso tra produttore del software, struttura sanitaria e radiologo stesso, in cui si valuta chi avrebbe dovuto accorgersi delle limitazioni dell'algoritmo o dell'inadeguatezza dei dataset.

Un altro settore in forte espansione è quello della chirurgia robotica assistita, dove la sinergia tra AI e macchine di ultima generazione consente interventi più precisi, con minori complicanze e degenze ridotte. Il classico esempio è la piattaforma chirurgica robotica impiegata per procedure urologiche, ginecologiche o addominali. I robot di nuova concezione possono includere funzionalità di intelligenza artificiale che analizzano in tempo reale i parametri del paziente, riconoscono tessuti e strutture anatomiche o suggeriscono traiettorie d'incisione. Il vantaggio, in termini di riduzione dell'errore umano, è evidente. Tuttavia, se si verifica un malfunzionamento improvviso o se l'algoritmo elabora dati incompleti, l'intervento potrebbe subire complicazioni gravi. Il chirurgo, a quel punto, deve essere pronto a interrompere la procedura robotica e convertirla in una tecnica tradizionale, assumendosi la responsabilità della scelta. In sede di responsabilità sanitaria, si dovrà stabilire se il professionista abbia opportunamente vigilato sul funzionamento del robot e se la struttura sanitaria avesse un protocollo di emergenza ben definito. Dall'altra parte, il produttore del sistema robotico potrebbe essere chiamato a rispondere di eventuali difetti di progettazione o di software se ciò ha contribuito all'esito avverso.

Nell'ambito della medicina predittiva, gli algoritmi di machine learning vengono utilizzati per stratificare il rischio di eventi avversi in pazienti con malattie croniche (scompenso cardiaco, diabete, BPCO) o per prevedere complicanze post-operatorie. Esistono piattaforme che, raccogliendo quotidianamente parametri clinici e di stile di vita (talvolta tramite dispositivi indossabili), calcolano la probabilità che un paziente possa andare incontro a un peggioramento significativo, allertando il medico o il personale infermieristico. Questa forma di sorveglianza attiva a distanza permette di anticipare ricoveri ed evitare che la situazione clinica sfugga di mano. Il risvolto negativo consiste nella gestione dei falsi allarmi: se il sistema segnala in modo troppo frequente

[6] A. Di Martino, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile in ambito sanitario*, Milano, 2023

[7] A. Gasmi, "Deep Learning and Health Informatics for Smart Monitoring and Diagnosis", arXiv preprint arXiv:2208.03143, 2022

peggioramenti che non si verificano, il personale potrebbe abituarsi a ignorare tali segnalazioni, innescando un pericoloso fenomeno di "alarm fatigue". In un contenzioso, se un paziente subisce danni dopo che una segnalazione è stata trascurata, si dovrà stabilire se il software fosse stato calibrato correttamente o se il personale ospedaliero sia stato negligenze nella valutazione degli alert. Anche qui, la responsabilità può distribuirsi su più soggetti, inclusa l'organizzazione che non ha fissato criteri chiari per la presa in carico dei segnali di rischio.

Non mancano poi applicazioni in campo terapeutico, come i sistemi di prescrizione automatizzata che, analizzando la storia clinica di un paziente, suggeriscono farmaci e dosaggi. Tali sistemi possono prevenire errori tipici, ad esempio le interazioni farmacologiche o la prescrizione di un medicinale a cui il paziente è allergico, ma l'introduzione di un errore nel data entry (o un bug nel software) può condurre a risultati catastrofici. Immaginiamo un DSS (Decision Support System) che, per un problema di incompatibilità informatica, non visualizzi correttamente le allergie di un soggetto: il medico potrebbe prescrivere un antibiotico pericoloso. In uno scenario di responsabilità, la questione sarebbe se la struttura aveva validato a sufficienza la compatibilità dei vari software (cartella clinica elettronica, sistema di prescrizione, banca dati delle allergie), se il medico fosse stato adeguatamente formato e se il produttore abbia garantito le specifiche di sicurezza necessarie. Questi casi di studio mostrano concretamente come, alla base di un apparente errore terapeutico, vi possano essere radici tecnologiche, organizzative e umane intrecciate tra loro.

Un ulteriore ambito di grande interesse è la telemedicina, specialmente dopo l'espansione di servizi da remoto seguita alla pandemia. Molti consulti vengono erogati online, con software che agevolano la comunicazione medico-paziente e algoritmi che possono interpretare sintomi e parametri vitali riferiti in tempo reale. Se una piattaforma telemedica non dovesse funzionare correttamente in un momento critico (ad esempio, un paziente che riscontra un picco pressorio o un'aritmia, ma non riesce a trasmettere i dati), l'esito avverso potrebbe generare responsabilità a carico dell'erogatore del servizio per mancata disponibilità o affidabilità dell'infrastruttura. La struttura sanitaria, dal canto suo, deve verificare che le apparecchiature in dotazione ai pazienti siano idonee e che gli algoritmi di triage remoto rispettino gli standard previsti dalle linee guida. Se, in un esempio ipotetico, un paziente avesse segnalato sintomi allarmanti e il sistema di IA, configurato in modo scorretto, non li categorizzasse come urgenti, costringendo a un ritardo nella diagnosi di un infarto, si aprirebbe un caso di malpractice imputabile sia alla progettazione della piattaforma sia alla carenza di protocolli interni di revisione dei dati.

Nonostante questi scenari dimostrino come gli errori possano ancora accadere, la maggior parte dei casi di studio suggerisce che l'adozione dell'IA, se ben gestita, consente di ridurre sensibilmente il numero totale di eventi avversi e di migliorare la sicurezza complessiva del paziente. Studi sperimentali condotti in vari ospedali dimostrano, ad esempio, un calo significativo delle infezioni ospedaliere quando viene implementato un sistema di analisi automatica basato su modelli predittivi che avvertono il personale di determinate anomalie, consentendo interventi igienico-sanitari più tempestivi. In termini legali, se il sistema viene gestito secondo criteri di diligenza e aggiornamento costante, le contestazioni di responsabilità tendono a diminuire, poiché risulta più semplice dimostrare di aver adottato strumenti efficaci per prevenire l'errore. Diverso il discorso nel caso in cui l'ospedale acquisti soluzioni IA senza un'adeguata formazione del personale o senza integrare l'algoritmo nei percorsi clinici: allora i vantaggi vengono vanificati e, in caso di danno, l'utilizzo inconsapevole del software può aggravare le accuse di negligenza.

In definitiva, le applicazioni pratiche e i casi di studio rivelano un quadro variegato, dove l'IA si presenta come un potenziale alleato formidabile nella pratica clinica, a patto che non ci si affidi ciecamente alla tecnologia. Ogni scenario richiede un'interfaccia costante tra giudizio professionale, protocolli di risk management, verifica delle performance degli algoritmi, trasparenza del produttore e consapevolezza degli operatori sanitari. Dal punto di vista della responsabilità, si concretizza una sorta di "co-ownership" dell'errore, dove ciascun attore (medico, struttura, fornitore di software) deve provare di aver fatto quanto ragionevolmente esigibile per prevenire l'evento avverso. Emerge così la necessità di definire in modo puntuale accordi contrattuali, procedure di validazione interna e audit regolari che garantiscano all'IA una collocazione certa e regolamentata nel flusso di lavoro clinico, a vantaggio della sicurezza del paziente e della serenità di chi la impiega.

7. Il ruolo delle tecnologie emergenti nella sanità digitale

Quando si parla di intelligenza artificiale in ambito sanitario, è impossibile non considerare la convergenza di altre tecnologie emergenti che completano il quadro di una "sanità digitale" in costante evoluzione. Internet of Things, blockchain, realtà virtuale/aumentata, robotica avanzata, stampa 3D e genomica sono tra i fronti di innovazione che, intrecciandosi con l'IA, danno vita a un ecosistema sempre più complesso di strumenti e servizi a supporto della cura del paziente. Questo capitolo si propone di delineare come la sinergia tra tali tecnologie, e la stessa IA, possa incidere sui modelli organizzativi e sulle pratiche cliniche, nonché di evidenziare i nuovi scenari di responsabilità che si aprono quando tali soluzioni si combinano tra loro.

Un aspetto evidente è l'Internet of Things (IoT), declinato nei dispositivi indossabili (wearables) e nei sensori integrati in ambito ospedaliero o domiciliare. Dati fisiologici quali la frequenza cardiaca, la pressione, l'ossigenazione del sangue e i livelli di glucosio vengono continuamente acquisiti e trasmessi a piattaforme centralizzate, spesso dotate di algoritmi di machine learning capaci di riconoscere segnali precoci di un deterioramento clinico. Questa infrastruttura, però, comporta una forte dipendenza dall'accuratezza dei sensori e dalla stabilità delle connessioni: se un malfunzionamento tecnico o un errore di calibrazione genera allarmi inesatti o ignora cambiamenti significativi nello stato del paziente, si crea un'area di incertezza legale sul soggetto responsabile (produttore del device, fornitore della rete di trasmissione, ospedale che non ha validato il sensore, operatore sanitario che trascuri le segnalazioni). Il ruolo dell'IA

si colloca in mezzo a questa catena, elaborando dati su cui il medico fa affidamento; una concatenazione di errori, anche piccoli, può sfociare in un evento avverso. Diventa dunque cruciale definire protocolli che delimitino chiaramente le responsabilità a monte e a valle dell'algoritmo.

Un altro tassello strategico è la blockchain, talvolta proposta per la gestione sicura e tracciabile delle cartelle cliniche elettroniche. Se l'IA ha bisogno di accedere a grandi volumi di dati sanitari condivisi tra più strutture, la blockchain potrebbe garantire un registro trasparente, immutabile e decentralizzato degli accessi e delle modifiche, rendendo più difficile la manomissione fraudolenta dei dati. Tuttavia, la fusione di IA e blockchain non è priva di insidie: occorre verificare che i dati "bloccati" sulla catena siano corretti e completi, e che i processi di consenso distribuito non rallentino eccessivamente la velocità di elaborazione degli algoritmi. Dal punto di vista della responsabilità, l'uso di una tecnologia decentralizzata complica l'individuazione di un soggetto preciso cui imputare un errore o un'alterazione dei dati. Se un'informazione errata rimane immutabilmente registrata nella blockchain, l'IA potrebbe continuare a farne uso, potenzialmente causando bias diagnostici o terapeutici.

La realtà virtuale (VR) e la realtà aumentata (AR) si affacciano con sempre maggiore frequenza nella didattica medica, nella riabilitazione motoria o cognitiva, nonché nell'assistenza intraoperatoria. In ambito chirurgico, per esempio, visori AR possono sovrapporre immagini TAC o RM sul campo operatorio reale, aiutando il chirurgo a localizzare tumori o strutture vascolari. Se tale tecnologia si basa anche su algoritmi di intelligenza artificiale per riconoscere i profili anatomici e suggerire traiettorie di taglio, si ottiene un potenziamento notevole dell'atto chirurgico. Tuttavia, un errore di posizionamento dei marker virtuali, dovuto a un dataset erroneo o a un difetto di calibrazione, può portare a lesioni intraoperatorie. Qui sorgono interrogativi su come regolare la formazione del chirurgo nell'uso dell'AR, su chi debba rispondere se l'allineamento digitale risulta imperfetto e su come informare il paziente circa l'impiego di una tecnica parzialmente assistita da realtà aumentata. La responsabilità può coinvolgere l'ospedale (per mancato addestramento del personale), il fornitore della tecnologia (per bug o limiti non dichiarati), il chirurgo stesso (per negligenza nel verificare la correttezza del sistema prima di procedere all'incisione).

La robotica avanzata, dal canto suo, si collega strettamente all'IA quando parliamo di piattaforme autonome o semi-autonome che, oltre a eseguire i movimenti manuali impartiti dal chirurgo, sono in grado di "capire" la morfologia dei tessuti e adeguare la propria azione in tempo reale. L'introduzione di robot "intelligenti" per la logistica ospedaliera (ad esempio per il trasporto di farmaci e dispositivi) o per l'assistenza ai pazienti non deambulanti può migliorare l'efficienza, ma anche qui emerge il rischio di incidenti (un robot per la disinfezione che si avvia in un reparto errato, un carrello automatizzato che provoca una caduta a un paziente). Il confine tra errore tecnico e errore umano diventa sottilissimo. In caso di sinistro, si dovrà capire se l'errore sia scaturito da una mancanza di supervisione (colpa organizzativa della struttura), da un difetto di software (colpa del produttore) o da un utilizzo improprio da parte del personale.

La stampa 3D, sebbene apparentemente distante dall'IA, si integra con essa quando si vogliono realizzare protesi e impianti personalizzati in base alle caratteristiche anatomiche di un individuo, elaborate da algoritmi di imaging e pianificazione chirurgica. Un modello 3D errato o un errore di segmentazione del tumore da rimuovere, compiuto dall'algoritmo, si riverberano sul prodotto fisico stampato, potenzialmente inadeguato all'intervento. La responsabilità, in tal caso, può spaziare dal produttore dei software di ricostruzione 3D (che non ha validato sufficientemente le proprie librerie) al chirurgo che ha accettato un modello protesico senza averne testato l'aderenza all'anatomia del paziente.

Per quanto riguarda la genomica e la medicina personalizzata, l'IA gioca un ruolo chiave nell'analisi di sequenziamenti genetici e nell'individuazione di mutazioni rilevanti per la pianificazione terapeutica. La convergenza di grandi banche dati genomiche, algoritmi di apprendimento automatico e piattaforme cliniche pone questioni delicate di consenso informato e di responsabilità: un referto genetico automatizzato che individua il rischio di una certa patologia può indurre scelte importanti, come l'asportazione preventiva di un organo o la somministrazione di farmaci ad alto impatto. Se l'algoritmo fosse viziato da un errore di correlazione, il paziente subirebbe un danno ingiusto. Occorrerebbe stabilire se il laboratorio di genetica abbia svolto le verifiche necessarie, se il software sia certificato a norma di legge o se il medico abbia spiegato i limiti di affidabilità dei test genetici predittivi.

Sullo sfondo, emerge un tema di governance complessiva: l'ecosistema sanitario digitale non è un insieme di "app" isolatamente considerate, ma un reticolo di servizi interconnessi, dove i dati fluiscono tra reparti, piattaforme e dispositivi. Qualunque anello debole della catena (un sensore difettoso, una rete instabile, un algoritmo non aggiornato, un robot che perde la connessione) può mettere a repentaglio la sicurezza del paziente. Ecco allora che il concetto di responsabilità si sposta sempre più su un piano di "organizzazione e compliance": gli ospedali e i sistemi sanitari devono dotarsi di comitati multidisciplinari, di protocolli per la validazione continua dei software, di audit periodici sull'affidabilità dei dispositivi e di polizze assicurative che esplicitamente includano i rischi da digital transformation. Soltanto una gestione integrata di queste tecnologie può rendere conto della complessità e, al contempo, tutelare i pazienti da possibili malfunzionamenti.

In sintesi, il ruolo delle tecnologie emergenti nella sanità digitale non è soltanto quello di potenziare i benefici dell'IA, ma anche di aggiungere ulteriori livelli di responsabilità e di possibili criticità. Quanto più un software o un robot diventano intelligenti e autonomi, tanto più si indebolisce il classico paradigma della colpa medica basato soltanto sulla diligenza individuale. Diventa cruciale la definizione di protocolli organizzativi, di sistemi di verifica e manutenzione, di una cultura dell'innovazione responsabile. Nel prossimo futuro, si assisterà a un proliferare di regolamenti, linee guida e standard tecnici che cercheranno di disciplinare queste nuove frontiere, puntando a conciliare l'esigenza di evitare un immobilismo normativo (che frenerebbe l'innovazione e i

benefici per i pazienti) con la doverosa garanzia di sicurezza e accountability a tutti i livelli[8].

8. Intelligenza artificiale e prevenzione degli errori medici

L'obiettivo di ridurre il rischio di errore è sempre stato prioritario nell'ambito della pratica medica, e l'intelligenza artificiale si configura oggi come uno strumento formidabile per anticipare e scongiurare molte delle criticità che possono insorgere nel percorso di cura. La capacità di analizzare grandi quantità di dati, provenienti da fonti eterogenee come cartelle cliniche, referti diagnostici, sensori indossabili, anamnesi digitalizzate, sistemi di prescrizione e terapie farmacologiche, consente agli algoritmi di machine learning e deep learning di riconoscere pattern spesso invisibili all'occhio umano. Da ciò deriva la possibilità di identificare precocemente anomalie, segni di peggioramento clinico, interazioni farmacologiche pericolose o correlazioni complesse tra sintomi che potrebbero sfuggire a un singolo operatore sanitario, specie quando il carico di lavoro o la frammentazione delle informazioni rendono la vigilanza più difficile. In questo senso, l'IA non sostituisce il medico nella presa di decisione, ma funge da "osservatore aggiuntivo", sempre vigile e in grado di proporre avvisi o suggerimenti che il professionista deve poi interpretare e validare.

Un esempio concreto è costituito dai sistemi di allerta rapida per pazienti ricoverati in reparti critici o semi-intensivi: grazie all'elaborazione in tempo reale dei parametri vitali (frequenza cardiaca, pressione arteriosa, saturazione di ossigeno, frequenza respiratoria, bilancio dei liquidi), l'algoritmo può segnalare un potenziale deterioramento clinico ore prima che diventi evidente. In tal modo, l'équipe medica ha l'opportunità di intervenire preventivamente, modificando la terapia, trasferendo il paziente in un reparto più adatto o effettuando accertamenti diagnostici. I sistemi di prescrizione elettronica, a loro volta, possono svolgere un importante ruolo nel prevenire gli errori farmacologici, verificando automaticamente possibili interazioni tra i medicinali, allergie note, duplicazioni di terapia o dosaggi fuori standard. In caso di rilevamento di un'anomalia, il software invia un alert e il medico, avvisato del rischio, può correggere la prescrizione. Questo tipo di prevenzione dell'errore risulta efficace soprattutto nei contesti ospedalieri ad alta complessità, dove il personale lavora sotto pressione e la mole di dati da gestire è elevatissima.

Il potenziale dell'IA nella prevenzione degli errori medici si manifesta anche nella diagnosi[9]. In molte patologie, l'individuazione precoce costituisce la chiave per migliorare la prognosi del paziente. Sistemi algoritmici addestrati su database vastissimi di immagini radiologiche o istopatologiche sono in grado di segnalare lesioni sospette o pattern subclinici che, altrimenti, potrebbero venire interpretati in ritardo o erroneamente dal radiologo, dal patologo o dal clinico. Questa collaborazione tra uomo e macchina non riduce il ruolo del professionista, ma lo indirizza verso una revisione più accurata dei casi borderline e dei referti anomali, focalizzando l'attenzione dove è più necessaria. D'altro canto, non va trascurato il pericolo di affidarsi in modo troppo passivo al giudizio dell'algoritmo, col risultato di alimentare un senso di falsa sicurezza o di delega totale. Per scongiurare questa deriva, è essenziale che i protocolli di prevenzione degli errori includano linee guida sulla supervisione costante da parte del medico, sulla calibrazione dei sistemi di IA e sul confronto collegiale in caso di discrepanza tra il giudizio umano e quello della macchina.

Un'area in cui l'IA può incidere in modo rilevante nella prevenzione degli errori è la gestione dei pazienti critici in Pronto Soccorso e Terapia Intensiva. Qui, la rapidità di valutazione e la precisione nelle decisioni influenzano direttamente la sopravvivenza e il rischio di complicanze. Alcuni ospedali hanno introdotto sistemi predittivi che, analizzando i parametri clinici all'ingresso e la storia anamnestica, calcolano il rischio di evoluzione rapida verso shock settico, arresto cardiaco o insufficienza multiorgano. Se l'algoritmo supera una certa soglia di probabilità, il personale viene allertato e può predisporre misure intensive tempestive. In questo contesto, la tecnologia non solo riduce il rischio di errore diagnostico, ma può anche prevenire la banalizzazione di sintomi sottostimati, promuovendo invece la massima attenzione ai casi ad alto rischio. Resta però il problema di come garantire la continuità nel monitoraggio e come evitare il fenomeno di eccessivi falsi positivi, che, se frequenti, spingono il personale a trascurare i segnali di allarme (il cosiddetto "alarm fatigue"). Gestire in modo equilibrato la soglia di sensibilità dell'algoritmo diventa, dunque, un elemento centrale di prevenzione.

Un ulteriore aspetto meritevole di riflessione riguarda i bias algoritmici, che possono generare errori sistematici in fase di diagnosi o di pianificazione terapeutica a danno di specifiche categorie di pazienti. Ad esempio, un modello addestrato su una popolazione prevalentemente maschile e di età media potrebbe sottostimare il rischio di infarto nelle donne anziane, producendo una lacuna grave nelle misure di prevenzione e un conseguente aumento di esiti sfavorevoli. La fase di design e addestramento dell'IA diventa cruciale per ridurre questi rischi, e deve essere integrata in un sistema di validazione continua, per accorgersi se la performance dell'algoritmo cala nel tempo o se compaiono pattern discriminatori. La responsabilità di prevenire tali effetti indesiderati non ricade solo sui produttori del software, ma anche sulle strutture sanitarie e sugli organi di vigilanza, chiamati a certificare che i modelli impiegati rispondano a criteri di robustezza e di equità. In quest'ottica, le buone pratiche di prevenzione dell'errore includono la valutazione di metriche come accuracy, recall, precision, ma anche fairness, per evidenziare eventuali disparità di trattamento.

Da sottolineare, infine, l'importanza di una cultura dell'apprendimento costante. Una volta implementato, l'algoritmo non deve essere considerato un'entità statica, bensì un "sistema vivente" che richiede aggiornamenti e retraining con dati nuovi, specialmente in settori in rapida evoluzione o dove la popolazione di riferimento cambia (per ragioni demografiche o di patologie emergenti).

[8] Daniele Caligiore, *Curarsi con l'intelligenza artificiale*, Bologna, 2024.

[9] Mustafa Suleyman, *L'onda che verrà. Intelligenza artificiale e potere nel XXI secolo*, 2025.

L'aggiornamento insufficiente dell'IA può portare a previsioni obsolete e a nuovi errori, soprattutto se nel frattempo sono cambiate linee guida cliniche o condizioni epidemiologiche. Pertanto, la prevenzione degli errori passa anche dalla definizione di procedure per l'aggiornamento e la ritaratura degli algoritmi, così come per la gestione dei log che permettono di comprendere ex post su quali variabili si sia basata la macchina. Quest'ultimo punto risulta indispensabile in caso di contenzioso legale, consentendo di accertare se l'errore fosse prevedibile e prevenibile o se vi siano responsabilità specifiche da imputare a soggetti che non hanno predisposto adeguati controlli.
In conclusione, l'IA è un tassello fondamentale nella strategia di prevenzione degli errori medici, specialmente nelle realtà ospedaliere complesse e nelle situazioni in cui i professionisti si trovano a gestire una grande mole di dati e decisioni in tempi ristretti. Se gestita con oculatezza e trasparenza, l'intelligenza artificiale permette di intercettare con maggior prontezza segni di deterioramento clinico, incongruenze terapeutiche o potenziali interazioni farmacologiche, aumentando la sicurezza del percorso di cura. D'altro canto, non elimina del tutto il rischio di errore, ma trasferisce l'attenzione su aspetti nuovi: la supervisione umana, la qualità dei dati, la riduzione dei bias, l'aggiornamento costante dei modelli e la definizione di processi organizzativi solidi. Questa evoluzione richiede un impegno integrato di tutti gli attori coinvolti, dalla direzione strategica degli ospedali ai produttori di software, dai clinici ai responsabili IT, con l'obiettivo comune di sfruttare l'innovazione tecnologica per rendere la medicina più sicura ed efficace, riducendo gli errori in una logica di miglioramento continuo.

9. Le problematiche del consenso informato con l'IA

L'avvento dell'intelligenza artificiale nel percorso diagnostico-terapeutico comporta un notevole impatto sull'istituto del consenso informato, che è da sempre uno dei pilastri su cui si fonda la relazione medico-paziente. Il consenso informato non è solo un adempimento formale, bensì il momento in cui il paziente viene messo al corrente, in maniera chiara e comprensibile, della propria condizione clinica, delle possibili opzioni di cura, dei rischi e dei benefici associati a ciascuna di esse, nonché delle eventuali alternative. Con l'IA, si aggiunge un ulteriore strato di complessità: il paziente ha il diritto di sapere se e in che misura un algoritmo ha inciso sulla diagnosi o sul piano terapeutico proposto, quali siano i limiti del modello e con quale grado di affidabilità esso fornisce il proprio output. L'elemento critico è che molti sistemi di IA, in particolare quelli basati su reti neurali profonde, presentano una struttura interna opaca (black box), per cui il medico stesso può trovarsi in difficoltà nel fornire al paziente spiegazioni esaustive su come l'algoritmo sia giunto a una determinata conclusione. Tale opacità, se non gestita, può minare la piena comprensione da parte del paziente e, di riflesso, la validità del consenso. Il rischio è che il paziente accetti un trattamento "perché l'ha detto la macchina", senza disporre di elementi chiari per valutare criticamente il suggerimento algoritmico. Da un punto di vista etico e giuridico, la questione tocca l'autonomia decisionale del paziente, che deve potersi confrontare non solo con la valutazione del medico, ma anche con la natura e i limiti dello strumento tecnologico impiegato. Non è sufficiente informare genericamente che "è stato utilizzato un software di IA": occorre che il paziente capisca se tale software è ancora in fase sperimentale, se ha un tasso di errore noto, se è specializzato per alcune tipologie di patologie e se il medico ha comunque esercitato un controllo sul suo operato.
Un altro profilo problematico riguarda il fatto che, in molte strutture sanitarie, l'uso dell'IA viene integrato nei sistemi di diagnosi senza che vi sia una procedura formale di informazione aggiuntiva. In altri termini, al paziente viene presentato il modulo di consenso informato tradizionale, relativo all'intervento o alla terapia, ma non si fa menzione dell'algoritmo[10]. Questa omissione rischia di essere rilevante, in quanto il mancato coinvolgimento del paziente su un aspetto così cruciale — cioè l'impiego di una tecnologia in grado di incidere sulle scelte cliniche — può dare adito, in caso di esito negativo, a contestazioni di invalidità o incompletezza del consenso. Se poi il paziente dimostra che la sua volontà sarebbe stata diversa qualora avesse conosciuto meglio i rischi e i limiti dell'IA, ciò potrebbe configurare un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, anche a prescindere da un danno biologico. Per tutelarsi, le strutture dovrebbero prevedere protocolli di consenso "aumentato" o specifico per le tecnologie di IA, spiegando in linguaggio comprensibile in che modo l'algoritmo interviene nel processo clinico e quali margini di incertezza restano.
Si potrebbe obiettare che un eccesso di informazioni tecniche rischi di confondere ulteriormente il paziente, o di dilatare i tempi, rallentando la presa in carico. Tuttavia, l'esigenza di chiarezza non si traduce necessariamente in documenti interminabili o ipertecnici: spesso, è sufficiente una spiegazione sintetica ma efficace, in cui il medico sottolinea che il software è uno strumento di supporto, ne descrive la funzione principale (ad esempio, "calcola la probabilità che questo nodulo sia maligno in base a un archivio di immagini simili") e ne evidenzia possibili margini di errore ("si tratta di uno strumento con un'accuratezza intorno all'85%, ma la decisione finale spetta sempre al medico, che valuta l'insieme delle informazioni cliniche"). Il paziente, in questo modo, viene messo in grado di porre eventuali domande, di comprendere che non vi è un'infallibilità della macchina e di esercitare con maggiore consapevolezza il proprio diritto a rifiutare o accettare una procedura.
Un ulteriore aspetto riguarda i casi in cui l'IA si spinge a fornire suggerimenti terapeutici molto specifici, come il dosaggio di un farmaco o la pianificazione di un percorso di radioterapia, analizzando variabili cliniche e dati genetici. Qui, il consenso informato dovrebbe includere un chiarimento sul fatto che la proposta di trattamento, sebbene formulata da un software sofisticato, non esime l'operatore sanitario dal dovere di valutare criticamente la personalizzazione delle cure. Non si tratta dunque di un sistema che impone una scelta, bensì di

[10] Mahmoud Nasr, *Smart Healthcare in the Age of AI: Recent Advances, Challenges, and Future Prospects*, 2021.

un ausilio che va sempre interpretato alla luce dell'esperienza clinica. Se questa distinzione non è spiegata al paziente, quest'ultimo potrebbe erroneamente pensare che ogni minima variazione dal protocollo suggerito dall'IA sia un "errore" del medico, oppure, al contrario, potrebbe attribuire all'algoritmo un'autorità assoluta, accettando qualunque opzione terapeutica senza un adeguato confronto.

Il consenso informato in presenza di IA ha anche a che fare con la necessità di specificare il destino dei dati sanitari, poiché i modelli di machine learning richiedono di solito un continuo apporto di informazioni per aggiornarsi e migliorare la propria accuratezza. È dunque possibile che i dati di un paziente, incluso il suo decorso clinico, vengano reimmessi nell'algoritmo per affinarne le previsioni future. Da un punto di vista giuridico e deontologico, occorre chiedersi se ciò richieda un consenso esplicito del paziente e quale livello di anonimizzazione o pseudonimizzazione venga garantito. L'ordinamento europeo, con il GDPR, sottolinea che il trattamento di dati sanitari sensibili deve avvenire sempre entro i limiti di finalità ben definite, e il paziente dovrebbe essere messo al corrente di tale finalità di apprendimento continuo. Questo tema si interseca con la possibilità che i dati vengano condivisi con aziende terze (sviluppatori di software, laboratori di ricerca, ecc.), aprendo il dibattito su dove finisce il consenso del paziente e quando scatta l'obbligo di un nuovo consenso o di un'informativa integrativa.

Non mancano, infine, gli scenari di telemedicina, in cui l'IA gestisce il triage a distanza o interpreta i parametri inviati dal paziente tramite dispositivi indossabili. In questi contesti, la necessità di un consenso informato puntuale è ancora più accentuata, perché il paziente potrebbe non vedere fisicamente il medico e potrebbe quindi affidarsi quasi ciecamente alle istruzioni ricevute via app o piattaforma web. Il documento di consenso dovrebbe chiarire non solo le caratteristiche tecniche del servizio, ma anche i possibili rischi legati a malfunzionamenti o ritardi di connessione e la raccomandazione di contattare direttamente un operatore umano in caso di dubbi o di comparsa di sintomi inattesi. Diversamente, se un paziente ritarda a recarsi in ospedale perché si è affidato a un software che non ha rilevato una condizione critica, potrebbe affiorare un contenzioso in cui si discuterà se la struttura erogante il servizio telematico avesse illustrato con sufficiente trasparenza i limiti dell'IA.

Per tutte queste ragioni, si può affermare che la problematica del consenso informato nell'era dell'IA non è risolvibile con i soli schemi tradizionali, ma richiede un'innovazione nella modulistica, nella comunicazione e nella formazione degli operatori sanitari. Sebbene la legge Gelli-Bianco non affronti direttamente questo tema, l'obbligo deontologico e il diritto del paziente a un'informazione esaustiva impongono di affrontare la questione a livello sia organizzativo sia normativo. Alcune strutture hanno iniziato a sperimentare moduli di consenso integrati, dove si illustra in modo semplice che il percorso diagnostico-terapeutico può includere il consulto di algoritmi di supporto, con un paragrafo dedicato ai limiti e alla natura sperimentale (se presente) del software. Si tratta di una buona prassi, che favorisce la trasparenza e salvaguarda meglio la posizione di pazienti e operatori, ma resta ancora molto da fare perché tali procedure vengano adottate su larga scala e con una standardizzazione che eviti disparità tra diverse regioni o strutture.

In sintesi, l'IA enfatizza l'importanza del consenso informato come momento di incontro tra la dimensione tecnologica della cura e i diritti fondamentali del paziente. Se ben gestito, il consenso può diventare un'occasione di responsabilizzazione reciproca: il medico spiega il ruolo dell'IA e le sue incertezze, il paziente acquista maggiore consapevolezza, si stabilisce un canale di comunicazione più solido. Se, invece, il consenso viene trattato in modo superficiale o burocratico, si generano ombre che possono sfociare in contenziosi e nella perdita di fiducia del paziente. La sfida cruciale consiste nel non abbassare il livello di garanzia per la persona che si affida alle cure, mantenendo vivo il principio che la tecnologia è uno strumento, non un surrogato della relazione terapeutica né una verità indiscutibile.

10. L'intelligenza artificiale e la telemedicina

La telemedicina rappresenta uno dei campi in più rapida espansione all'interno dei sistemi sanitari moderni, avendo manifestato le sue potenzialità soprattutto in periodi di emergenza o nei contesti dove le distanze geografiche e la scarsità di risorse ostacolano l'erogazione di cure di qualità. L'integrazione dell'intelligenza artificiale in questa modalità di assistenza a distanza ha ulteriormente ampliato gli scenari possibili, offrendo soluzioni che, da un lato, incrementano l'accessibilità delle prestazioni mediche e, dall'altro, pongono questioni nuove in termini di sicurezza, responsabilità e gestione del consenso informato.

Se la telemedicina tradizionalmente si limitava a consulti telefonici o videoconferenze tra paziente e professionista, oggi si assiste alla diffusione di piattaforme complesse dove il paziente condivide dati clinici in tempo reale (parametri vitali, referti, immagini) e riceve un supporto personalizzato da algoritmi di IA incaricati di analizzare i valori inviati, di confrontarli con banche dati e linee guida, e di avvisare il medico solo in caso di anomalia significativa. Questo sistema, a regime, permette un monitoraggio costante e capillare, che può salvare vite in situazioni di emergenza (come crisi ipertensive o aritmie improvvise), ma comporta anche il rischio di affidarsi in modo eccessivo al software. Se quest'ultimo non è stato validato correttamente o se i dati da remoto risultano incompleti, gli output dell'algoritmo potrebbero indurre il medico a sottovalutare un problema serio o, all'opposto, a intervenire inutilmente per falsi positivi. La responsabilità professionale, di conseguenza, si apre a nuove variabili: il medico deve garantire di aver messo in atto un sistema di controllo di seconda istanza, di aver capito i limiti del software e di aver informato il paziente sulla necessità di contattare un operatore "in carne e ossa" di fronte a certi sintomi, a prescindere da ciò che indica l'applicazione.

Un aspetto peculiare riguarda le consultazioni specialistiche da remoto, in cui l'IA viene utilizzata per effettuare una prima valutazione di priorità (triage) dei pazienti o per fornire suggerimenti diagnostici. Alcune piattaforme, per esempio, chiedono al paziente di descrivere i sintomi o di caricare foto di lesioni cutanee, che l'algoritmo analizza per offrire una stima probabilistica di diagnosi (dermatite, psoriasi, melanoma ecc.). Qualora la stima dell'IA sia sbagliata, e il paziente riceva

indicazioni fuorvianti (come la rassicurazione di non recarsi in pronto soccorso), chi deve rispondere? La società che fornisce il servizio, il medico che non ha controllato manualmente l'immagine oppure la struttura sanitaria che ha scelto di mettere a disposizione quell'algoritmo senza un adeguato collaudo? Tali domande richiedono una rivisitazione dei contratti tra i diversi attori (produttore del software, clinica, assicurazioni) e l'adozione di linee guida che chiariscano il livello di supervisione umana.

Anche il consenso informato assume connotati particolari nella telemedicina assistita dall'IA, perché il paziente, spesso, non ha un contatto diretto con l'équipe clinica e potrebbe trovarsi in contesti domestici o isolati. Se un servizio promette di "avere un medico a portata di clic", la persona potrebbe affidarsi completamente alle valutazioni fornite da un chatbot o da un'assistente virtuale, senza rendersi conto che tale assistenza è vincolata a limitazioni tecniche e non sostituisce una visita fisica. È dunque opportuno che le piattaforme telemediche esplicitino, sin dalla fase di registrazione, le regole e gli obiettivi del servizio, sottolineando che le informazioni fornite dall'algoritmo costituiscono un supporto e che, in caso di segni o sintomi gravi, occorre contattare in modo diretto il personale sanitario o chiamare i numeri di emergenza. In difetto, la responsabilità potrebbe coinvolgere sia gli sviluppatori della piattaforma sia i professionisti sanitari che collaborano con essa, accusati di non aver fornito al paziente una cornice chiara di utilizzo.

Un altro nodo risiede nella gestione dei dati personali. Mentre nella telemedicina tradizionale le informazioni passano tra medico e paziente in modo relativamente semplice, nei servizi telemedici con IA i dati viaggiano attraverso cloud, possono essere archiviati in server remoti e analizzati da algoritmi di proprietà di società terze. Sorgono quindi problematiche di protezione dei dati sensibili, di compliance col GDPR (in Europa) e di definizione del perimetro di responsabilità in caso di breach o trattamento illecito. Se l'algoritmo necessita di un continuo aggiornamento e preleva in modo automatizzato i dati clinici del paziente, occorre un consenso informato specifico che spieghi come tali dati saranno elaborati, per quanto tempo e se verranno utilizzati per fini di ricerca o miglioramento del software. In assenza di un'adeguata informativa, si creano le condizioni per un contenzioso basato sulla violazione della privacy o sul trattamento non autorizzato di dati sanitari.

Dal punto di vista assicurativo, l'adozione di sistemi telemedici supportati da IA può influenzare i premi e le coperture, poiché in teoria si riduce il rischio di ricoveri tardivi o diagnosi mancate, ma aumenta il rischio di errori informatici o di imputazioni di colpa per via di un mancato follow-up degli alert. Le compagnie assicurative stanno iniziando a introdurre clausole specifiche che disciplinano l'impiego dell'IA, definendo condizioni in cui la responsabilità può ricadere sul fornitore del software o sulla struttura che abbia incorporato l'algoritmo senza test approfonditi. Tali scenari rientrano nella più ampia tendenza a considerare la telemedicina e l'IA come fattori di trasformazione del risk management: una medicina che si svolge in parte fuori dall'ospedale, con consulti asincroni e dispositivi di monitoraggio domiciliare, richiede protocolli organizzativi differenti, dove il ruolo del medico non è più quello di attendere il paziente in ambulatorio, bensì di interagire con flussi di informazioni costanti e potenzialmente filtrati da intelligenze artificiali.

Le opportunità, nondimeno, sono notevoli. In zone rurali o scarsamente servite, la telemedicina con IA consente di portare specializzazioni avanzate (cardiologia, oncologia, radiologia) a pazienti che altrimenti dovrebbero percorrere lunghe distanze. In scenari di emergenza pandemica, la continuità assistenziale da remoto può alleggerire la pressione sugli ospedali e monitorare i pazienti in isolamento, intercettando precocemente chi sviluppa complicazioni. Se ben progettata, la telemedicina con IA può anche favorire un maggiore empowerment del paziente, che si sente seguito in modo più personalizzato e con maggiore frequenza, senza dover trascorrere ore in sala d'attesa. La chiave di volta è assicurarsi che la tecnologia non scavalchi i principi di etica, responsabilità e sicurezza: non deve crearsi la percezione che un paziente sia abbandonato alle risposte di un bot, privo di un riferimento umano che assicuri l'empatia e la competenza clinica.

Nel complesso, la telemedicina potenziata dall'intelligenza artificiale si configura come un fenomeno irreversibile, destinato a diventare una colonna portante della sanità del futuro, specialmente in una società che invecchia e ha bisogno di gestire crescenti ondate di cronicità. Le problematiche di responsabilità esigono però un adeguamento dei modelli contrattuali, delle polizze assicurative, delle procedure di consenso informato e delle linee guida cliniche, in modo da chiarire i ruoli e i limiti di ciascun attore coinvolto: il medico, il paziente, la struttura, il fornitore del software. La sfida principale consiste nel mantenere centrale la relazione terapeutica, garantendo che la tecnologia sia un facilitatore e non un elemento di disintermediazione pericolosa. La responsabilità sanitaria, in questa ottica, diventa un concetto condiviso che coinvolge l'intero ecosistema digitale, chiamato a rispondere all'esigenza di fornire cure sicure, efficaci e giuste, anche quando lo spazio fisico dell'ospedale e dello studio medico si dissolve in una rete di dispositivi, algoritmi e connessioni remoti.

11. Considerazioni conclusive e prospettive future

La progressiva integrazione dell'intelligenza artificiale nella sanità sta segnando un cambio di paradigma, non soltanto dal punto di vista tecnologico, ma anche sotto il profilo culturale, deontologico, organizzativo e giuridico. L'insieme dei capitoli precedenti ha illustrato come l'IA incida su aspetti cruciali quali la gestione del rischio clinico, la responsabilità professionale, il consenso informato, l'organizzazione delle strutture e la relazione tra medico e paziente, nonché come interagisca con tecnologie complementari all'interno di un ecosistema digitale sempre più articolato. Questa evoluzione, tuttavia, rimane un processo in corso e non esente da criticità, che richiede costanti aggiustamenti normativi e una riflessione condivisa su come equilibrare i benefici dell'innovazione con la tutela dei diritti fondamentali e della sicurezza dei pazienti.

Da un lato, l'IA offre prospettive straordinarie: maggiore rapidità e accuratezza diagnostica, prevenzione precoce delle complicanze, personalizzazione delle terapie, ottimizzazione

dell'uso delle risorse, riduzione degli errori umani, mitigazione delle distanze geografiche mediante la telemedicina, integrazione di discipline diverse (dall'analisi d'immagine alla genetica) in un'unica visione olistica del paziente. Queste potenzialità consentono di sperimentare modelli di cura più efficienti, con un sensibile miglioramento della qualità assistenziale e dell'esperienza complessiva del paziente. Dall'altro, emergono interrogativi di responsabilità: quando un algoritmo propone un iter terapeutico che poi si rivela errato, chi ne risponde? Il medico per non aver esercitato un controllo vigile? La struttura che non ha validato il software o l'ha implementato in modo inadeguato? Il produttore che non ha garantito una costante manutenzione e un aggiornamento dell'algoritmo? Oppure il paziente stesso, se ha ignorato sintomi reali fidandosi di un sistema di intelligenza artificiale?

Il panorama giuridico non offre ancora una risposta definitiva, sebbene le linee guida cliniche, la normativa sui dispositivi medici e i principi cardine della colpa professionale forniscano un quadro di riferimento di base. La giurisprudenza italiana ed europea si confronterà inevitabilmente con casi concreti che metteranno alla prova la sua capacità di adattare i concetti di diligenza, causalità, onere della prova e distribuzione del rischio alle dinamiche innescate dall'IA. Da qui l'importanza di un orientamento legislativo più mirato, come auspicato dal Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale (AI Act), che affronti temi fondamentali quali la classificazione del rischio, la trasparenza, la spiegabilità e la supervisione umana dei sistemi ad alto impatto sanitario[11]. Una regolamentazione eccessivamente gravosa rischierebbe di frenare lo sviluppo tecnologico, mentre un approccio minimalista potrebbe esporre pazienti e professionisti a incertezze e lacune nelle tutele.

La sfida di bilanciare innovazione e tutela dei diritti appare particolarmente evidente se si considerano gli aspetti etici, quali l'evitare bias discriminatori nei dataset, il garantire l'equità di accesso alle soluzioni di IA e il preservare l'autonomia decisionale del paziente. Il consenso informato, la privacy e la protezione dei dati diventano così centrali nel costruire un rapporto di fiducia tra sanità digitale e cittadinanza: solo se il paziente si sente partecipe e pienamente informato sui limiti e sui vantaggi dell'IA, sarà possibile diffondere queste tecnologie su larga scala e farne uno strumento di reale progresso. Per raggiungere tale obiettivo, serve un approccio partecipato, in cui non siano coinvolti esclusivamente giuristi e operatori sanitari, ma anche ingegneri, informatici, esperti di etica, assicuratori, decisori politici e, in una certa misura, gli stessi pazienti e le associazioni di rappresentanza.

Il futuro della responsabilità sanitaria in un mondo data-driven potrebbe svilupparsi attraverso diverse linee di evoluzione. Una prima ipotesi è il crescente affermarsi di un regime di responsabilità oggettiva o quasi-oggettiva per i produttori di sistemi di IA ad alto rischio, ricalcando la filosofia dell'attuale responsabilità da prodotto difettoso. In tal modo, il paziente danneggiato non dovrebbe onorare complessi oneri probatori per dimostrare la colpa del medico o della struttura, basterebbe mostrare il difetto del software o i limiti non dichiarati dell'algoritmo. Ciò, però, presuppone che il sistema di IA sia chiaramente inquadrato come "prodotto" medico, dotato di certificazioni e test analoghi a quelli dei dispositivi invasivi o impiantabili. Un'altra via potrebbe essere quella di introdurre obblighi di assicurazione e di fondi di garanzia specifici per danni causati da IA, in modo da garantire un indennizzo al paziente senza eccessive difficoltà. Una terza strada è l'indirizzo verso cui spingono le linee guida: standardizzare la fase di validazione degli algoritmi e definire ruoli e procedure di controllo, riducendo l'area di incertezza sulla condotta diligente.

In parallelo, le strutture sanitarie dovranno formare il personale all'uso critico dell'IA, affinché i professionisti non si limitino a un'adesione cieca ai referti digitali, ma sviluppino competenze per interpretare e validare gli output, segnalare anomalie e operare un confronto costruttivo tra metodo clinico ed evidenze algoritmiche. Una formazione adeguata potrebbe diminuire il rischio di contenzioso, poiché il medico, anziché delegare completamente la responsabilità, mantiene il controllo cognitivo del processo, esercita il proprio giudizio professionale e si pone come garante nei confronti del paziente. Allo stesso modo, occorre una responsabilizzazione delle aziende produttrici di software, chiamate a rispettare standard elevati di testing, robustezza e trasparenza, specialmente laddove i loro algoritmi influenzino decisioni cliniche di elevata criticità.

Un altro elemento di prospettiva riguarda la telemedicina e la gestione di pazienti cronici a domicilio: l'IA, combinata con sensori e dispositivi di monitoraggio, consentirà di costruire una medicina preventiva e predittiva, in cui si interviene tempestivamente prima che la patologia degeneri. Se questa "visione anticipatoria" funzionerà in modo sicuro, il numero di ricoveri e complicazioni dovrebbe diminuire, alleggerendo i costi del sistema sanitario. Ma bisogna fare i conti con la responsabilità quando i segnali di allarme inviati dal sistema non vengono presi in carico o, viceversa, quando l'algoritmo ignora una situazione pericolosa. La governance della sanità digitale diventerà, quindi, un tema centrale di policy, per definire come distribuire le risorse, come standardizzare i protocolli d'intervento e come garantire la non discriminazione nelle diverse regioni e fasce di popolazione.

In conclusione, le considerazioni conclusive evidenziano che l'IA non è soltanto un'innovazione tecnologica, ma un motore di trasformazione sistemica. Perché i suoi benefici si manifestino in modo uniforme e le responsabilità non restino in una "zona grigia", è necessaria una convergenza di norme, best practice, linee guida, formazione professionale e partecipazione attiva dei pazienti. Si tratta di un percorso complesso, forse in parte imprevedibile, che richiederà anche un cambio di mentalità negli operatori sanitari, i quali dovranno superare timori di delega o di eccessiva dipendenza dalla tecnologia, mantenendo viva la propria funzione di garanti del rapporto terapeutico. Parallelamente, i legislatori, le autorità di

[11] Emilio Gómez-González et al., *Artificial intelligence in medicine and healthcare: a review and classification of current and near-future applications and their ethical and social Impact*, 2020.

vigilanza e le società scientifiche dovranno rafforzare la cornice di regole e procedure che, senza soffocare l'innovazione, assicurino un livello adeguato di sicurezza, spiegabilità e tutela dei diritti. L'IA, dunque, è uno strumento potente e versatile: starà alla comunità medica, giuridica e politica guidarne l'evoluzione in direzione di un progresso sostenibile, in cui tecnologia ed etica convergano verso l'obiettivo cardine di ogni sistema sanitario, ovvero il benessere e la dignità del paziente.

12. Casi di studio di controversie legali relative all'uso dell'IA in sanità

In questa sezione conclusiva, si propongono alcuni casi di studio volti a evidenziare, in modo tangibile, le problematiche giuridiche che possono sorgere dall'impiego di algoritmi di intelligenza artificiale in ambito sanitario. Sebbene i singoli episodi siano spesso frutto di simulazioni o reinterpretazioni di controversie reali, essi mostrano come i princìpi trattati nei capitoli precedenti si applichino a situazioni concrete, sollevando questioni di responsabilità, onere della prova, validità del consenso informato e protezione dei dati.

Caso 1: Errore diagnostico in radiodiagnostica

Un ospedale di medie dimensioni adotta un sistema di IA per lo screening di immagini mammografiche, con lo scopo di ridurre il carico di lavoro dei radiologi e di ottenere una maggiore sensibilità nella rilevazione di noduli sospetti. Il software, presentato dal produttore come estremamente accurato, in fase di convalida interna mostra una percentuale di falsi negativi pari al 10%. Dopo sei mesi, una paziente con un nodulo maligno non rilevato dalla IA (e non segnalato dal radiologo, che aveva confidato in modo troppo passivo nella validazione automatica) scopre, in un centro specialistico, di avere un tumore in fase avanzata. Decide quindi di intraprendere un'azione legale contro l'ospedale e il radiologo.

- **Questione chiave**: L'ospedale sostiene di aver semplicemente adottato uno strumento riconosciuto sul mercato, e che l'obbligo di vigilanza fosse del radiologo, il quale avrebbe dovuto comunque rivedere le immagini. Il radiologo, a sua volta, dichiara che il sistema era pubblicizzato come "altamente affidabile" e che l'errore deriva da un difetto di progettazione o di addestramento.
- **Prospettiva giuridica**: Il giudice verifica se l'ospedale avesse definito protocolli che imponessero una doppia lettura manuale in caso di negatività dell'IA, e se il radiologo avesse effettivamente mantenuto un ruolo attivo di valutazione critica. Valuterà poi la responsabilità del produttore: se fosse emerso che il software, a dispetto di quanto dichiarato, aveva una percentuale di errore sensibilmente più alta in mammelle con tessuto denso (profilo della paziente in questione), si potrebbe configurare un difetto di informazione sul prodotto.
- **Esiti possibili**: La responsabilità potrebbe essere condivisa tra struttura (per mancanza di adeguate linee procedurali), medico (per imperizia, avendo omesso la propria valutazione) e produttore (per pubblicità fuorviante o training dataset insufficienti). Il giudice potrebbe orientarsi a definire il grado di colpa in base a quanto l'ospedale abbia effettivamente avvisato il radiologo dei limiti dell'IA.

Caso 2: Malfunzionamento di un robot chirurgico

Una clinica privata utilizza un robot chirurgico di nuova generazione dotato di un modulo di IA per la resezione di tumori al colon. Durante un intervento, il robot commette un errore di posizionamento, provocando una perforazione intestinale e una lesione a un vaso sanguigno. Il chirurgo, presente in sala, non riesce a intervenire tempestivamente. Il paziente subisce gravi complicanze e avvia un'azione risarcitoria.

- **Questione chiave**: Chi deve rispondere di un guasto o di un difetto di "calcolo" del robot? Il chirurgo, che avrebbe dovuto monitorare costantemente l'operato del sistema e, se necessario, convertire l'intervento? La clinica, che non ha garantito un addestramento sufficiente al personale su come gestire situazioni di emergenza robotica? Il produttore, se si dimostra che il software di guida automatica presentava falle di programmazione?
- **Prospettiva giuridica**: Un'accertata falla del software potrebbe configurare una responsabilità da prodotto difettoso del produttore, in base alle norme del Codice del Consumo. Tuttavia, si valuta anche la colpa del chirurgo, che in virtù della diligenza professionale ha il dovere di vigilare e saper interrompere la procedura se nota segnali di anomalia. È altresì possibile che il contratto di fornitura tra la clinica e il produttore preveda clausole di esclusione o limitazione della responsabilità, la cui validità è però sottoposta alla valutazione del giudice.
- **Esiti possibili**: Una perizia tecnica dovrà stabilire la causa prossima dell'errore (hardware, software, negligenza del chirurgo) e la sussistenza del nesso causale con il danno patito dal paziente.

Caso 3: Sistema di prescrizione elettronica e interazioni farmacologiche

In un grande ospedale pubblico, viene installato un decision support system (DSS) per la prescrizione dei farmaci, integrato con le cartelle cliniche elettroniche. Il sistema dovrebbe bloccare le prescrizioni potenzialmente pericolose (dosaggi errati, allergie, interazioni). A seguito di un aggiornamento, si genera un bug che impedisce il rilevamento di un'allergia riportata nella cartella del paziente. Il medico prescrive un antibiotico e il paziente, allergico, va in shock anafilattico.

- **Questione chiave**: È stata una colpa del medico, che non ha controllato manualmente l'anamnesi allergica, o dell'ospedale, che non ha eseguito test adeguati prima di distribuire l'update del software? Oppure del produttore, che non ha segnalato la criticità dell'aggiornamento?
- **Prospettiva giuridica**: La legge Gelli-Bianco e la giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria richiedono che il medico, pur potendo affidarsi a supporti elettronici, non abdichi alla propria diligenza, specialmente in presenza di dati anamnestici rilevanti come le allergie. Se la struttura non avesse previsto procedure di validazione post-aggiornamento, potrebbe emergere un profilo di colpa organizzativa. Nel frattempo, il produttore potrebbe essere chiamato a rispondere se l'errore di programmazione fosse una diretta violazione degli standard di sicurezza imposti dal contratto o dalle norme sui dispositivi medici.
- **Esiti possibili**: Il giudice potrebbe riconoscere una responsabilità concorrente, poiché la prevenzione di un errore

così rilevante (l'allergia) passa attraverso molteplici controlli incrociati.

Caso 4: Violazione della privacy in telemonitoraggio

Un servizio di telemedicina, gestito da un fornitore privato per conto di un'ASL, offre monitoraggio a distanza per pazienti con insufficienza cardiaca. L'algoritmo elabora i dati inviati dai wearable device, calcolando un "score di rischio" che viene trasmesso al cardiologo di riferimento. A causa di una falla di sicurezza nei server in cloud, gli score di rischio di alcuni pazienti finiscono in un database pubblico online, accessibile a terzi non autorizzati.

- **Questione chiave**: Chi risponde del danno di immagine e della lesione della privacy subita dai pazienti? Il fornitore del servizio, che aveva l'obbligo di adottare le misure di sicurezza adeguate? L'ASL, titolare del trattamento dei dati? La piattaforma di cloud che ospitava i server?
- **Prospettiva giuridica**: Ai sensi del GDPR, il titolare del trattamento (verosimilmente l'ASL) è responsabile in prima battuta; poi si valuta se sussista un concorso del responsabile esterno (il fornitore della telemedicina). Se emergerà che i protocolli di sicurezza erano inadeguati, la struttura e il fornitore potrebbero essere soggetti a sanzioni amministrative e a richieste di risarcimento. Dal punto di vista della responsabilità sanitaria, la questione attiene più alla protezione dei dati che a un errore clinico, ma non si esclude che un'errata valutazione del rischio (score mal gestiti) abbia inciso anche sulla cura dei pazienti.
- **Esiti possibili**: Si potrebbe configurare una responsabilità solidale dell'ASL e del fornitore, qualora fosse dimostrato il mancato rispetto delle misure tecniche e organizzative in materia di sicurezza informatica.

Caso 5: Bias algoritmico nel trattamento oncologico

Una grande azienda ospedaliera utilizza un sistema di IA per pianificare la radioterapia dei pazienti oncologici, personalizzando dosi e campi d'irradiazione. Diversi casi di pazienti di etnia minoritaria mostrano risultati peggiori, con più effetti collaterali e minore efficacia terapeutica. Successive analisi rivelano che il dataset di addestramento era composto in larga parte da pazienti di etnia diversa, per cui l'algoritmo tendeva a "tararsi" su caratteristiche che non rispecchiavano una parte della popolazione.

- **Questione chiave**: Si può parlare di discriminazione o di violazione del principio di uguaglianza nell'accesso alle cure? Quali responsabilità emergono per la struttura che adotta un modello non validato su un campione rappresentativo, e per il produttore che non ha segnalato il rischio di bias?
- **Prospettiva giuridica**: Oltre alle possibili conseguenze civili (risarcimento per danni da trattamento inadeguato), la situazione potrebbe configurare un contrasto con i principi costituzionali di non discriminazione e con la normativa sanitaria che impone cure appropriate e personalizzate. È ipotizzabile un profilo di colpa organizzativa della struttura, se si dimostra che non si è proceduto ad alcun controllo di equità del software.
- **Esiti possibili**: La giurisprudenza potrebbe stabilire che l'adozione di un sistema di IA privo di validazione su gruppi eterogenei costituisca di per sé una colpa grave, imponendo allo sviluppatore e alla struttura l'onere di test specifici per evitare disparità di trattamento.

I casi di studio proposti mostrano quanto sia delicato l'equilibrio tra potenzialità dell'IA e rischi legati a malfunzionamenti, bias, scarsa trasparenza o uso non conforme alle regole di diligenza professionale. In tutti gli scenari emerge l'importanza di definire una governance chiara, in cui le procedure interne all'ospedale, le responsabilità del fornitore di software e la formazione del personale siano coordinate in modo da prevenire l'errore e da fornire al paziente la massima protezione dei propri diritti. Se l'IA è gestita come un semplice dispositivo da "installare e dimenticare", i profili di responsabilità possono moltiplicarsi e dare vita a contenziosi lunghi e incerti. Viceversa, se la tecnologia viene accompagnata da un approccio sistematico di audit, validazione continua, supervisione umana e tracciabilità delle decisioni, la collaborazione tra medico e macchina può davvero migliorare l'outcome clinico e la sicurezza complessiva del paziente, riducendo i rischi e, di conseguenza, gli episodi di malpractice.

Questo concetto di "responsabilità condivisa" tra tutti gli attori (operatore sanitario, struttura, produttore dell'IA, organizzazioni di vigilanza e regolazione) costituisce il fulcro di una sanità digitale consapevole, in grado di sfruttare l'innovazione senza abbandonare il principio fondamentale secondo cui il paziente deve sempre essere al centro dell'attenzione e destinatario di cure efficaci, eque e sicure.

Corte di Cassazione

a cura di Giacomo Travaglino
Presidente della III Sezione Civile della Corte di Cassazione

---

*** Perdita del diritto all'autodeterminazione e liquidazione equitativa dei danni**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 gennaio 2024, n. 2539; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Malpractice medica e danno da invalidità temporanea**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 29 gennaio 2024, n. 2719; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** Fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle emergenze probatorie**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 gennaio 2024, n. 2738; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** Domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 31 gennaio 2024, n. 2892; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità per attività medico-chirurgica, la rilevanza del rispetto, da parte del sanitario, delle linee guida**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3085; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

*** Profili assicurativi e clausola "claims made"**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3123; Pres. Travaglino; Rel. Sestini

*** Riorganizzazione sul territorio delle articolazioni territoriali del SSN e responsabile all'esterno di tutte le obbligazioni risarcitorie**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 febbraio 2024, n. 3231; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Azione proposta dai prossimi congiunti per risarcimento dei danni da perdita del rapporto parentale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 5 febbraio 2024, n. 3267; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Danno da lesione del diritto all'autodeterminazione**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 1 marzo 2024, n. 5610; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità medica e nesso causale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 marzo 2024, n. 5922; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Profili assicurativi e copertura retroattiva**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza12 marzo 2024, n. 6490; Pres. Travaglino; Rel. Gorgoni

*** Strutture sanitarie, inadempimento delle obbligazioni e responsabilità**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 15 marzo 2024, n. 7074; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Suicidio di un paziente con problemi psichici e responsabilità civile**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 26 marzo 2024, n. 8109; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

*** Violazione dell'obbligo del consenso informato e oneri probatori**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 marzo 2024, n. 8364; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** Liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10765; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

*** Responsabilità sanitaria e solidarietà tra struttura e medico**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10787; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

*** Decesso del paziente e sofferenza del familiare superstite**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 23 aprile 2024, n. 10901; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

*** Responsabilità medica, il ruolo strategico della CTU**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11137; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Responsabilità medica, successione delle leggi nel tempo e riparto dell'onere della prova**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11166; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Decesso del paziente, rilevanti le notizie desumibili dalla cartella clinica**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 aprile 2024, n. 11224; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Accertamento della responsabilità per infezioni nosocomiali**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 3 maggio 2024, n. 12015; Pres. Scrima; Rel. Porreca

*** Responsabilità medico-chirurgica e risarcibilità del danno inferto alla salute e al diritto all'autodeterminazione**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 6 maggio 2024, n. 12244; Pres. Scrima; Rel. Porreca

*** Modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis"**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12462; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** Decesso del paziente e danno patrimoniale subito dai figli economicamente indipendenti**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12497; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** Responsabilità professionale sanitaria e rilevanza dell'incompletezza della cartella clinica**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12633; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

*** *Exitus* imminente e diritto di scelta del paziente**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 maggio 2024, n. 14245; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

*** Rilevanza della transazione tra medico e danneggiato sull'accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 28 maggio 2024, n. 14846; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

*** Errore del medico-persona fisica e responsabilità dell'ospedale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 maggio 2024, n. 15216; Pres. De Stefano; Rel. Rubino

*** Personalizzazione del danno non patrimoniale e valorizzazione di circostanze eccezionali**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16186; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

*** Causalità materiale nei reati commissivi impropri consumati nell'esercizio della professione medico-sanitaria**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16199; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

*** Natura giuridica del referto del pronto soccorso di una struttura ospedaliera pubblica**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 13 giugno 2024, n. 16572; Pres. Travaglino; Rel. Iannello

*** Obbligo del medico di controllare competenza ed esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 17 giugno 2024, n. 16737; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità medica da nascita indesiderata, risarcimento danni e onere della prova**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 giugno 2024, n. 16967; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Perdita di chance e perdita del risultato sperato**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 20 giugno 2024, n. 17124; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Contenuto della nozione medica di "complicanza"**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 25 giugno 2024, n. 17507; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** Emotrasfusione con sangue infetto e diritto al risarcimento danni**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 giugno 2024, n. 17664; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

*** Responsabilità sanitaria, la CTU e l'ambito di indagine del Giudice**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 giugno 2024, n. 17742; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

*** Danno da perdita di chance di sopravvivenza**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 27 giugno 2024, n. 17821; Pres. De Stefano; Rel. Saija

*** Lesione del diritto all'autodeterminazione, non configurabile il danno in re ipsa**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18312; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

*** L'acquisizione della documentazione necessaria da parte del CTU**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18332; Pres. Scrima; Rel. Porreca

*** Infezione da virus HBV, HIV e HCV contratte a seguito di emotrasfusioni e responsabilità dell'amministrazione**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 luglio 2024, n. 18460; Pres. Scrima; Rel. Porreca

*** Liquidazione del danno biologico cd. differenziale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 luglio 2024, n. 20894; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

*** Malpractice medica, risarcimento danni e decorso del termine prescrizionale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21259; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità sanitaria, danno alla salute e risarcimento**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21261; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Danno da perdita anticipata della vita e danno da perdita di chance di (maggiore) sopravvivenza**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21415; Pres. Scrima; Rel. Porreca

*** Responsabilità medica e conseguenze sottese alla "causa" ignota**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 21 agosto 2024, n. 22996; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

*** Statuto del consenso informato**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 18 settembre 2024, n. 25126; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

*** Condizioni per il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 18 settembre 2024, n. 25127; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità medica e giudizio di causalità sull'evento lesivo**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 21 ottobre 2024, n. 27142; Pres. Travaglino; Rel. Fiecconi

*** Responsabilità medica *ante* L. n. 24/2017 e riparto dell'onere della prova**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 ottobre 2024, n. 27579; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

*** La responsabilità della struttura sanitaria nel regime anteriore alla L. n. 24/2017**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28642; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Irrilevanza giuridica della nozione di complicanza**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28762; Pres. Travaglino; Rel. Cricenti

*** Conseguenze sottese alla incompletezza della cartella clinica**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 novembre 2024, n. 29716; Pres. Scrima; Rel. Cricenti

*** Liquidazione unitaria del danno non patrimoniale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 25 novembre 2024, n. 30364; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

*** Tabella unica nazionale prevista per la liquidazione del danno non patrimoniale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 novembre 2024, n. 30497; Pres. Travaglino; Rel. Cirillo

*** Criterio di calcolo del danno differenziale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 novembre 2024, n. 30560; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria e danno evento**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 dicembre 2024, n. 30860; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

*** Adesione del Giudice di merito alle conclusioni del CTU e obbligo di motivazione**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31039; Pres. Scoditti; Rel. Iannello

*** Valore giuridico delle linee guida**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31063; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

*** Responsabilità medica e personalizzazione del danno non patrimoniale**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 9 dicembre 2024, n. 31681; Pres. Scoditti; Rel. Spaziani

*** Profili assicurativi della responsabilità medica, non abusiva la clausola clausola claims**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 12 dicembre 2024, n. 32048; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

*** Sottoposizione a TSO, la procedura da seguire**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 dicembre 2024, n. 33290; Pres. Scoditti; Rel. Rubino

*** Infezioni nosocomiali, presunzioni di responsabilità e vicinanza della prova**
CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 dicembre 2024, n. 35062; Pres. Rubino; Rel. Vincenti

Perdita del diritto all'autodeterminazione e liquidazione equitativa dei danni

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 gennaio 2024, n. 2539; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

In caso di incompleta o mancante informazione sui trattamenti sanitari cui sottoporre il paziente, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, né nella perdita di "chance" di guarigione, ma include la perdita di un "ventaglio" di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita e della necessaria consapevolezza attraverso la quale maturare l'accettazione della propria condizione e gestire i propri rapporti personali con piena cognizione delle proprie condizioni fisiche e delle proprie prospettive future. La perdita del diritto alla autodeterminazione costituisce la lesione di un bene di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, che giustifica una condanna al risarcimento del danno sulla base di una liquidazione equitativa.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo i ricorrenti deducono la nullità della sentenza ex articolo 360, primo comma, n. 4 c.p.c. per violazione dell'articolo 112 c.p.c. ovvero del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, là dove la Corte d'appello ha affermato che gli appellati non avevano impugnato l'accertamento del giudice di prime cure relativo al danno all'autodeterminazione ma, ritenendo la liquidazione effettuata dal tribunale troppo esigua, ne chiedono la rideterminazione in termini di perdita di chances, ossia di risarcimento del danno alla salute, che è stato già risarcito con statuizione non impugnata e passata in giudicato, affermando che cosi prospettato il danno da perdita di chance veniva costituire una inammissibile duplicazione del danno terminale già riconosciuto iure hereditatis.

Sostengono che la liquidazione del danno di cui si chiedeva la riforma con l'unico motivo d'appello era la liquidazione del danno da lesione del diritto di autodeterminazione, autonomo rispetto al danno da lesione del diritto alla salute, sul quale effettivamente i congiunti non hanno proposto impugnazione. In relazione a quel danno evidenziano di aver introdotto il riferimento alla perdita di chance solo come parametro utilizzabile per la quantificazione del danno, rapportando la chance perduta in relazione alle circostanze del caso di specie e alle condizioni della paziente all'80 % della possibilità di sopravvivenza a 5 anni in una donna di 76 anni. Ribadiscono quindi che avevano fatto riferimento al danno da perdita di chance non come voce di danno da risarcire, riconducibile quindi sub specie del danno alla salute ma esclusivamente come criterio di quantificazione utilizzabile in relazione al danno da perdita del diritto all'autodeterminazione. Proseguono argomentando che la Corte d'appello ben poteva non condividere il parametro di liquidazione suggerito e tuttavia non avrebbe potuto esimersi dal pronunciare su questa voce di danno, provvedendo a una revisione della quantificazione già effettuata.

Sostengono di aver criticato, in appello, soltanto la quantificazione di quella voce di danno, da effettuarsi in via equitativa ma comunque non in misura risibile e che la Corte d'appello avrebbe dovuto decidere come quantificare quella voce di danno di cui era stata riconosciuta l'esistenza e della quale era messa in discussione la quantificazione.

2.- A pagina 20 del ricorso, rubricato sub a), si denuncia la violazione dell'art. 1226 c.c. in relazione ai criteri per la liquidazione equitativa del danno da mancato consenso informato denunciando anche che la corte d'appello sia incorsa nella violazione, nell'effettuarne la quantificazione, delle tabelle elaborate dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano.

I ricorrenti si dolgono della inadeguata liquidazione del danno da mancato consenso informato, aggiungendo che la corte territoriale, oltre a non aver preso in considerazione il parametro di liquidazione da loro indicato, di cui al primo motivo di censura, ha violato anche l'indicazione contenuta nelle tabelle di Milano, in quanto, pur avendo già il giudice di prime cure ritenuto il danno di eccezionale gravità, la liquidazione equitativa non era stata rispettosa di quanto indicato dalle tabelle milanesi, che per i danni di eccezionale gravità prevedono che debbano essere liquidati oltre 20.000,00 Euro.

3.- A pagina 26 del ricorso, sub b), si denuncia la violazione dell'articolo 360 c.p.c. e dell'articolo 1226 c.c. in relazione all'inquadramento del danno da perdita di chance: avrebbe sbagliato la corte d'appello anche la dove ha affermato che col riferimento al danno da perdita di chance sia stata chiesta la duplicazione di una voce di danno alla salute della signora, già liquidata e non impugnata, stante l'autonomia tra le due voci di danno, delle quali i ricorrenti illustrano i diversi contenuti peculiari, argomentando nel senso che il danno da perdita di chance è un danno a sé stante, distinto dal danno alla salute e più specificamente riferito alla perdita di chance di una migliore qualità di vita e di una più lunga aspettativa di vita e quindi e un'autonoma voce di danno, attuale, che va commisurata alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, un danno che non è legato all'evento morte o all'evento lesione della salute ma del tutto a sé stante, che attiene alla mera possibilità di conseguire una vita migliore e di sottoporsi a cure più idonee per una più lunga aspettativa di vita.

4.- Il ricorso presenta alcuni profili di inammissibilità, in quanto non risulta del tutto chiaro dalla esposizione se i ricorrenti hanno inteso proporre, e sviluppare, tre distinti motivi (rubricati 1, a) e b)), o se non è piuttosto un unico, articolato motivo. In memoria, puntualizzano di aver proposto tre motivi distinti. Esso è comunque complessivamente infondato.

5.- La censura contenuta nel primo motivo, relativa alla mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato, è infondata. In definitiva, i ricorrenti hanno richiesto, in appello, una più congrua liquidazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, e la corte d'appello ha valutato il motivo di appello ritenendo implicitamente incongruo il criterio di liquidazione proposto, perché l'ha ritenuto idoneo solo ai fini della liquidazione del danno da perdita di chance,

ove una autonoma domanda fosse stata tempestivamente proposta.

6.- Anche il secondo motivo, o motivo sub a), è infondato.

La doglianza si collega alla precedente perché la contestazione di fondo dei ricorrenti si appunta sulla scorretta, liquidazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione effettuata dalla corte d'appello, ritenuta irrisoria e comunque insufficiente ad una integrale riparazione del pregiudizio subito. Essa è infondata.

Va premesso che, come la giurisprudenza di questa Corte ha già consolidatamente affermato, **in caso di incompleta o mancante informazione sui trattamenti sanitari cui sottoporre il paziente (in questo caso, la carenza informativa ha riguardato, in particolare, le terapie postoperatorie), l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, né nella perdita di "chance" di guarigione, ma include la perdita di un "ventaglio" di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita e della necessaria consapevolezza attraverso la quale maturare l'accettazione della propria condizione e gestire i propri rapporti personali con piena cognizione delle proprie condizioni fisiche e delle proprie prospettive future. La perdita del diritto alla autodeterminazione costituisce la lesione di un bene di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, che giustifica una condanna al risarcimento del danno sulla base di una liquidazione equitativa** (Cass. n. 16633 del 2023; Cass. n. 28985 del 2019; Cass. n. 10424 del 2019; Cass. n.7260 del 2018).

Ai fini di fornire validi parametri di riferimento per una valutazione equitativa del danno da violazione del diritto all'autodeterminazione che sia il più possibile conformata alle circostanze del caso concreto, **l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano ha dal 2021 integrato le tabelle da esso predisposte per la liquidazione del danno non patrimoniale, inserendo all'interno in esse anche un ausilio alla liquidazione equitativa dell'ipotesi specifica di danno non patrimoniale da lesione del consenso informato, delineando una scala di gravità delle ipotesi, articolata in quattro gradini (a seconda della gravità dei postumi, della condizione del paziente, delle caratteristiche dell'intervento e della carenza informativa), il più grave dei quali fa riferimento ai danni di eccezionale gravità, proponendo per esso una liquidazione oltre i 20.000 Euro. Le tabelle di Milano, estremamente utili agli operatori anche in relazione al risarcimento del danno da violazione del consenso nell'offrire criteri orientativi di quantificazione basati sulla elaborazione di una ampia campionatura di decisioni, non hanno valore normativo. Costituiscono un riferimento opportuno, ai fini di evitare il rischio di una valutazione arbitraria da parte del giudice, ma non assolutamente vincolante al rispetto degli importi ivi indicati. Costituirebbe violazione di legge una valutazione equitativa scissa dalla indicazione di ogni parametro di riferimento, perché arbitraria. Potrebbe andare incontro ad una valida censura di illogicità della motivazione una decisione che indichi un parametro quali le tabelle milanesi discostandosene poi completamente e senza adeguata motivazione, ovvero se il richiamo alle tabelle fosse meramente formale, avendo il giudice solo formalmente affermato di aver applicato queste o altre tabelle per poi raggiungere una quantificazione del tutto difforme dal ventaglio di risultati raggiungibile sulla base di esse senza alcuna logica motivazione.**

È invece esente da vizi una valutazione che, come nel caso di specie, abbia tenuto in conto il parametro, elaborato peraltro all'interno dello stesso distretto, ed abbia implicitamente ma legittimamente scelto di tenersi al margine di esso. Come indicato dagli stessi attuali ricorrenti nella comparsa conclusionale in appello, il cui passo è riportato dalla sentenza impugnata, la somma di Euro 20.000,00 liquidata per violazione del diritto al consenso informato rappresenta per vero una soglia a partire dalla quale il giudice deve stabilire il risarcimento del danno da liquidarsi in via equitativa in casi di siffatta accertata gravità: a quella soglia si è attenuto il giudice di appello, il fatto che non abbia ritenuto di superarla rientra nella sua scelta discrezionale di adeguare la misura del risarcimento al caso concreto.

La corte d'appello non si è dunque sottratta alla verifica della corretta quantificazione del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, in quanto dopo l'affermazione volta ad escludere l'utilizzabilità del criterio di risarcibilità del danno da perdita di chance, il giudice dell'impugnazione richiama, implicitamente confermandone la correttezza, la quantificazione effettuata dal giudice di prime cure, che ha applicato le tabelle milanesi riconoscendo un danno equitativamente liquidato in 20.000 Euro.

Sostengono i ricorrenti che avrebbe in tal modo violato anche le tabelle di Milano, che indicano quattro diversi parametri da utilizzare per la determinazione equitativa di questa voce di danno, dei quali l'ultimo, quello adeguato al risarcimento del danno ove ritenuto di eccezionale entità, indica come adeguato un risarcimento di misura superiore a 20.000 Euro ("oltre 20.000). Ma, come detto, non sussiste la denunciata violazione, perché la determinazione della misura del risarcimento per violazione del diritto al consenso costituisce valutazione equitativa, all'interno della quale i criteri elaborati dal tribunale di Milano costituiscono un idoneo parametro di riferimento, privo di vincolatività su base normativa, per una liquidazione che non sia arbitraria ma il più possibile aderente al caso concreto, in quanto la loro elaborazione tiene conto delle principali possibili variabili sottostanti alle fattispecie concrete alla stregua delle quali compiere la valutazione equitativa.

7.- Il terzo motivo, o motivo sub b), in cui si argomenta sulla autonomia della voce di danno da perdita di chance rispetto al diritto al risarcimento del danno alla salute, è in sé inammissibile perché introduce un profilo che non è mai stato oggetto di causa, in quanto, in particolare, come gli stessi ricorrenti sostengono, non è mai stata introdotta una domanda volta al risarcimento del danno da perdita di chance riportato dalla signora. La perdita di chance in concreto subita dalla paziente è stata richiamata dai ricorrenti solo come criterio di quantificazione del diverso danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, affinché lo stesso venisse adeguatamente liquidato in via equitativa, in assenza di parametri normativi, e comunque oltre i 20.000 Euro, la cui utilizzabilità è stata scartata dalla corte d'appello, e ciò costituisce oggetto della prima doglianza.

8.- Il ricorso va pertanto rigettato. La particolarità della vicenda induce a compensare le spese del presente giudizio tra le parti.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto e gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Spese compensate.
Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione
il 24 ottobre 2023
Depositato in Cancelleria il 26 gennaio 2024.

Malpractice medica e danno da invalidità temporanea

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 29 gennaio 2024, n. 2719; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Il danno da invalidità temporanea non può essere escluso in via di principio, ma solo sulla base della mancanza di un reddito al momento dell'infortunio, presupposto che non è nel caso di specie sub iudice, essendosi la censura arrestata alla mera configurazione in astratto di un danno futuro da invalidità temporanea.

... Omissis ...
Motivi della decisione

muovendo dal ricorso principale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056, 2059, 2727 e 2729 cod. civ., 138, comma 2, lett. e) D.Lgs. n. 209 del 2005, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che le tabelle del Tribunale di Venezia, a partire dal 2009, hanno previsto la determinazione del danno morale in via autonoma e separata rispetto al danno biologico, prevedendo, con l'edizione del 2016, un ammontare dal 10% al 100%, secondo una scala di gravità, su quanto liquidato per il pregiudizio biologico e che la corte territoriale, nonostante che il Tribunale avesse liquidato sia il danno biologico che quello morale, ha esteso alla tabella veneziana il diverso principio operante per la tabella del Tribunale di Milano.
Il motivo è inammissibile. Il giudice di appello ha fatto applicazione dell'edizione del 2016 della tabella del Tribunale di Venezia e ha escluso l'autonoma liquidazione del danno morale sul presupposto che, al pari di quanto previsto dalla tabella del Tribunale di Milano, tale voce di danno fosse contemplata all'interno del danno biologico. Trattasi di presupposto effettivamente errato perché, come documentato dalla ricorrente, l'edizione della tabella veneziana, di cui la corte territoriale ha fatto applicazione, non contempla il danno morale all'interno del danno biologico, ma procede alla sua autonoma determinazione.
Tale errore non ha tuttavia comportato che il giudice di appello abbia omesso di procedere alla nuova liquidazione del danno morale sulla base del diverso punto di invalidità permanente individuato. Si legge a pag. 15 della sentenza impugnata che la personalizzazione del danno biologico nella percentuale del 30% è adeguata in rapporto al tasso di sofferenza medio/elevata riconosciuto alla paziente, oltre alle presumibili conseguenze dinamico relazionali. Ciò significa che nella personalizzazione pari al 30% è inclusa la componente del danno morale, quale sofferenza interiore, distinta dal danno biologico, sofferenza interiore che il giudice del merito, in base ad un giudizio di fatto non sindacabile nella presente sede di legittimità, ha quantificato a fini riparatori nella misura corrispondente ad una parte del 30% di personalizzazione. La censura, in definitiva, non intercetta la ratio decidendi, ed è pertanto priva di decisività.
Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056, 2059 cod. civ., in relazione agli artt. 2 , 3 e 32 Cost., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha fatto applicazione delle tabelle veneziane, in luogo di quelle milanesi, le quali indicano per il punto di invalidità un importo maggiore e che tabelle diverse da quelle milanesi possono essere applicate a condizione che portino al riconoscimento di un importo sostanzialmente corrispondente a quello milanese.
Il motivo è inammissibile.
Come affermato dalla medesima ricorrente, ed accertato nella sentenza impugnato, il Tribunale aveva fatto applicazione della tabella elaborata dal Tribunale di Venezia e rispetto a tale applicazione l'odierna ricorrente non ha proposto appello. Costituisce dunque giudicato interno la circostanza che il danno debba essere liquidato, nel presente giudizio, sulla base delle tabelle veneziane.
Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056, 2059 cod. civ., 1 legge n. 219 del 2017, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che il giudice di appello, nonostante che abbia ritenuto violato il diritto al consenso informato, ritiene che nulla spetti per tale violazione per essere tale voce di danno ricompresa nella quota di personalizzazione del danno biologico e che il danno alla libertà di autodeterminazione è, invece, diverso dal danno biologico. Aggiunge che il Tribunale, forse per mera dimenticanza, non aveva operato alcuna liquidazione per il consenso informato, violando il principio di corrispondenza del chiesto al pronunciato.
Il motivo è inammissibile.
Come nel caso del primo motivo, la censura non intercetta la ratio decidendi, ed è pertanto priva di decisività. Il giudice del merito non ha omesso di liquidare il danno per violazione del consenso informato, ma ha affermato che esso è da considerare ricompreso nella quota di personalizzazione del 30%. Anche in questo caso, il giudice del merito è pervenuto all'identificazione della misura del 30% sulla base della considerazione anche della lesione di una situazione soggettiva diversa dal danno biologico, e cioè il diritto all'autodeterminazione del paziente per violazione degli obblighi informativi. Nel motivo di censura non viene specificatamente indicato perché la percentuale riconosciuta non possa essere comprensiva della lesione giuridica in discorso, ma si afferma solo che tale danno non è stata considerato dalla corte territoriale, quando invece, come si è appena visto, esso è stato computato per pervenire alla percentuale del 30% di personalizzazione.
Passando al ricorso incidentale, con il primo motivo si denuncia violazione degli artt.40, 41 cod. pen., 1223, 1225 e 2055 cod. civ., ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. Osserva la ricorrente in via incidentale che, essendo l'errore diagnostico esclusivamente imputabile al Laboratorio B.B.@, l'intervento di quadrantectomia, determinato da tale errore, avrebbe dovuto essere posto a carico esclusivamente del Laboratorio, per cui di tale danno, pari al 13% di invalidità permanente, avrebbe dovuto rispondere il solo Laboratorio, mentre a carico della ricorrente, nella misura del 50%, avrebbe

dovuto essere posto a carico il solo 11%, per il danno differenziale determinato dall'intervento di mastectomia. Aggiunge che, ove venga riconosciuta la responsabilità solidale, deve in via di regresso essere riconosciuta in favore della ricorrente la rivalsa relativamente al danno corrispondente al pregiudizio pari al 13%, mentre sul restante 11% resta il riparto nella misura del 50%.

Il motivo è infondato.

Il fatto dannoso, che il giudice del merito ha identificato, è l'intervento di mastectomia, privo di giustificazione in carenza della patologia corrispondente al suo presupposto. L'errore diagnostico costituisce comportamento pregiudizievole, nella vicenda in esame, in relazione al detto fatto dannoso, la cui gravità è stata approfondita dalla struttura sanitaria con l'opzione in favore dell'intervento demolitorio, in luogo di quello conservativo che la diagnosi, pure errata, giustificava. Astratto da tale sequenza eziologica, e considerato in quanto tale, l'errore diagnostico in esame costituisce un mero inadempimento all'obbligazione di diligenza professionale, ma la sua rilevanza pregiudizievole si è materializzata solo con l'intervento chirurgico. Non vi è dunque, alla luce del giudizio di fatto del giudice del merito, una duplicità di eventi di danno, l'errore diagnostico (e l'intervento conservativo che sulla sua base si sarebbe potuto verificare - ma non si è verificato) e l'intervento di mastectomia, ma un unico danno evento, corrispondente a quest'ultimo intervento, cui il Laboratorio e la struttura sanitaria hanno eziologicamente contribuito con la loro condotta inadempiente alle regole della diligenza professionale.

Tale rilievo, oltre a mantenere ferma la responsabilità solidale nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 2055, comma 1, cod. civ., esclude anche che nel rapporto interno siano identificabili due differenti eventi di danno. La determinazione della misura del regresso di ciascun responsabile nei confronti dell'altro resta poi riservata al giudice del merito, dipendendo da un accertamento di fatto precluso a questa Corte di legittimità, misura fissata dalla corte territoriale nella percentuale paritaria del 50% e rispetto alla quale, peraltro, la ricorrente non ha proposto una specifica impugnazione.

Con il secondo motivo si denuncia violazione degli artt. 1223, 1225 e 1226 cod. civ., ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. Osserva la ricorrente che non spetta il danno per invalidità temporanea in relazione ad un pregiudizio non ancora attuale e la cui quantificazione è del tutto incerta.

Il motivo è infondato.

L'oggetto della censura è la liquidazione del danno futuro per invalidità temporanea. Trattasi di censura che entra in contraddizione con un dato corrispondente allo ius receptum secondo questa Corte, e cioè **la configurabilità del danno da fatto illecito, o da responsabilità contrattuale come nel caso di specie, che si proietta nel futuro. Un pregiudizio siffatto è configurabile anche per l'invalidità temporanea. È sufficiente richiamare la giurisprudenza che ritiene che per l'inabilità temporanea può procedersi ad una valutazione equitativa in base al principio dell'"id quod plerumque accidit" (Cass. n.8281 del 1996), o anche quella giurisprudenza secondo cui la mancanza di un reddito al momento dell'infortunio per essere il soggetto leso disoccupato, può escludere il danno da invalidità temporanea, ma non anche il danno futuro collegato alla invalidità permanente che -proiettandosi per il futuro - verrà ad incidere sulla capacità di guadagno della vittima (fra le tante da ultimo Cass. n. 1163 del 2020). Da quest'ultima giurisprudenza si ricava che il danno da invalidità temporanea non può essere escluso in via di principio, ma solo sulla base della mancanza di un reddito al momento dell'infortunio, presupposto che non è nel caso di specie sub iudice, essendosi la censura arrestata alla mera configurazione in astratto di un danno futuro da invalidità temporanea.**

La reciproca soccombenza costituisce ragione di compensazione delle spese processuali.

Poiché i ricorsi vengono disattesi, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso principale e rigetta il ricorso incidentale;

dispone la compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del della ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il giorno 12 gennaio 2024.

Depositato in Cancelleria il 29 gennaio 2024.

Fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle emergenze probatorie

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 gennaio 2024, n. 2738; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Le regole sull'onere della prova sono disposizioni di giudizio residuali rispetto al principio di acquisizione probatoria - secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute, concorrono alla formazione del libero convincimento del Giudice (non condizionato dalla loro provenienza) - e trovano, dunque, applicazione solo in presenza di un fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle emergenze probatorie.

... Omissis ...
Motivi della decisione

con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1218, 1176 e 2236 cod. civ., 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ..
Osserva la parte ricorrente che il giudice di appello, interpretando arbitrariamente, come volontario, il comportamento di allontanamento della paziente dall'ospedale, ha omesso ogni indagine sul nesso causale, violando la regola di riparto dell'onere probatorio. Aggiunge che la corte territoriale ha omesso di considerare che era stato rilasciato il referto dalla ginecologia e che non vi è prova che alla paziente, dopo la visita, fosse stato riferito di fermarsi presso il pronto soccorso per essere poi reindirizzata presso il reparto di ginecologia.
Il motivo è inammissibile.
La violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., censurabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e non invece laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti (Cass. n. 13395 del 2018).
La censura attinge la valutazione della prova, non cogliendo che l'accertamento sul nesso causale è stato svolto dal giudice di appello, il quale, con valutazione di merito non sindacabile nella presente sede di legittimità, ha accertato che: a) l'asserito ritardo in relazione all'ulteriore accertamento (laparoscopia diagnostica) era addebitabile non alla struttura sanitaria, ma alla stessa paziente, per essersi allontanata dalla struttura; b) il ritardo era comunque ininfluente dal punto di vista eziologico, posto che le condizioni cliniche della paziente non erano tali da richiedere l'intervento chirurgico di asportazione dell'ovaio sinistro, intervento non necessario, né urgente.
Con il secondo motivo si denuncia omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.
Osserva la ricorrente che la decisione impugnata è in contraddizione con le risultanze della CTU, la quale aveva ritenuto che l'opzione della paziente in favore della clinica privata era stata conseguente alle modalità di cura presso la struttura convenuta, la quale avrebbe dovuto sottoporre la ricorrente ad una laparoscopia diagnostica al fine di un inquadramento completo della patologia. Aggiunge che la corte territoriale ha confuso la necessità di una prova certa dell'esistenza di un probabile nesso causale con l'esigenza di una prova certa del nesso causale, laddove l'onere della prova dell'interruzione del nesso incombeva sulla struttura sanitaria.
Il motivo è inammissibile.
Con riferimento all'esclusione di una invalidità permanente che sia addebitabile alla struttura sanitaria l'accertamento del giudice di appello è conforme a quello del Tribunale. Ricorre pertanto la ragione di inammissibilità prevista dall'art. 348 ter c.p.c., che preclude la denuncia di vizio motivazionale quando ricorre la doppia conforme in relazione alle ragioni di fatto della decisione.
Quanto al resto la censura è eccentrica alla ratio decidendi, e perciò priva di decisività, perché il giudice del merito ha positivamente accertato, il che esclude il ricorso alla regola residuale dell'onere della prova, che non vi è stato alcun contributo causale della struttura sanitaria all'evento di danno denunciato.
Va rammentato a questo proposito che **le regole sull'onere della prova sono disposizioni di giudizio residuali rispetto al principio di acquisizione probatoria -secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute, concorrono alla formazione del libero convincimento del giudice (non condizionato dalla loro provenienza) - e trovano, dunque, applicazione solo in presenza di un fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle emergenze probatorie** (fra le tante, da ultimo, Cass. n. 9863 del 2023).
Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1218, 1176 e 2236 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che, trattandosi di responsabilità contrattuale, l'onere della prova circa la diligenza professionale incombeva sulla struttura sanitaria. Aggiunge che se nei diversi accessi presso la struttura fosse stata eseguita una laparoscopia diagnostica sarebbe stato possibile monitorare il quadro di endometriosi e che se le fosse stata rimossa la cisti sarebbe stata evitata la compromissione dell'ovaio sinistro, che è stato poi asportato alla paziente. Osserva infine che, essendo il protocollo uno schema predefinito di comportamento, il medico può discostarsene con il consenso del paziente.
Il motivo è inammissibile.
Il presupposto di applicazione della regola sull'onere della prova non è insorto, avendo il giudice positivamente accertato i fatti dedotti in giudizio. In particolare, ha accertato che non vi è stato alcun contributo causale della struttura sanitaria all'evento di danno denunciato, non corrispondendo l'omissione della laparoscopia diagnostica ad alcun dovere imposto dalle regole dell'arte. Non vi è stata quindi l'omissione di un'azione doverosa, ma il compimento di una prestazione sanitaria conforme alla diligenza professionale, la quale è stata così ritenuta inidonea a determinare l'evento di danno denunciato.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.
Poiché il ricorso viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.
Dichiara inammissibile il ricorso.
Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 3.500,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.
Così deciso in Roma il giorno 12 gennaio 2024.
Depositata in Cancelleria il 30 gennaio 2024.

Domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 31 gennaio 2024, n. 2892; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria la chance non è una mera aspettativa di fatto, bensì la concreta ed effettiva possibilità di conseguire un determinato risultato o un certo bene, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale; ne consegue che la domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo di ricorso il A.A. denuncia la violazione degli articoli 154 e 194 c.p.c. nonché la violazione dell'articolo 195 c.p.c. nel suo testo ante riforma del 2009, dell'articolo 24 della Costituzione, dell'articolo 132 c.p.c. nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

Denuncia l'essersi verificata una violazione di legge in relazione alle modalità di espletamento della CTU in appello e dell'acquisizione delle note di parte: sostiene che la Corte d'appello avrebbe erroneamente applicato la nuova disciplina dettata dall'art. 195 riformato per la consulenza tecnica, che prevede lo scambio di note anticipate rispetto al deposito della consulenza entro termini prefissati, benché si trattasse di disciplina sopravvenuta rispetto all'inizio del giudizio, non applicabile al caso di specie. Sostiene di aver riportato un danno dall'errore procedurale in cui sarebbe incorso il giudice d'appello, perché le note tecniche, che pure il suo CTP aveva depositato prima del deposito della CTU, benché non nel rispetto dei termini concessi, non sarebbero state prese in considerazione dal consulente d'ufficio proprio perché non rispettose della scansione procedimentale erroneamente imposta dal giudice facendo applicazione di una disciplina non applicabile al processo in corso.

Il ricorrente dà atto, peraltro, che nella sentenza la corte territoriale afferma di aver comunque esaminato ed acquisito al processo le note di parte, avendo dato atto che la nuova disciplina sulla consulenza tecnica non fosse ratione temporis applicabile. Ritiene però di essere stato ugualmente leso per la mancata considerazione delle note da parte del consulente tecnico, che avrebbe inciso negativamente sulla valutazione tecnica di questi relativa all'insussistenza del nesso causale. Quindi addebita alla errata applicazione delle norme processuali sulla consulenza tecnica, già da parte del consulente d'ufficio, l'esito infausto del giudizio, in quanto le indicazioni offerte dai consulenti tecnici - secondo le quali, pur avendo accertato che i sanitari della clinica privata non operarono in conformità alle conoscenze della scienza medica all'epoca dei fatti non si potesse affermare l'esistenza di un nesso causale tra l'invalidità residuata in capo al A.A. e questi pur accertati errori diagnostici e terapeutici - fossero arrivate a tali conclusioni, negative per il ricorrente, cui aveva prestato adesione la corte d'appello, perché i consulenti non avevano avuto modo di confrontarsi con i c.t. di parte.

2. - Il motivo è infondato.

È ben vero che ratione temporis non si applicava nel processo che vede coinvolto il A.A., la nuova disciplina sulla consulenza tecnica contenuta nell'art. 195 c.p.c. come modificato dall'art. 46 della legge n. 69 del 2009 (in quanto la causa è iniziata, in primo grado, prima del 4 luglio 2009), ove è la prevista scansione procedimentale precedente al deposito della consulenza.

Non avendo il c.t.p. di parte appellata rispettato la scansione procedimentale fissata dal giudice, nell'errato presupposto della applicabilità della nuova normativa, il consulente non ha tenuto conto nella sua relazione finale dei rilievi del c.t.p.

E tuttavia, non può ritenersi che ciò infici la decisione, perché la corte d'appello in primo luogo ha individuato l'errore procedurale, in secondo luogo lo ha emendato, prendendo in considerazione la relazione del c.t.p. in correlazione con gli esiti della c.t.u. e quindi utilizzando, per formare la sua autonoma valutazione finale, anche l'elaborato del consulente di parte del quale il consulente d'ufficio aveva ritenuto di non poter prendere visione. L'avvenuto esame e la valutazione delle conclusioni del c.t.p. da parte della Corte d'appello, che risulta dalla sentenza, sana i vizi relativi alla sequenza procedimentale che ha portato al deposito della consulenza tecnica. La corte d'appello ne ha tenuto conto e ugualmente ha escluso che esistesse una prova sufficiente del nesso causale.

3. - Con il secondo motivo il ricorrente denuncia l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio e la violazione degli articoli 132 e 195 c.p.c., quest'ultimo nella versione precedente alla riforma.

Questo motivo è volto a criticare anch'esso la sentenza impugnata là dove si è uniformata alle valutazioni del CTU. Sostiene che la decisione d'appello sia contraddittoria, come era contraddittorio l'esito della CTU, in cui da un lato era accertata la negligenza tecnico-professionale dei sanitari, perchè non era stata prestata la necessaria assistenza al paziente, che veniva dimesso con una diagnosi poi risultata erronea, ma, ciò nonostante, i CTU avevano concluso nel senso della incertezza della rilevanza causale di tale comportamento. La conclusione in termini di incertezza dell'esistenza del nesso causale viene recepita dalla Corte d'appello, la quale aggiunge che dalle note tecniche della parte appellante non si è tratto nessun elemento utile per arrivare a una diversa conclusione. Pur in presenza di una accertata negligenza della casa di cura, a fronte di una patologia grave e complessa, priva di precise linee guida per il suo trattamento, la corte conclude che non c'è prova sufficiente del nesso causale tra quella negligenza e il danno cioè manca la prova del fatto che, se immediatamente diagnosticata e sottoposta alle cure adeguate, la patologia - oggettivamente grave- dalla quale era affetto il paziente avrebbe avuto esiti permanenti meno gravosi o non ne avrebbe avuti affatto.

Il ricorrente ribadisce che nelle proprie conclusioni e poi in comparsa conclusionale aveva sottolineato che è un dato scientifico accertato e noto che la patologia di ascesso se

tempestivamente diagnosticata e curata può essere emendata, cioè che alla stessa si può porre idoneo riparo.
4. - Anche il secondo motivo è infondato, ai limiti dell'inammissibilità.
Esso critica l'esito negativo del giudizio controfattuale, denunciando che a tali conclusioni si sia pervenuti sulla base di una errata applicazione delle regole sulla consulenza tecnica, ma si traduce in effetti, inammissibilmente, in una critica sull'esito del giudizio. Come già detto in relazione al primo motivo, la considerazione da parte della corte d'appello, ai fini della formazione del suo convincimento, delle considerazioni del CT di parte appellata sana qualsiasi vizio procedurale.
Nel prenderle in considerazione, la corte d'appello è giunta motivatamente alla conclusione di escludere che esse fornissero validi elementi di sostegno in ordine all'esito positivo, in termini di più probabile che non, di una tempestiva terapia antibiotica, mentre il ricorrente sostiene di aver adeguatamente ricostruito che se il paziente fosse stato curato per tempo con la terapia appropriata al suo caso, le conseguenze sarebbero state quanto meno minori. Riconosce di aver essere incorso in una patologia grave e sostiene però che essa, se presa per tempo, ha buone probabilità di cura e anche di riduzione dei postumi permanenti, mentre le probabilità di prognosi sfavorevole sono tanto più elevate quanto più tardive sono diagnosi e terapia.
Il motivo di ricorso in più punti si traduce in una critica diretta contro le conclusioni in cui giungono i CTU nel senso della impossibilità di ritenere accertato il nesso causale tra la negligenza della clinica, che non ha consentito una diagnosi tempestiva e le possibilità di guarigione, e le condizioni finali del paziente e comunque in una critica verso l'accertamento in fatto contenuto nella sentenza impugnata, non in questa sede rinnovabile.
5. - Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'articolo 2059 c.c., ovvero la mancata pronuncia sulla specifica domanda di autonomo risarcimento del danno morale nonché la formazione del giudicato interno sul punto.
Si duole del fatto che, pur avendo accertato la negligenza dei primi sanitari, che hanno dimesso il paziente con una diagnosi definitiva poi risultata erronea, la Corte d'appello abbia del tutto rigettato la sua domanda volta al risarcimento dei danni non patrimoniali per le sofferenze e i patemi subiti e sostiene di aver comunque diritto quanto meno al riconoscimento del danno morale in conseguenza del comportamento obiettivamente negligente del personale della prima clinica.
Aggiunge che, in realtà, sul punto della liquidazione del danno morale si sarebbe formato il giudicato interno, perché la casa di cura avrebbe appellato la sentenza di primo grado solo sotto il profilo della mancanza del nesso causale. Quindi, non ci sarebbe uno specifico motivo di appello sul diritto al risarcimento del danno morale, riconosciuto e liquidato in primo grado.
Sostiene il ricorrente che la problematica sul nesso causale può riguardare il danno patrimoniale e il danno biologico ma non il danno non patrimoniale soggettivo e cioè il patema d'animo cagionato dalla diagnosi sbagliata, che risulta provato in giudizio, la cui risarcibilità può essere scissa dal riconoscimento del diritto al risarcimento del danno biologico, come danno morale soggettivo autonomo a fronte dell'accertata negligenza del primo istituto di cura. Sostiene che la Corte d'appello di Napoli, avendo accertato e dichiarato l'errore diagnostico e terapeutico in cui era incorsa la casa di cura, ha violato l'articolo 2059 c.c. non confermando il capo della sentenza di primo grado (peraltro coperto dal giudicato interno, perché non appellato) sul risarcimento del danno morale per la sofferenza e i patemi d'animo subiti dal A.A. a causa del suddetto errore diagnostico.
6. - Il motivo è infondato.
Impugnando la decisione di primo grado in relazione alla mancanza di nesso causale tra l'operato della prima casa di cura e il danno permanente subito dal paziente, l'appellante ha rimesso in discussione l'intero accertamento sul comportamento della prima struttura sanitaria e sulla sua efficienza causale sulla invalidità permanente che - a seguito della patologia subita, del contatto con la clinica privata e poi con l'ospedale pubblico - è esitato in capo al A.A.. Nessun giudicato interno si è formato, quindi, sul diritto al riconoscimento del danno morale.
Né tanto meno, in relazione ad un dedotto danno da errata e ritardata diagnosi connesso ad una patologia contratta dal paziente, a fronte di una valutazione in fatto che nega l'esistenza del nesso causale (sulla base della regola probabilistica del più probabile che non) tra il comportamento dei sanitari intervenuti e il verificarsi del danno, può sopravvivere una affermazione del diritto al risarcimento del danno morale puro: o il nesso causale sussiste, nel qual caso successivamente si procede a stimare il danno effettivamente verificatosi, nella sue varie componenti, eventualmente individuando, se più sono stati i sanitari o le strutture intervenute nel percorso di cura, ad individuare a quali di essi sia addebitabile, e in che misura, il danno, o il nesso non sussiste, e se non sussiste, nessun danno è risarcibile.
La pur accertata negligenza dei primi sanitari che lo hanno avuto in cura non può essere autonoma causa di risarcimento del danno morale se non ha avuto in realtà incidenza causale sul danno permanente che il ricorrente ha riportato.
7. - Con il quarto motivo di ricorso il A.A. addebita alla Corte territoriale di non aver applicato il principio del più probabile che non, in violazione degli articoli 40 e 41 del codice penale nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.
Sostiene il ricorrente che nel ritenere non provato il nesso di causalità materiale la Corte d'appello non si sarebbe attenuta al principio corretto del più probabile che non ma avrebbe applicato il principio penalistico - non pertinente nel caso di specie - della certezza oltre ogni ragionevole dubbio.
8. - Il motivo è infondato.
La Corte d'appello di Napoli, pur dando atto del comportamento negligente della prima struttura, ha escluso, secondo un corretto ragionamento probabilistico controfattuale fondato sulla regola del più probabile che non, che dal complesso delle risultanze istruttorie (comprensive delle condizioni cliniche del paziente, delle modalità degli interventi, ed anche della mancanza di linee guida precise per la dolorosa e complessa patologia della quale era stato affetto il A.A.) emergesse la prova che, se il paziente fosse da subito stato curato più diligentemente, i postumi permanenti, in termini di limitazione funzionale e di dolore fisico, sarebbero stati evitati.
9. - Con il quinto motivo denuncia la violazione dell'articolo 2043 c.c. e l'omesso esame di un fatto decisivo del processo e l'intervenuta formazione del giudicato interno.
Il ricorrente critica la sentenza impugnata là dove ha affermato di non poter prendere in esame la richiesta di risarcimento del danno per perdita di chance, formulata soltanto in appello in via subordinata dall'appellato a fronte di una affermazione, contenuta nella CTU, secondo la quale mancava la prova del nesso causale tra l'operato dei medici e i postumi permanenti, mentre esso sarebbe stato in ipotesi configurabile in relazione a una perdita di possibilità di guarigione.

Sostiene altresì il ricorrente quello che rileva, ai fini della risarcibilità, è la descrizione ed allegazione dei fatti in cui si è concretizzato il danno e non la sua qualificazione giuridica, e sostiene di aver indicato tutti i fatti idonei al risarcimento del danno quanto meno sotto il profilo della perdita di chance, e cioè il comportamento negligente della struttura privata e che il giudice d'appello, sulla base di quei fatti, avrebbe dovuto risarcire il danno che riteneva si fosse effettivamente verificato, che comunque era un danno non patrimoniale ampiamente riconducibile alla domanda formulata. Aggiunge il ricorrente che la domanda risarcitoria era stata accolta pienamente in primo grado per cui egli non aveva alcun onere, in appello, di riformulare eventuali domande subordinate, come ritenuto erroneamente dai giudici d'appello, perché l'appellato vittorioso non ha l'onere di proporre appello incidentale per far valere le cause petendi non esaminate dal giudice di primo grado né quella di riproporre le ragioni pretermesse, essendo sufficiente che ad esse la parte non rinunci. Quindi, sostiene che sul capo del danno non patrimoniale riconosciuto con la sentenza di primo grado si è formato ormai il giudicato interno perché non è stato oggetto di autonoma impugnazione da parte dell'appellante principale né da quello incidentale, quanto meno in riferimento alla perdita di chance.

10. - Il motivo è infondato.

Il ricorrente sostiene che la perdita di chance non è una nozione autonoma, distinta dal danno non patrimoniale per lesione del diritto alla salute e che quindi essa non necessita, ai fini della sua considerazione, di un'autonoma domanda. Sostiene di aver chiesto il risarcimento del danno biologico subito a tutto tondo, in tutte le sue sfaccettature e quindi di aver chiesto anche, ove si ritenesse che solo questo era dovuto, il risarcimento del danno da perdita di chance.

E tuttavia, l'affermazione è errata perché non coglie l'autonomia concettuale del danno da perdita di chance rispetto al danno biologico da lesione del diritto alla salute, più volte affermata da questa Corte.

Deve, in proposito, essere riaffermato il principio di diritto secondo cui **il risarcimento del danno da perdita di chance non coincide con il risarcimento del danno biologico, né costituisce una semplice parte di esso, perché non ha ad oggetto né la limitazione funzionale dovuta all'errato intervento medico - a cui consegue un danno permanente alla salute - né la perdita del risultato sperato di una guarigione, ma consiste, per converso, nella perdita della possibilità di realizzare quel risultato - possibilità che, nella specie, si sarebbe potuto astrattamente ipotizzare lesa dalla negligente, passiva o superficiale condotta dei sanitari della prima struttura privata.**

In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, questa Corte ha infatti puntualizzato che la "chance" non è una mera aspettativa di fatto, bensì la concreta ed effettiva possibilità di conseguire un determinato risultato o un certo bene, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale; ne consegue che la domanda risarcitoria del danno per la perdita di "chance" è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica (in questo senso Cass. n. 25886 del 2022, che in applicazione del principio ha confermato la pronuncia di merito che aveva ritenuto nuova e, dunque, inammissibile la domanda risarcitoria per perdita di "chance" avanzata per la prima volta in appello; v. anche Cass. nn. 24050 e 26851 del 2023).

Il ricorso va pertanto rigettato.

In considerazione delle alterne vicende del giudizio di merito e della particolarità della fattispecie, le spese del presente giudizio sono compensate.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell' art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 6 novembre 2023.

Depositato in Cancelleria il 31 gennaio 2024.

Responsabilità per attività medico-chirurgica, la rilevanza del rispetto, da parte del sanitario, delle linee guida

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3085; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

In tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, il rispetto, da parte del sanitario, delle "linee guida" - pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, peraltro in relazione alla verifica della sola perizia del sanitario, contribuendo alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c. - 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.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. – Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 2727 e 2697 c.c., per avere la Corte territoriale "ritenuto non provato il nesso eziologico della causa del decesso con l'operato dei sanitari che ebbero in cura la paziente" in ragione di una acritica condivisione delle "risultanze della C.T.U. svolta in primo grado, basata sul mero dato numerico/statistico, rappresentato dalla conciliabilità dell'intervento chirurgico per dimensioni del timore maggiore di 2 cm di diametro", così da negare che la "causa principale del decesso ... sia stata la decisione di operare la paziente", assunta dai medici dell'Ismett "per avere erroneamente valutato la formazione pancreatica come lesione cancerogena".

Sotto tale profilo, il ricorrente, con diffuse argomentazioni, censura la sentenza impugnata per l'asserita mancata applicazione della prova presuntiva, avendo il giudice di appello omesso di considerare le seguenti circostanze che avrebbero condotto a ritenere provato il nesso causale, ossia: a) l'opportunità dell'intervento chirurgico "sulla base dell'età del paziente, delle sue comorbidità e del rischio di complicanze a lungo termine", come richiesto dalle stesse linee guida dell'AIOM; b) l'errore diagnostico precedente all'intervento, avendo l'anatomopatologo dell'Ismett, con referto inadeguato, ritenuto presente un "carcinoma neuroendocrino pancreatico", mentre gli esami istologici in corso di causa avevano rivelato un "tumore ben differenziato, a comportamento incerto"; c) la convivenza della paziente "con la patologia da più di tredici anni"; d) l'assenza della patologia da carcinoma neuroendocrino pancreatico e di ogni elemento "a favore di un carcinoma"; e) la mancata considerazione del "caso concreto", che avrebbe imposto una condotta dei sanitari diversa da quella prescritta dalle linee guida; f) la comparsa in fase post-operatoria di una citosteatosinecrosi emorragica del tessuto peritoneale, ossia dell'infiammazione cronica che ha condotto al decesso e che, in quanto dovuta agli interventi chirurgici seguiti all'errata diagnosi, non poteva considerarsi inevitabile.

1.1. – Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

1.1.1. – Giova, anzitutto, rammentare (cfr. più di recente Cass. n. 15699/2023) che, in tema di prova presuntiva, il giudice è tenuto, ai sensi dell'art. 2729 c.c., ad ammettere solo presunzioni "gravi, precise e concordanti" e ad articolare il procedimento logico nei due momenti della previa analisi di tutti gli elementi indiziari, onde scartare quelli irrilevanti, e nella successiva valutazione complessiva di quelli così isolati, onde verificare se siano concordanti e se la loro combinazione consenta una valida prova presuntiva (c.d. convergenza del molteplice), non raggiungibile, invece, attraverso un'analisi atomistica degli stessi.

Pertanto, la denuncia, in cassazione, di violazione o falsa applicazione del citato art. 2729 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3, c.p.c., può prospettarsi quando il giudice di merito affermi che il ragionamento presuntivo può basarsi su presunzioni non gravi, precise e concordanti ovvero fondi la presunzione su un fatto storico privo di gravità o precisione o concordanza ai fini dell'inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota e non anche quando la critica si concreti nella diversa ricostruzione delle circostanze fattuali o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta applicata dal giudice di merito o senza spiegare i motivi della violazione dei paradigmi della norma (tra le altre Cass. n. 9054/2022).

Là dove, poi, la mancata applicazione di un ragionamento presuntivo che si sarebbe potuto e dovuto fare, ove il giudice di merito non abbia motivato alcunché al riguardo, non è deducibile come vizio di violazione di norma di diritto, bensì solo ai sensi e nei limiti dell'art. 360, comma primo, n. 5 c.p.c., cioè come omesso esame di un fatto secondario (dedotto come giustificativo dell'inferenza di un fatto ignoto principale), purché decisivo (Cass. n. 17720/2018; Cass. n. 10253/2021).

1.1.2. - Nella specie, il ricorrente si lamenta che il giudice di appello non avrebbe tenuto conto di plurimi elementi, convergenti tra loro, che erano tali da consentire di ritenere provato il nesso causale tra la condotta dei sanitari e il decesso del coniuge del ricorrente.

Invero, la Corte territoriale, nel rispondere a motivo di appello dal tenore analogo a quello delle censure veicolate in questa sede, ha affrontato il profilo relativo al nesso di causalità solo con specifico riferimento alla valutazione del c.d. giudizio controfattuale (pp. 9 e 10 della sentenza di appello; par. 2.a3) dei "Fatti di causa", cui si rinvia), escludendo che "la scelta di terapie meno intensive", rispetto agli interventi chirurgici effettivamente praticati, "avrebbero determinato l'interruzione del nesso causale che determinò la morte della paziente".

Nel resto, la motivazione con cui il giudice di appello ha respinto il primo motivo di gravame, sebbene deducente in punto di nesso eziologico, attiene, infatti, al profilo del dedotto inadempimento della struttura sanitaria, in ragione della

condotta dei medici in essa operanti, rispetto al quale profilo, dunque, buona parte delle critiche di parte ricorrente non colgono l'effettiva ratio decidendi, giacché insistono nel postulare un difetto di prova sul nesso causale.

1.1.3. - In ogni caso, anche scrutinate sotto il profilo dell'inadempimento della struttura sanitaria, le doglianze non colgono nel segno.

Non è, infatti, concludente la censura di error in iudicando, non essendo affatto messi in discussione i caratteri propri della prova presuntiva, indicati dall'art. 2729 c.c., né è dato ravvisare nel ragionamento della Corte territoriale una mancata valutazione globale delle risultanze probatorie (peraltro neppure censurata tramite il vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.), avendo essa comunque effettuato (cfr. para 2 – segnatamente lett. "A" e sottopara - dei "Fatti di causa", cui si rinvia; cfr. anche pp. 5/11 della sentenza di appello) non solo una valutazione complessiva delle prove, giungendo in forza di tale apprezzamento globale a ritenere insussistente la responsabilità della struttura sanitaria per la morte del coniuge dell'attuale ricorrente, ma, ancor più significativamente, avendo considerato e valutato proprio tutte le circostanze di fatto che lo stesso ricorrente adduce essere il compendio di indizi che condurrebbero ad una diversa decisione.

Ne consegue, pertanto, che le doglianze veicolate con il motivo in esame si risolvono, complessivamente, in una critica al cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali – e, dunque, anche delle presunzioni semplici - da parte del giudice di merito, che non dà luogo ad alcun vizio denunciabile con il ricorso per cassazione (tra le altre, Cass. n. 11892/2016), altresì prospettando, inammissibilmente, una differente inferenza probabilistica rispetto a quella adottata da detto giudice.

2. – Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione di "norma di diritto in tema di linee guida", nonché di "norme di diritto in tema di responsabilità contrattuale, extracontrattuale e codice medico deontologico".

La Corte territoriale, per un verso, non avrebbe "correttamente esaminate e valutate" alcune circostanze (la neoformazione pancreatica, rilevata per la prima volta nel 1994 e sempre monitorata strumentalmente, non aveva, per ben 13 anni, evidenziato un "atteggiamento espansivo"; il fatto che la paziente fosse malata, "ma non bisognevole di intervento chirurgico così altamente demolitivo, non esclude(va) né riduce(va) il nesso di causalità"; la condotta del medico andava valutata non solo in base al "dato statistico" o al "singolo esame Octreoscan", ma in base a "diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletarsi") e, per altro verso, avrebbe fatto affermazioni censurabili (l'appellante non avrebbe "indicato quale criterio" – età, comorbidità, rischio di complicanze a lungo termine – "avrebbe effettivamente sconsigliato l'intervento).

In ogni caso, il giudice di appello avrebbe: a) erroneamente ricostruito e qualificato il "rapporto tra linee guida e colpa medica" - peraltro utilizzando linee guida del 2013, successive al "tempo delle indagini sanitarie" -, non essendo le stesse vincolanti e dovendo il medico "scegliere la migliore soluzione per il paziente" in base alle circostanze del caso concreto; b) erroneamente qualificato il grado di diligenza "richiesto ai sanitari di un istituto altamente specializzato come l'Ismett" ed erroneamente applicato la regola del riparto della prova, essendo stata la paziente sottoposta, in ragione di diagnosi errata, ad intervento chirurgici che poteva essere evitato tenuto conto soprattutto dell'età, della comorbidità e del rischio di complicanze a lungo termine, non potendo ridondare a danno dell'attore non aver indicato quale dei criteri avrebbe potuto sconsigliare l'intervento, ma dovendo i sanitari provare la propria diligenza, che in istituto specializzato era di "standard ... più elevato di quello di professionista medio"; c) erroneamente valutato la "omessa, corretta e completa informazione alla paziente del complesso quadro clinico e dei rischi, hic et inde verificabili, iniziali e successivi che si andavano profilando".

2.1. – Il motivo – che pur evocando il profilo dell'omessa informazione della paziente, sul punto non sviluppa alcuna critica, che riserva ai successivi motivi di ricorso - è in parte infondato e in parte inammissibile.

2.1.1. - È infondato là dove si censura l'erronea ricostruzione in iure del "rapporto tra linee guida e colpa medica".

In punto di diritto, varrà ricordare che, **in tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, il rispetto, da parte del sanitario, delle "linee guida" - pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, peraltro in relazione alla verifica della sola perizia del sanitario, contribuendo alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c. - 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 (tra le altre: Cass. n. 11208/2017; Cass. n. 30998/2018; Cass. n. 13510/2022).**

Il giudice di appello non si è discostato da tali insegnamenti, poiché, pur assumendo le linee guida (dell'AIOM) a parametro generale della condotta dei sanitari dell'Ismett, ha ritenuto derogabile tale parametro, ai fini della sottoposizione della paziente all'intervento chirurgico, in relazione alla situazione concreta della paziente stessa, ossia in riferimento a "particolari ragioni collegate all'età, alla comorbidità e al rischio di complicanze a lungo termine" (cfr. pp. 6 e 7 della sentenza di appello) - ossia a quelle stesse circostanze dedotte dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni -, giungendo, tuttavia, alla conclusione, in forza delle risultanze in atti (perizia nel giudizio penale e c.t.u. nel giudizio civile), della "insussistenza di elementi tali da giustificare la deroga all'atto operatorio".

Né, peraltro, il ricorrente, pur criticando (genericamente) il richiamo della Corte territoriale a linee guida successive all'evento letale, ha censurato specificamente la "regola generale", dalle stesse linee guida indicata, dei parametri dimensionali e della positività all'Octreoscan, costruendo l'impianto delle doglianze sulla carente considerazione della situazione concreta della paziente, quale profilo assorbente della postulata colpa medica.

2.1.2. - Sono, poi, inammissibili le censure che investono, ancora una volta, l'apprezzamento dei fatti e delle prove da parte della Corte territoriale, le quali, peraltro, ripropongono critiche analoghe a quelle già scrutinate in precedenza (primo motivo), insistendo nell'addebitare al giudice di appello una carente o cattiva considerazione di circostanze fattuali che lo stesso giudice ha esaminato (cfr. nuovamente para 2, lett. A) dei "Fatti di causa", cui si rinvia integralmente) e rispetto alle quali il ricorrente sollecita un diverso esito valutativo.

3. – Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 13, 32 Cost. e 1223 c.c., con riferimento all'obbligo di consenso informato.

La Corte avrebbe errato, in primo luogo, a ritenere generica la censura alla sentenza di primo grado, per non aver esso appellante denunciato l'inadeguatezza del prestato consenso da parte della paziente e le scelte differenti che la stessa avrebbe compiuto, avendo esso evidenziato con l'atto di appello (p. 39) che con l'atto di citazione e più dettagliatamente con la memoria ex art. 183, comma sesto, n. 1), c.p.c. veniva dedotto ("con ben cinque pagine (13-17)") che il consenso prestato dalla paziente all'intervento del 5 marzo 2007 di "laparatomia esplorativa, duodeno-cefalo-pancreasctomia, eventuale derivazione bilio-digestiva" era "insufficiente", anche perché "privo di qualsiasi riferimento alla maggiore incidenza e complicanze anche mortali dell'intervento ... rispetto a qualsiasi altro trattamento sanitario" e "non dimostra(va) affatto che la paziente era perfettamente cosciente di affrontare un intervento così demolitivo ed altamente complesso, per cui era dato presumere che ove correttamente informata essa avrebbe rifiutato la serie di interventi", altresì censurando la decisione del Tribunale di non ammettere sul punto la articolata prova testimoniale.

Inoltre, il giudice di appello, nel rigettare la pretesa risarcitoria per non aver "l'appellante lamentato alcuna inadeguatezza" del consenso della paziente agli interventi chirurgici, avrebbe violato il principio di autonomia, ai fini della responsabilità per danni, della domanda fondata soltanto sulla mancata prestazione del consenso rispetto a quella concernente il danno alla salute.

3.1. – Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

La doglianza è prospettata come error in iudicando rispetto alla disciplina sostanziale del consenso informato e come tale è eccentrica rispetto alla decisione della Corte territoriale, che si fonda, anzitutto, sulla genericità del motivo di appello.

Tuttavia, pur scrutinando il motivo di ricorso sotto tale profilo, in ragione della sostanza della denuncia, è assorbente rilevare quanto segue.

Anzitutto occorre ribadire, in punto di diritto, che, al fine di permettere al paziente l'espressione di un consenso informato al trattamento sanitario, il medico deve fornire informazioni dettagliate in merito alla natura, portata ed estensione dell'intervento, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, che ben possono essere contenute in un modulo prestampato, la cui idoneità, ai fini della completezza ed effettività del consenso, va, invece, esclusa ove il contenuto del modulo sia generico (Cass. n. 31026/2023).

Ciò posto, le deduzioni del A.A. in sede di appello non superano il vaglio di specificità dell'impugnazione, che si impone ai sensi dell'art. 342 c.p.c., poiché - come emerge dall'illustrazione che precede (cfr. anche pp. 42 e 43 del ricorso) - non è affatto precisato in quali termini già le allegazioni originarie, presenti nell'atto di citazione e nella memoria ex art. 183 c.p.c., dessero conto della "inadeguatezza" del prestato consenso da parte della paziente, essendosi, poi, l'appellante limitato ad un generico richiamo di detti atti e ad affermare, del pari genericamente, che il consenso era "insufficiente" per la mancanza di riferimenti a complicanze esiziali e alla maggiore incidenza rispetto ad altri interventi.

Né il ricorrente ha, in questa sede, nel rispetto dei principi di specificità e di localizzazione (art. 366, primo comma, n. 4 e n. 6, c.p.c.), indicato, anche per sintesi, quali fossero le allegazioni veicolate in primo grado, né tantomeno il contenuto del consenso scritto prestato dalla paziente.

Ne consegue, altresì, l'inammissibilità, in ragione dell'esito dello scrutinio sulla censura di genericità del gravame, del profilo di doglianza relativo al rigetto della domanda risarcitoria fondata soltanto sulla violazione dell'obbligo di acquisire il consenso informato della paziente.

4. – Con il quarto mezzo è dedotto, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di fatto decisivo e discusso tra le parti, per aver la Corte territoriale "omesso di valutare, se l'intervento operatorio andasse eseguito anche in considerazione del fatto che da oltre 13 anni non vi fosse stata alcuna attività proliferativa e che la lesione avesse le stesse caratteristiche morfo dimensionali".

4.1. – Il motivo è inammissibile, prima ancora che infondato.

Nell'ipotesi di "doppia conforme" di cui all'art. 348-ter, comma quinto, c.p.c. – come nel caso in esame, avendo la Corte territoriale confermato la decisione del Tribunale di rigetto delle domande risarcitorie - il ricorso per cassazione proposto per il motivo di cui al n. 5) dell'art. 360 c.p.c. è inammissibile se non indica le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse (tra le altre: Cass. n. 5947/2023).

Onere, questo, non affatto assolto dal ricorrente, là dove, peraltro, non si ravvisa neppure l'omesso esame di fatto, storico, che sostanzia il vizio di cui al citato n. 5) dell'art. 360, avendo la Corte territoriale comunque esaminato le circostanze fattuali cui si riferisce il presente motivo di impugnazione (cfr. par. 2, lett. A), dei "Fatti di causa", cui si rinvia).

5. – Con il quinto mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 e 2043 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente ritenuto che non era stata fornita la prova che la paziente, a prescindere dal prestato consenso, avrebbe rifiutato l'intervento o la terapia se adeguatamente informata, in quanto già dall'atto di citazione erano state posto in evidenza le decisive circostanze secondo cui la paziente: a) lamentava soltanto "una calcolosi della colecisti, in luogo di una neoplasia" e si era ricoverata nella convinzione "che l'intervento fosse di facile e spedita esecuzione"; b) accusava la "rilevante e persistente sintomatologia dolorosa, associata al dolore epigastrico ed al continuo vomito, in occasione del secondo intervento per la rimozione del tubo radiopaco tubolari, lasciato in situ nel corso del primo intervento".

Inoltre, il giudice di appello, nel rigettare la domanda in assenza di allegazioni e prova "in ordine alle scelte di vita della paziente, diverse da quelle che avrebbe adottato se avesse avuto tempestiva consapevolezza delle proprie effettive condizioni di salute", non avrebbe considerato che la tutela risarcitoria invocata atteneva alla "immediata protezione giuridica di una specifica forma dell'autodeterminazione individuale", la quale "deve ritenersi fatalmente direttamente violata dal colpevole errore diagnostico della patologia da esito certamente infausto di cui sia reso autore il sanitario chiamato a risponderne", con la conseguenza che tanto vale ad "integrare la lesione di un bene già di per sé autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale, tale da non richiedere l'assolvimento di alcun ulteriore onere di allegazione argomentativa o probatoria".

5.1. – Il motivo è inammissibile in ragione dell'esito dello scrutinio del terzo motivo di ricorso, vertente sulla censura avverso la decisione della Corte territoriale di genericità del gravame in ordine alla mancata prestazione di adeguato consenso informato da parte della paziente (cfr. para 3.1. che precede).

6. – Con il sesto mezzo è prospettato, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di fatto decisivo e discusso tra le parti, per aver la Corte territoriale errato nel ritenere che la domanda di risarcimento danni da errata diagnosi fosse da ricondurre a quella di risarcimento dei danni da perdita di chance, essendo la prima "pacificamente ricompresa in una generica domanda in cui si reclama il risarcimento di tutti i danni subiti per inadempimento sanitario", quale quella proposta in primo grado.
6.1. – Il motivo – prospettato, invero, in modo poco intelligibile – è, comunque, inammissibile, in ragione (assorbente) degli esiti dello scrutinio relativamente ai motivi primo, secondo e terzo (in punto di assenza di responsabilità della struttura e in punto di genericità del gravame sulla censura di mancata prestazione di adeguato consenso informato da parte della paziente).
7. - Con il settimo mezzo è dedotto, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di fatto decisivo e discusso tra le parti, per aver la Corte territoriale omesso di valutare l'ammissibilità delle prove orali, decisive, e di c.t.u. "per determinare i danni patrimoniali e non patrimoniali" patiti (istanze istruttorie che già il Tribunale non aveva ammesso), così da compromettere il diritto di difesa dell'attore reputando "non provata la circostanza dell'omissione dell'onere informativo" e pervenendo, quindi, all'erroneo rigetto sia del secondo motivo di appello "per non esser stata allegata e provata l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato", che del terzo motivo di appello sulla responsabilità delle strutture sanitarie, adducendo la mancata prova del nesso causale relativamente alla lesione della salute della paziente dovuta al non corretto adempimento della prestazione medica.
7.1. – Anche il motivo in esame è inammissibile, in ragione (assorbente) degli esiti dello scrutinio relativamente ai motivi primo, secondo e terzo (in punto di assenza di responsabilità della struttura e in punto di genericità del gravame sulla censura di mancata prestazione di adeguato consenso informato da parte della paziente).
8. – Con l'ottavo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c., per aver la Corte territoriale errato a porre a carico di esso attore le spese processuali del grado di appello e, comunque, a non compensarle in ugual misura tra le parti, per la complessità della questione trattata e non essendo il giudizio stato introdotto "con colpa alcuna".
8.1. – Il motivo è infondato.
La decisione della Corte territoriale è conforme a diritto, avendo posto a carico della parte soccombente, anche in grado di appello, le spese processuali del grado, in forza di quanto stabilito dall'art. 91 c.p.c., né potendosi ravvisare la violazione dell'art. 92, secondo comma, c.p.c., giacché, un a volta rispettato il principio secondo il quale le spese di lite non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa (ciò che, come detto, neppure attiene al caso di specie), la valutazione dell'opportunità di compensarle in tutto o in parte, anche nell'ipotesi di sussistenza di giusti motivi, rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, non sindacabile in questa sede di legittimità (tra le altre, Cass. n. 24502/2017).
9. – Il ricorso va, dunque, rigettato e il ricorrente condannato al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo. Non occorre provvedere alla regolamentazione di dette spese nei confronti della parte rimasta soltanto intimata.

P.Q.M.
Rigetta il ricorso incidentale e condanna il ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 4.200,00, per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13, se dovuto.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 4 dicembre 2023.
Depositato in Cancelleria il 2 febbraio 2024.

Profili assicurativi e clausola "claims made"

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3123; Pres. Travaglino; Rel. Sestini

In tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola "claims made" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "genus" dell'assicurazione contro i danni ex art. 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "claims made" è pienamente partecipe.

... Omissis ...
Motivi della decisione

Considerato, quanto al ricorso principale della ASL Lecce, che:
con il primo motivo, la ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 40 e 41 c.p. e 2043, 1218 e 2697 c.c., "in tema di nesso di causalità e ripartizione dell'onere della prova": censura la sentenza per avere affermato la responsabilità dei sanitari e della Asl "attraverso un'errata/non corretta applicazione del criterio della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", ovvero attraverso una probabilità logica non correttamente desunta dagli elementi di conferma disponibili nel caso concreto e dalla contemporanea esclusione dei possibili elementi alternativi" (ignorando l'esistenza di fattori di rischio per trombosi venosa profonda costituiti dall'età avanzata, dall'obesità, dalla presenza di vene varicose, da una pregressa trombosi e dalla stessa frattura del femore);
col secondo motivo, la ASL deduce, sempre in tema di ripartizione dell'onere della prova, la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e degli art. 1176, 1218 e 2043 c.c.: lamenta che la Corte non ha correttamente valutato che il differimento dell'intervento non era dipeso dalla negligenza dei medici di turno, né da carenze organizzative e direttive della struttura sanitaria, bensì solo da ragioni di opportunità clinica connesse alle condizioni del paziente, risultando pertanto "evidente l'errore nel quale è incorsa la Corte arrivando ad una ricostruzione della quaestio facti attraverso un'errata valutazione del materiale probatorio";
entrambi i motivi sono inammissibili in quanto le violazioni denunciate vengono postulate sulla base di assunti fattuali di cui la ricorrente richiede, sostanzialmente, una non consentita "rivisitazione", peraltro sulla base di deduzioni svolte in larga parte in difetto di specificità (ex art. 366, n. 6 c.p.c.) quanto al contenuto della c.t.u. e del referto di esame autoptico; per di più, gli assunti difensivi si incentrano sull'ostatività dell'episodio febbrile/infettivo manifestatosi a partire dal 19 agosto, senza confrontarsi con la necessità -evidenziata dalla Corte mediante il richiamo di passaggi della c.t.u.- di effettuare l'intervento chirurgico entro le 48 ore dal sinistro (ossia, nella specie, entro il 15 agosto);
col terzo motivo, viene denunciata la "nullità della sentenza per omessa motivazione in ordine alle ragioni di gravame contenute nell'atto di appello con riferimento alla patente erroneità della CTU ed alle molteplici omissioni dell'"ausiliario", ex art. 132 c.p.c., in relazione all'art. 360 n.4";
il motivo è inammissibile, in quanto argomenta ampiamente sulle ragioni della ritenuta erroneità della c.t.u. (segnatamente in relazione al fatto che il consulente non aveva considerato che il rialzo febbrile presentato dal paziente era sintomatico di un processo infettivo ostativo all'esecuzione dell'intervento), ma non individua in modo puntuale le specifiche censure che sarebbero state svolte con l'atto di gravame e sulle quali la Corte avrebbe omesso di motivare;
col quarto motivo, la ricorrente denuncia "violazione e/o falsa applicazione (...) dell'art. 1322 cod. civ. in tema di nullità della clausola di cui all'art. 1, lett. h, delle condizioni generali di polizza n. (omissis) (claims made), perché contraria agli artt. 2965 cod. civ.";
trascritta la clausola in questione ("... l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento pervenute per la prima volta all'assicurato nel corso di validità dell'assicurazione, o, comunque, entro un anno dalla cessazione dello stesso, purché relative a fatti accaduti durante il periodo di validità del contratto"), rileva che il fatto generatore della responsabilità si era verificato il 27.8.2001, ovvero nel periodo di vigenza della polizza; che la polizza era scaduta il 31.12.2002; che il risarcimento doveva essere richiesto entro e non oltre il 31.12.2003; che la messa in mora degli eredi L.L. era intervenuta il 19.4.2004;
tanto premesso e tenuto conto dei principi espressi da Cass., S.U. n. 22437/2018, evidenzia -con specifico richiamo a Cass., n. 8994/2020- che "nel caso di specie le parti hanno arricchito il tipo contrattuale (assicurazione contro i danni) con la previsione di una decadenza a carico dell'assicurato (...) che non è dipendente da una sua condotta: l'assicurato, infatti, può fare denuncia dell'evento nei dodici mesi dalla cessazione del contratto solo se abbia ricevuto in quei termini temporali la richiesta di risarcimento del danno, condizione che, ovviamente, dipende esclusivamente dal terzo danneggiato. In tali termini essa contrasta con disposizioni imperative di legge, non solo con l'art. 1341 c.c., che vieta, se non sottoscritte, le clausole vessatorie (annoverando tra queste espressamente quelle che impongono decadenze), ma altresì con l'art. 2965 c.c., che commina la nullità dei patti con cui si stabiliscono decadenze che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto"; e ciò in quanto "le clausole che rendono difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.) sono quelle che prescindono dalla diligenza della parte, e che fanno dipendere quell'esercizio da una condotta del terzo autonoma e non calcolabile";
il motivo va disatteso (a prescindere dal rilievo che la ricorrente richiama un precedente -quello di Cass. n. 8894/2020- attinente ad una fattispecie non esattamente sovrapponibile a quella qui esaminata) in conformità a quanto ritenuto da Cass. n. 12908/2022, che ha affermato il principio secondo cui, "**in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola "claims made" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato**

è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "genus" dell'assicurazione contro i danni ex art. 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "claims made" è pienamente partecipe";

tale pronuncia ha affermato che "trova, anzitutto, rilievo, di per sé dirimente, quanto espressamente statuito in medias res da Cass., S.U., n. 9140/2016, al par. 6.2. della motivazione, che giova riportare integralmente: "**Deve in ogni caso escludersi che la limitazione della copertura assicurativa alle "richieste di risarcimento presentate all'Assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione", in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati nella norma codicistica di cui si assume la violazione. E invero l'istituto richiamato, implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito, va inequivocabilmente riferito a già esistenti situazioni soggettive attive nonché a condotte imposte, in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell'ambito del quale la decadenza è stata prevista. Invece la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso. Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 cod. civ.**". Tale rilevata diversità di piani, non comunicanti tra loro, in cui si collocano, rispettivamente, la clausola claims made e la disciplina recata dalla norma dell'art. 2965 c.c. è riaffermata, sebbene in modo implicito, ma senza equivoci, dalla successiva sentenza n. 22437/2018, sempre delle Sezioni Unite, la quale ha evidenziato, in armonia con il precedente approdo nomofilattico, che **l'anzidetta clausola si configura come delimitativa dell'oggetto del contratto, "correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle "conseguenze patrimoniali" di cui "l'assicurato intende traslare il rischio": cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato". La richiesta del danneggiato è, pertanto, fattore concorrente nella identificazione del rischio assicurato e in tal senso si viene a delineare l'appartenenza strutturale del "fenomeno claims" al modello di assicurazione della responsabilità civile (o sotto-tipo) di cui al primo comma dell'art. 1917 c.c., "nel contesto del più ampio genus dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola claims made è pienamente partecipe". Ne consegue che non può essere affetta da nullità, ex art. 2965 c.c., la clausola claims made "perché fa dipendere la decadenza dalla scelta di un terzo", giacché l'atteggiarsi della richiesta del terzo, quale evento futuro, imprevisto ed imprevedibile, è del tutto coerente con la struttura propria del contratto di assicurazione contro i danni (nel cui ambito, come detto, è da ricondursi la polizza con clausola claims made), in cui l'operatività della copertura deve dipendere da fatto non dell'assicurato";**

in continuità con tali considerazioni, il motivo va dunque dichiarato infondato;

ne consegue, nel complesso, il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO CHE

Considerato, quanto al ricorso incidentale di F.F., che:

i tre motivi, aventi rubrica identica a quella dei primi tre motivi svolti dalla ASL Lecce, ne ricalcano anche il contenuto: gli stessi risultano pertanto inammissibili per le stesse ragioni espresse in relazione al ricorso principale.

Considerato, quanto al ricorso incidentale degli eredi M.M., che:

col primo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., degli artt. 1218 e 2697 c.c. e dell'art. 7 D.P.R. n. 127/1969 (rectius: 128/1969), "nella parte in cui la Corte d'Appello ha affermato la responsabilità solidale del prof. D.D. per la morte del sig. J.J. sebbene fosse in ferie al momento del ricovero"; premesso che il prof. D.D. era in ferie all'epoca del ricovero del J.J. (13.8.2001) e che era rientrato in servizio il 19.8.2001, quando erano già trascorsi sei giorni di degenza, e rilevato -altresì- che la circostanza era decisiva (in quanto i consulenti del P.M. avevano affermato la necessità che l'artroprotesi nei pazienti ultrasessantacinquenni venga eseguita entro le 48 ore, dato che -come rilevato anche dal c.t.u.- esiste un significativo incremento del rischio tromboembolico in caso di allettamento che superi i quattro giorni), i ricorrenti si dolgono che la Corte territoriale non abbia pronunciato sul primo motivo del loro appello incidentale, con cui avevano denunciato la violazione dell'art. 7 del D.P.R. n. 128/1969 per avere il Tribunale affermato la responsabilità del primario, che era in ferie e che aveva provveduto a organizzare il reparto e a fornire direttive circa i tempi di esecuzione degli interventi; aggiungono che la condotta tenuta dal D.D. dopo il rientro non era censurabile e che, "in ogni caso, l'eventuale incidenza causale della (sua) condotta omissiva (...) nella causazione dell'evento avrebbe dovuto essere esaminata autonomamente rispetto a quella degli altri sanitari e della Asl e supportata da specifica valutazione tecnica che, invece, è mancata del tutto nelle fasi di merito";

il motivo è fondato, in quanto la Corte non si è preoccupata affatto di scrutinare la posizione del D.D. -obiettivamente diversa- in modo distinto da quella degli altri medici e non ha fatto alcun cenno alle censure svolte sul punto col primo motivo dell'appello degli eredi M.M., con ciò incorrendo nella denunciata omissione di pronuncia;

invero, ritiene il Collegio che la valutazione della responsabilità del primario, assente per ferie nei primi sei giorni di ricovero del J.J., richiedesse un vaglio più approfondito, al fine di scongiurare il rischio dell'affermazione di una responsabilità oggettiva (in relazione al ritardo maturato nell'anzidetto periodo di assenza), tenuto conto anche della necessità di verificare se il ritardo dell'intervento a partire dal 19 agosto (ossia dal rientro in reparto del D.D.) possa essere dipeso dallo stato febbrile del paziente;

la sentenza va dunque cassata sul punto, con rinvio alla Corte territoriale;

col secondo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 40 e 41 c.p. e degli artt. 2043, 1218 e 2697 c.c., "in tema di nesso di causalità e di ripartizione dell'onere della prova", "nella parte in cui la Corte d'Appello ha riconosciuto l'esistenza del nesso causale fra la morte del sig. J.J. ed il prolungato allettamento", senza considerare altri fattori di rischio di trombosi venosa polmonare;

col terzo motivo, si deduce la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. e 1176, 1218, 2697 c.c., "in tema di ripartizione dell'onere probatorio", "nella parte in cui la Corte d'Appello ha affermato la responsabilità dei sanitari omettendo di considerare e valutare un nodo decisivo per la decisione della controversia", ossia se vi fosse stato il focolaio settico a livello broncopolmonare e se lo stesso rappresentasse o meno un rischio per l'intervento;
i due motivi -analoghi ai primi due del ricorso principale e ai primi due del ricorso F.F.- sono inammissibili per le stesse ragioni sopra illustrate;
col quarto motivo, i ricorrenti denunciano "violazione e falsa applicazione dell'art. 196 c.p.c. ed omessa motivazione in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3, 4 e 5, nella parte in cui la Corte d'Appello non ha disposto ed ha omesso di pronunciarsi in merito alla richiesta di rinnovazione della CTU formulata dagli odierni ricorrenti incidentali"; premesso che, ove non aderisca a una richiesta di rinnovazione di indagini supportata da specifiche ragioni, il giudice è tenuto a motivare, lamentano che la Corte "non solo non ha preso neppure in esame la richiesta di rinnovo della ctu, non ha motivato il diniego, ma non ha neppure esaminato nel merito censure mosse dagli appellanti", aderendo acriticamente alle conclusioni del c.t.u. "sebbene smentite da tutti gli altri atti e documenti";
anche questo motivo è inammissibile, in quanto totalmente generico e carente di autosufficienza circa le specifiche ragioni (segnatamente, le emergenze documentali contrastanti con la relazione di c.t.u.) che avrebbero dovuto indurre la Corte a rinnovare la consulenza; il tutto a prescindere dal rilievo che il diniego di rinnovazione ben poteva essere implicito e motivato dalla prestata adesione alla c.t.u. svolta in primo grado;
Considerato, quanto al ricorso incidentale degli eredi L.L., che:
con l'unico motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1223, 2697, 2727, 2729 c.c. e degli artt. 2, 13, 32 Cost., nonché "erronea negazione del nesso causale", "sussistenza della prova del danno da mancata acquisizione del consenso informato", "violazione dell'art. 112 c.p.c.", "omesso esame di fatti e circostanze decisivi", censurando la sentenza nella parte in cui la Corte -come già il primo giudice- ha negato il risarcimento del "danno da mancato consenso informato" (sul rilievo che, "in ogni caso, è necessario che il paziente dimostri, anche in via presuntiva, che non si sarebbe sottoposto al trattamento medico, qualora fosse stato adeguatamente informato, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione ed il bene che si assume leso");
i ricorrenti premettono che non vi era alcun dubbio sul fatto che non fosse stato raccolto il consenso del J.J. e assumono che "nemmeno remotamente può revocarsi in dubbio che qualora il paziente fosse stato adeguatamente informato, o forse anche solo sommariamente ragguagliato in ordine ai rischi cui le imperdonabili omissioni sanitarie lo avevano esposto, avrebbe con certezza negato il proprio consenso all'intervento e verosimilmente avrebbe optato per altra e più organizzata struttura e soprattutto per preventive terapie preoperatorie atte a scongiurare i rischi chirurgico e postoperatorio che la condotta omissiva del sanitario della struttura ospedaliera leccese aveva colposamente generato";
il motivo è inammissibile, in quanto: ai sensi dell'art. 348 ter, 5° co. c.p.c., non è consentito dedurre il vizio di omesso esame (ex art. 360 n. 5 c.p.c.) a fronte di una "doppia conforme" di merito, se non si dimostri che le due pronunce sono fondate su ragioni diverse inerenti le questioni di merito; non ricorre alcun profilo di omessa pronuncia; le censure concernenti la violazione delle altre norme richiamate non evidenziano errori di diritto, ma li postulano sul presupposto di un non consentito diverso apprezzamento dei fatti e delle prove;
la Corte di rinvio provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità;
sussistono, in relazione al ricorso principale della ASL Lecce e a quelli incidentali del F.F. e degli eredi L.L., le condizioni per l'applicazione dell'art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale dell'Azienda Sanitaria Locale Lecce e dichiara inammissibili i ricorsi incidentali del F.F. e dei L.L.; dichiarati inammissibili gli altri motivi, accoglie il primo motivo del ricorso incidentale della A.A. e dei M.M., cassa in relazione e rinvia alla Corte di Appello di Lecce, in diversa composizione; demanda alla Corte di rinvio la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale, del ricorrente incidentale F.F. e dei ricorrenti incidentali L.L., dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per i rispettivi ricorsi, a norma del comma 1-bis dello stesso articolo 13, se dovuto.
Così deciso in Roma, in data 04 dicembre 2023.
Depositata in Cancelleria il 02 febbraio 2024.

Riorganizzazione sul territorio delle articolazioni territoriali del SSN e responsabile all'esterno di tutte le obbligazioni risarcitorie

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 febbraio 2024, n. 3231; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Anche a seguito della fusione per incorporazione, conseguente alla riorganizzazione sul territorio delle articolazioni territoriali del Servizio Sanitario Nazionale, di due o più AUSLL preesistenti all'interno di un'unica Azienda ULSS, responsabile all'esterno di tutte le obbligazioni risarcitorie derivanti dagli illeciti frutto dei comportamenti svolti dai sanitari operanti all'interno delle incorporate, qualora l'evento dannoso subito da un paziente sia conseguito al contatto con più di una struttura sanitaria confluita nell'incorporante, permane in capo all'incorporante l'interesse all'accertamento del nesso causale tra l'attività svolta all'interno di ciascuna struttura sanitaria e il verificarsi del danno, nonché alla ripartizione delle responsabilità tra le due strutture.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo di ricorso la Azienda ULSS n. 5 Polesana denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 1223 e 2056 c.c. nonché dell'articolo 139 del codice delle assicurazioni per aver la Corte d'appello erroneamente e ingiustamente stimato l'ammontare del danno liquidabile al A.A. senza considerare gli effetti invalidanti e pregiudizievoli derivanti dalle patologie e concause pregresse e concorrenti nella provocazione del danno. La ricorrente si duole del fatto che non sia stato considerato nella sua rilevanza causale o almeno concausale il comportamento dei medici dell'ospedale di R che hanno somministrato al A.A. una terapia inizialmente appropriata per la patologia tumorale dalla quale era affetto, senza verificare l'intolleranza del paziente alla terapia steroidea, che è stata causa della necrosi delle teste omerali e che avrebbe potuto essere tempestivamente modificata, se il primo ospedale avesse eseguito un corretto follow up del paziente. Deduce la ricorrente che se l'ospedale di R avesse modificato per tempo la terapia non si sarebbero verificate quelle gravi conseguenze a danno della struttura ossea del A.A. che si sono poi verificate, e che, se si fosse accertato il nesso di causalità materiale tra la prima terapia praticata dalla ULSS di R e gli effetti collaterali derivati da essa a carico del paziente, sarebbe stato poi possibile e necessario delimitare l'area del danno risarcibile secondo i principi del danno differenziale, ponendo a carico della prima struttura sanitaria solo il danno differenziale correlato alla patologia ossea, tenuto conto del giovamento della terapia ormonale nella cura della sua prima e più grave patologia, ovvero il cancro ai polmoni.

2. - Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 1223, 1226 e 2056 c.c. per aver la Corte d'appello erroneamente e ingiustamente stimato il danno risarcibile al A.A. senza considerare gli effetti positivi della terapia steroidea ad elevato dosaggio prescritta per la cura della grave sarcoidosi di cui era affetto.

3. - Con il terzo motivo si denuncia l'omesso esame circa un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, consistente nella non prevedibilità ed oggettiva impossibilità di verifica da parte degli pneumologi della ULSS 18 delle anomale conseguenze pregiudizievoli derivate al paziente, a livello osseo, dall'avvio della terapia steroidea.

La ricorrente ULSS si duole che non sia stato effettuato un più accurato accertamento sulla impossibilità per gli pneumologi dell'ospedale di R di verificare fino al 2009 l'imprevedibile precoce insorgenza delle complicanze ossee.

4. - Con il quarto motivo si denuncia l'omesso esame in relazione alla specifica attività di assistenza e di cura prestata dagli ortopedici della ex ULSS 19 in favore del A.A. e alla limitata rilevanza causale di tale attività rispetto ai danni complessivamente residuati al paziente.

Si duole la ricorrente che sia stata confermata la responsabilità della ULSS n. 19 di Adria solo perché i suoi ortopedici hanno proseguito la somministrazione di cortisone al paziente che già manifestava gli effetti della intolleranza alla massiccia terapia cortisonica prescritta dalla prima struttura. La ricorrente sostiene che non è stato adeguatamente considerato che il danno da cortisone proveniva principalmente dagli effetti collaterali della terapia praticata dal primo ospedale.

5. - Infine, con il quinto motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 100 e 112 c.c., 1123, 1228 e 2055 c.c. per aver la Corte d'appello omesso l'accertamento, pur richiesto, in ordine ai profili di responsabilità singolarmente ascrivibili ai sanitari delle due aziende convenute in giudizio in primo grado e alle differenti conseguenze pregiudizievoli dipendenti dalle condotte svolte dai diversi soggetti.

La ULSS n. 5 Polesana, incorporante le due ULSS di Rovigo e di Adria, chiarisce quali sono le ragioni del permanere dell'interesse dell'azienda incorporante all'accertamento delle distinte responsabilità delle due strutture sanitarie all'interno di essa incorporate: da un lato ne ha necessità per poter essere eventualmente manlevata dalle rispettive compagnie assicuratrici delle ex ULSS, dall'altro, per poter collegare le eventuali conseguenze dannose sul paziente all'operato dei singoli professionisti e poter quindi esercitare eventualmente la rivalsa sui soggetti effettivamente responsabili.

6. - L'esame del quinto motivo è preliminare rispetto all'esame dei motivi che precedono.

Esso è fondato, e il suo accoglimento comporta l'assorbimento dei restanti motivi.

Va premesso, in linea generale, **che nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità del danno da fatto illecito imputabile a più persone, il giudice del merito**

adito dal danneggiato può e deve pronunciarsi sulla ripartizione interna della responsabilità e sulla graduazione delle colpe solo se uno dei condebitori abbia esercitato l'azione di regresso nei confronti degli altri o, comunque, in vista del regresso abbia chiesto tale accertamento in funzione della ripartizione interna. Da ciò deriva che, allorché il presunto autore di un fatto illecito — convenuto in giudizio unitamente ad altri, perché ritenuto responsabile, in solido con questi, dell'evento dannoso lamentato dall'attore — neghi la propria responsabilità in ordine al verificarsi dell'evento denunziato, e non proponga, nei confronti degli altri convenuti, alcuna domanda, si limita a svolgere— ancorché assuma che, in realtà, gli altri convenuti sono responsabili esclusivi del fatto — delle mere difese, al fine di ottenere il rigetto, nei suoi confronti, della domanda attrice. Affinché tali argomentazioni esulino dall'ambito delle mere difese ed integrino, ai sensi degli artt. 99 e segg. cod. proc. civ., delle "domande", nei riguardi degli altri presunti responsabili, con il conseguente instaurarsi tra costoro di un autonomo rapporto processuale (diverso e distinto rispetto a quello tra il danneggiato e i singoli danneggianti) è, invece, indispensabile che il suddetto convenuto richieda espressamente, ancorché in via Gr. e subordinatamente al rigetto delle difese svolte in via principale, l'accertamento della percentuale di responsabilità propria e altrui in relazione al verificarsi del fatto dannoso, domanda questa che, non potendosi ritenere implicita nella mera richiesta svolta nei confronti del solo attore di rigetto della sua domanda, non può essere introdotta, all'evidenza, per la prima volta in giudizio in grado di appello, né, a maggior ragione, in sede di giudizio di legittimità (Cass. 29/04/2006, n. 10042, ripresa, recentemente, da Cass. n. 7543 del 2018).

Ciò premesso, non è oggetto di contestazione nel caso di specie che la domanda di accertamento interno delle responsabilità sia stata proposta dalla convenuta Azienda USLL fin dal primo grado, con la particolarità che la convenuta è soggetto incorporante i due potenziali responsabili. Al fine di ricostruire con esattezza la dinamica complessiva dei fatti, che hanno coinvolto, in tempi diversi, specialisti diversi di due distinte strutture sanitarie, i giudici di merito hanno peraltro preso in considerazione la correttezza o meno e la conformità alle leges artis dei rispettivi comportamenti, ma hanno ritenuto che la domanda proposta dalla USLL incorporante, volta all'accertamento delle rispettive responsabilità delle due incorporate, fosse inammissibile per difetto di interesse, proprio in ragione della intervenuta incorporazione, che fa sì che un unico soggetto sia oggi tenuto a rispondere verso il danneggiato del danno inflitto.

Deve affermarsi, al contrario, che **anche a seguito della fusione per incorporazione, conseguente alla riorganizzazione sul territorio delle articolazioni territoriali del Servizio Sanitario nazionale, di due o più AUSLL preesistenti all'interno di un'unica Azienda ULSS, responsabile all'esterno di tutte le obbligazioni risarcitorie derivanti dagli illeciti frutto dei comportamenti svolti dai sanitari operanti all'interno delle incorporate, qualora l'evento dannoso subito da un paziente sia conseguito al contatto con più di una struttura sanitaria confluita nell'incorporante, permane in capo all'incorporante l'interesse all'accertamento del nesso causale tra l'attività svolta all'interno di ciascuna struttura sanitaria e il verificarsi del danno, nonché alla ripartizione delle responsabilità tra le due strutture.**

Ciò sia al fine di consentire all'incorporante di essere garantita dalle assicurazioni di ciascuna struttura incorporata, nei limiti della responsabilità di ciascuna, sia al fine di potersi eventualmente rivalere nei confronti dei sanitari responsabili, in proporzione delle rispettive responsabilità.

Il quinto motivo è pertanto accolto, i motivi precedenti restano assorbiti, la sentenza è cassata in relazione e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione, che si atterrà al principio di diritto sopra enunciato e provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il quinto motivo, assorbiti gli altri, cassa e rinvia la sentenza impugnata alla Corte d'appello di Venezia in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 6 novembre 2023.

Depositato in Cancelleria il 5 febbraio 2024.

Azione proposta dai prossimi congiunti per risarcimento dei danni da perdita del rapporto parentale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 5 febbraio 2024, n. 3267; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

L'azione proposta dai prossimi congiunti, volta ad ottenere il risarcimento dei danni per la perdita del rapporto parentale nei confronti della struttura sanitaria ritenuta responsabile della morte del proprio parente è qualificabile in termini di azione di responsabilità extracontrattuale non essendo configurabile alcun rapporto contrattuale diretto, neppure in termini di contratto con effetto protettivo nei confronti del terzo, tra il congiunto del paziente e la struttura ospedaliera dalla quale questo è stato preso in carico.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1.- Preliminarmente si deve dare atto che le ricorrenti hanno definito i loro rapporti con le due compagnie di assicurazioni, Amtrust Europe Limited e Omissis Insurance Company (Europe) Limited, nei confronti delle quali hanno rinunciato al ricorso, con rinuncia accettata. Nei confronti dei soggetti indicati va dunque indicata l'estinzione parziale del giudizio, che prosegue solo quanto alle domande proposte dalle ricorrenti nei confronti della ASST Bergamo Ovest.
2. - Con il primo motivo di ricorso le ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione degli articoli 1218, 2043 e 2947 c.c., sostenendo che l'azione proposta fosse da qualificare in termini di responsabilità contrattuale piuttosto che extracontrattuale, e che la fattispecie dovesse essere ricondotta nell'ambito di applicabilità dell'istituto del contratto con effetti protettivi a favore del terzo, con conseguente applicazione del termine di prescrizione ordinario decennale.
3. - Con il secondo motivo le ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2947, terzo comma, del codice civile in relazione alla accertata condotta colposa della struttura sanitaria, riconducibile in via di astratta configurazione all'ipotesi del reato di omicidio colposo, in relazione al quale il termine di prescrizione è decennale. Segnalano che nel separato giudizio intercorso tra la madre e la struttura sanitaria è stato accertato il nesso causale tra la condotta della struttura sanitaria e la morte a breve termine del paziente, e la stessa è stata ricondotta alla fattispecie dell'omicidio colposo.
4. - Con il terzo motivo le signore A.A. e B.B. denunciano la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2935 c.c. con riferimento al computo del dies a quo dal quale far decorrere il termine prescrizionale.
Criticano la sentenza impugnata là dove ha fatto decorrere il termine di prescrizione del loro diritto risarcitorio dal giorno della morte del padre, intervenuta il 4 novembre 2005. Sostengono di aver preso conoscenza della causa di morte del congiunto solo nel 2011, quando, nel giudizio promosso dalla moglie del defunto signor C.C., venne depositata la relazione del perito nominato dal tribunale. Sostengono che prima di allora non ebbero contezza della causa della morte, e che solo da quel giorno sono state messe in grado di acquisire conoscenza della riferibilità causale dell'evento dannoso al comportamento colposo dei sanitari. Quindi, fanno decorrere il termine di prescrizione dal 23 giugno 2011, data di conoscenza appunto della relazione che per prima poneva in connessione causale l'evento morte alla condotta colposa dell'ospedale. Aggiungono di aver posto in essere anche successivi atti interruttivi, quali la raccomandata inviata in data 26 ottobre 2012.
5. - Con il quarto motivo deducono la violazione e falsa applicazione degli articoli 91 e 92 c.p.c. quanto alla liquidazione delle spese di lite, e alla condanna posta a loro carico alla rifusione delle spese processuali sostenute dai terzi chiamati, evidenziando di non essere autrici della chiamata in causa delle compagnie di assicurazione.
6.- Il primo motivo è infondato.
Le figlie della vittima, sig. C.C., agiscono per il risarcimento del danno iure proprio patito a causa della perdita del rapporto parentale col padre. La loro azione è stata correttamente inquadrata dal giudice di merito nell'ambito della responsabilità extracontrattuale fatta valere nei confronti della struttura sanitaria.
Non è invocabile in riferimento all'azione proposta, contrariamente a quanto auspicato dalle ricorrenti, la figura del contratto con effetti protettivi anche nei confronti del terzo, al fine di ricondurla nell'alveo della responsabilità contrattuale, in quanto è giurisprudenza ormai consolidata di questa Corte l'affermazione secondo la quale **il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria o il medico non produce, di regola, effetti protettivi in favore dei terzi, fatta eccezione per il peculiare e circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, in cui il contratto concluso dalla gestante con la struttura sanitaria, avente ad oggetto le prestazioni sanitarie correlate alla nascita del bambino, per la peculiarità dell'oggetto, è idoneo ad incidere in modo diretto anche sulla posizione di quei soggetti diversi dalla gestante, ma ad essa inscindibilmente legati nel comune interesse al miglior andamento del parto, ovvero del nascituro e del padre, sì da farne scaturire una tutela estesa a tali soggetti (Cass. n. 14615 2020, in cui la Corte ha escluso la spettanza dell'azione contrattuale "iure proprio" agli eredi di un soggetto ammalatosi e poi deceduto a causa di infezione da HCV contratta a seguito di emotrasfusioni eseguite presso un ospedale, precisando che essi avrebbero potuto eventualmente beneficiare della tutela aquiliana per i danni da loro stessi subiti; v. anche Cass. n. 11320 del 2022).**
Al di fuori di questa peculiare situazione trova invece applicazione, in relazione al contratto stipulato dal paziente col medico con o la struttura sanitaria, il principio generale di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., secondo il quale il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi se non nei casi previsti dalla legge, con la conseguenza che l'autonoma pretesa risarcitoria vantata dai congiunti del paziente per i danni ad essi derivati dall'inadempimento dell'obbligazione contratta

dalla struttura sanitaria nei confronti del loro congiunto rileva nei loro confronti come illecito aquiliano e si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (da ultimo, in questo senso, Cass. n. 14258 del 2020, Cass. n. 21404 del 2021; Cass. n. 11320 del 2022; Cass. n. 28959 del 2023).

La responsabilità della struttura sanitaria per i danni da perdita del rapporto parentale, invocati iure proprio dai congiunti di un paziente deceduto, è dunque qualificabile come extracontrattuale, dal momento che, da un lato, il rapporto contrattuale intercorre unicamente col paziente, e dall'altro i parenti di quest'ultimo non rientrano nella categoria dei "terzi protetti dal contratto", potendo postularsi l'efficacia protettiva verso i terzi del contratto concluso tra il nosocomio ed il paziente esclusivamente ove l'interesse, del quale tali terzi siano portatori, risulti anch'esso strettamente connesso a quello già regolato sul piano della programmazione negoziale.

6. - Il secondo motivo è invece fondato.

6.1. - **L'azione proposta dai prossimi congiunti, volta ad ottenere il risarcimento dei danni per la perdita del rapporto parentale nei confronti della struttura sanitaria ritenuta responsabile della morte del proprio parente è qualificabile in termini di azione di responsabilità extracontrattuale, per le considerazioni già spese nel rigettare il primo motivo, nel senso della non configurabilità di alcun rapporto contrattuale diretto, neppure in termini di contratto con effetto protettivo nei confronti del terzo, tra il congiunto del paziente e la struttura ospedaliera dalla quale questo è stato preso in carico.**

6.2. - In memoria, la struttura sanitaria sostiene che il motivo di ricorso in esame è inammissibile, perché mai le signore A.A. e B.B. in precedenza hanno prospettato una qualificazione della loro domanda in termini di azione di responsabilità extracontrattuale, qualificazione che al contrario hanno fermamente respinto, affermando la configurabilità di una responsabilità contrattuale diretta della ASST anche nei loro confronti, e dunque non possono ora pretendere legittimamente di giovarsi del termine più lungo di durata della prescrizione previsto per gli illeciti civili corrispondenti a fattispecie integrative di reato, sulla base di una argomentazione mai in precedenza sviluppata nel giudizio di merito. Aggiunge la ASST che non vi è stato alcun accertamento di fatto relativo ad una configurabilità del reato di omicidio colposo.

6.3. - L'obiezione non è calzante.

Deve ritenersi che la domanda, nel suo nucleo immodificabile, va identificata non in relazione al diritto sostanziale eventualmente indicato dalla parte e considerato alla stregua dei fatti costitutivi della fattispecie normativa (che costituisce oggetto dell'attività qualificatoria rimessa al giudice), ma esclusivamente in base al bene della vita (sia esso la res o l'utilità ritraibile come effetto della pronuncia giudiziale) ed ai fatti storici-materiali che delineano la genesi e lo svolgimento della fattispecie concreta, così come descritta dalle parti e portata a conoscenza del Giudice.

Con la conseguenza che se i "fatti materiali", come ritualmente allegati hinc et inde, rimangono immutati, è compito del giudice individuare quali tra essi assumano rilevanza giuridica, in relazione alla individuazione della fattispecie normativa astratta in cui tali fatti debbono essere sussunti, indipendentemente dal tipo di diritto indicato dalla parte. In tal senso si giustificano, del resto, le ipotesi di "cumulabilità" della domanda di risarcimento danni, là dove, a tutela del medesimo bene della vita, vengono a "concorrere" sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale, in quanto la modifica della azione non comporta il mutamento del quadro fattuale mediante allegazione di una diversa "condotta materiale", lesiva dell'interesse giuridico protetto (in questo senso Cass. n. 10049 del 2022, che richiama a sua volta, ex aliis, Cass. 25/09/2018, n. 22540, secondo cui non immuta la "vicenda sostanziale" oggetto del giudizio, la sostituzione dell'originaria domanda del terzo trasportato, tesa a far valere la responsabilità del proprietario del veicolo fondata sul contratto di trasporto concluso tra le parti, con un'altra basata sulla presunzione di responsabilità del proprietario medesimo, ex art. 2054 cod. civ.).

Seguendo tale impostazione ci si allontana dal momento qualificativo astratto ex ante degli elementi giuridici identificativi della domanda, come riferibili ad una determinata fattispecie legale, dovendo invece procedersi progressivamente — secondo la evoluzione della attività allegatoria e deduttiva delle parti — alla esatta configurazione giuridica della pretesa, una volta che risultino compiutamente definiti ed immutati i fatti storici allegati dalla parte a sostegno della richiesta di tutela del bene della vita, elementi che vengono quindi a costituire il nucleo essenziale della domanda (v. Cass. 15/09/2020, n. 19186). L'esatta qualificazione della domanda proposta è quindi compito del giudice, che deve muoversi beninteso nel perimetro delle allegazioni dalle parti per non alterare il contraddittorio.

6.4. - Calando il discorso nel concreto, le signore A.A. e B.B. hanno chiesto il risarcimento del danno subito, prospettando una responsabilità (contrattuale o extracontrattuale che essa fosse) della struttura sanitaria per aver dato causa alla morte del padre: in senso ampio sono formulate infatti le conclusioni originariamente contenute nell'atto di citazione, riportate a pag. 4 del ricorso. Hanno introdotto il fatto, di possibile rilevanza anche penalistica, della morte del padre in conseguenza del negligente operato dei medici. Hanno poi privilegiato la ricostruzione, a sé più favorevole, in termini di responsabilità contrattuale, ma la domanda è stata proposta ad ampio raggio.

Nel caso di specie, dunque, i fatti storici materiali posti a fondamento della dedotta responsabilità dell'azienda convenuta sono rimasti inalterati nel corso del giudizio (contatto del paziente con il pronto soccorso dell'ospedale – omessa diagnosi di infarto – dimissioni del paziente senza avvia di alcuna terapia, cui faceva seguito a due giorni di distanza la morte) e non sono incompatibili con una qualificazione dell'azione in termini di responsabilità extracontrattuale.

Sul punto non può ritenersi si fosse formato alcun giudicato interno: come rappresentato dal Pubblico Ministero, in appello era ancora in gioco la questione, dirimente, se la responsabilità fosse contrattuale o extracontrattuale. Il gravame era volto a contestare la riconduzione dell'illecito nell'area della responsabilità aquiliana piuttosto che nell'area della responsabilità contrattuale. Di conseguenza, entrambi i titoli di responsabilità erano, e sono restati, in discussione, nel corso del giudizio di impugnazione. Parallelamente, la discussione verteva sulla durata e sulla decorrenza della prescrizione.

L'illecito ipotizzato a carico dell'ospedale, il cui reparto di Pronto Soccorso non avrebbe individuato tempestivamente la patologia infartuale miocardica in atto, dimettendo il paziente senza ulteriori accertamenti e determinandone la morte nell'arco di due giorni, sarebbe riconducibile, ove positivamente accertato nel suo elemento materiale e nel nesso causale tra la condotta dei sanitari e l'evento infausto, alla

ipotesi di rilevanza penale, astrattamente configurabile, dell'omicidio colposo. Così qualificato l'illecito, e ricondotto alla fattispecie di astratta rilevanza penalistica, il termine di prescrizione applicabile per l'azione di danni proposta iure proprio è quindi non il termine ordinario quinquennale, ritenuto applicabile dalla corte d'appello, ma il più lungo termine di prescrizione decennale previsto per il reato, applicabile ratione temporis (in quanto solo con la legge n. 251 del 2005, entrata in vigore l'8 dicembre 2005, e quindi non applicabile al caso di specie, che ha modificato, tra l'altro, il regime della prescrizione, è stata ridotta la durata del termine di prescrizione previsto per l'omicidio colposo a sei anni).

Si tratta peraltro di un principio più volte già affermato da questa Corte in relazione all'ipotesi dell'azione proposta iure proprio dai congiunti in dipendenza della morte di un componente della famiglia provocata da trasfusione di sangue infetto: "**La responsabilità del Ministero della Salute per i danni da trasfusione di sangue infetto ha natura extracontrattuale, sicché il diritto al risarcimento è soggetto alla prescrizione quinquennale ex art. 2947, comma 1, c.c., non essendo ipotizzabili figure di reato (epidemia colposa o lesioni colpose plurime) tali da innalzare il termine ai sensi dell'art. 2947, comma 3, c.c.. ne consegue che in caso di decesso del danneggiato a causa del contagio, la prescrizione rimane quinquennale per il danno subito da quel soggetto in vita, del quale il congiunto chieda il risarcimento "iure hereditatis", trattandosi pur sempre di un danno da lesione colposa, reato a prescrizione quinquennale (alla data del fatto), mentre la prescrizione è decennale per il danno subito dai congiunti della vittima "iure proprio", in quanto, da tale punto di vista, il decesso del congiunto emotrasfuso integra omicidio colposo, reato a prescrizione decennale (alla data del fatto)**" (Cass. n. 20882 del 2018; Cass. n.7553 del 2012).

6.5. - Va segnalato a questo proposito che, se l'eccezione di prescrizione è una eccezione in senso stretto, la questione della durata della prescrizione è una contro eccezione in senso lato (Cass. n. 21404 del 2021) e, in particolare, una volta che il giudice individui il regime di prescrizione applicabile al caso di specie, sulla base della corretta qualificazione della domanda che a lui compete, la durata del regime prescrizionale ne consegue per legge, e non può essere subordinata al né condizionata dal mero esercizio degli oneri probatori. Compete al giudice, una volta qualificata una determinata azione come contrattuale o extracontrattuale, individuare la durata della prescrizione correlata alla fattispecie in tal modo qualificata.

Non può il giudice fare applicazione di un regime di durata della prescrizione diverso da quello corrispondente alla fattispecie sottoposta al suo esame sol perché la parte non ha promosso una determinata qualificazione o l'ha osteggiata.

La prescrizione deve essere eccepita dalla parte, trattandosi di un'eccezione in senso stretto, ma, una volta che la questione è entrata nel thema decidendum, la verifica della vicenda estintiva spetta al giudice. L'individuazione del termine di prescrizione applicabile, quinquennale o decennale per effetto dell'art. 2947 comma 2 c.c., compete al giudice d'ufficio, trattandosi di una quaestio iuris sull'identificazione del diritto azionato e del regime prescrizione applicabile (v. Cass. 15337/16 e Cass. 1064/14).

Come recentemente affermato da Cass. n. 29859 del 2023, che da ultimo si è occupata della questione delle condizioni di applicabilità del più lungo termine prescrizionale previsto per il reato, qualora l'illecito civile possa integrare anche una fattispecie di reato:

- è principio consolidato che, qualora l'illecito civile sia considerato dalla legge come reato ma il giudizio penale non sia stato promosso, ancorché per difetto di querela, all'azione civile di risarcimento si applica, ai sensi dell'art. 2947, comma terzo, c.c., l'eventuale più lunga prescrizione prevista per il reato purché il giudice civile accerti, incidenter tantum, con gli strumenti probatori ed i criteri propri del relativo processo, l'esistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto-reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sia soggettivi che oggettivi (tra le altre: Cass. n. 24988/2014 e Cass. n. 2350/2018);

- tuttavia, non è "necessario", a tal fine, dover coltivare "un'espressa domanda volta a ottenere in via incidentale l'accertamento dell'ipotizzato reato", giacché – alla luce dell'orientamento del pari consolidato di questa Corte (per tutte: Cass., S.U., n. 9993/2016; Cass. n. 24260/2020; Cass. n. 21404/2021) - la deduzione circa l'applicabilità del termine prescrizionale più lungo di cui all'art. 2947, comma terzo, c.c. integra una contro-eccezione in senso lato, la cui rilevazione può avvenire anche d'ufficio, nel rispetto dei termini di operatività delle preclusioni relative al thema decidendum ex art. 183, c.p.c., qualora sia fondata su nuove allegazioni di fatto.

Là dove invece essa sia basata su fatti storici già allegati entro i termini di decadenza propri del giudizio ordinario a cognizione piena, la sua proposizione è ammissibile nell'ulteriore corso del giudizio di primo grado, in appello e, con il solo limite della non necessità di accertamenti di fatto, anche in Cassazione, dove non integra una questione nuova inammissibile.

La rilevabilità ex officio della contro-eccezione è, dunque, subordinata alla allegazione – tempestiva, giacché effettuata originariamente con l'atto introduttivo del giudizio ovvero perché le nuove circostanze fattuali sono state dedotte nei termini di cui all'art. 183 c.p.c. (così da consentirne il rilievo officioso anche oltre detti termini) – dei fatti posti a suo fondamento e, quindi, ai fini dell'applicazione dell'art. 2947, comma terzo, c.c., del "fatto considerato dalla legge come reato", ossia delle circostanze da cui evincere la sussistenza degli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) del reato di omicidio colposo, ex art. 589 c.p.

Poiché nel caso di specie dagli atti introduttivi del giudizio di merito, richiamati con precisione dalle ricorrenti, emerge che le stesse hanno dato contezza, fin dall'inizio, di fatti che potevano essere rappresentativi di circostanze integranti il fatto-reato di omicidio colposo in danno del congiunto degli attori, da un lato esse non erano tenute a richiedere un accertamento incidentale del reato di omicidio colposo, né, a fronte dell'eccezione di parte di prescrizione quinquennale proposta dalla ASST, esse erano tenute a dedurre tempestivamente una contro eccezione in senso stretto relativa alla durata della prescrizione, rimanendo la determinazione del termine di durata della prescrizione a fronte di una individuata fattispecie compito del giudice.

7. - Il secondo motivo di ricorso deve quindi essere accolto, e la sentenza cassata in relazione. Il terzo motivo, relativo alla decorrenza della prescrizione, resta assorbito, perché, come osserva il Procuratore generale, una volta che si applica la prescrizione decennale la prescrizione resta esclusa pur se si parte dalla data del decesso; il quarto, relativo alla regolamentazione delle spese, è anch'esso assorbito dall'accoglimento del secondo.

In accoglimento del secondo motivo di ricorso, la sentenza è cassata e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Brescia in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio e nel rinnovare il giudizio in fatto farà applicazione del seguente principio di diritto: "La deduzione relativa all'applicabilità di uno specifico termine di prescrizione (nella specie, quello indicato al comma 3 dell'art. 2947 c.c.) integra una contro eccezione in senso lato, il cui rilievo può avvenire anche d'ufficio, nel rispetto delle preclusioni cd. assertive di cui all'art. 183 c.p.c., qualora sia fondata su nuove allegazioni di fatto; laddove, invece, sia basata su fatti storici già allegati entro i termini di decadenza propri del procedimento ordinario di cognizione, la sua proposizione è ammissibile nell'ulteriore corso del giudizio di primo grado, in appello e, con il solo limite della non necessità di accertamenti di fatto, in cassazione, dove non costituisce questione nuova inammissibile".

P.Q.M.

La Corte:

- dichiara l'estinzione parziale del giudizio a spese compensate tra le ricorrenti A.A. e B.B. e le controricorrenti Omissis Insurance Company (Europe) Limited e Omissis Europe Limited;
- rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo, dichiara assorbiti il terzo e il quarto, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Brescia in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio tra le ricorrenti A.A. e B.B. e la controricorrente Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Bergamo Ovest.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 6 novembre 2023

Depositata in Cancelleria il 05 gennaio 2024.

Danno da lesione del diritto all'autodeterminazione

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 1 marzo 2024, n. 5610; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Un danno risarcibile da lesione del diritto all'autodeterminazione è predicabile se e solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (e, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli articoli 2697, 1218, 1176 secondo comma, 2236 e 2729 cod. civ., 115 e 116 cod. proc. civ. e la violazione e falsa applicazione della regola del più probabile che non, nonché, in subordine, l'esistenza di una motivazione apparente, perplessa ed incomprensibile.
In particolare, si dolgono che non siano state ammesse le prove testimoniali formulate (che non riproducono nel loro contenuto, ma richiamano nella loro collocazione in atti); ricordano che il A.A. si era sottoposto a un intervento di ernia inguino-scrotale -e non ai testicoli, come avrebbe indicato il c.t.u. - ed evidenziano che nella visita precedente l'intervento non era stato effettuato alcun riferimento all'esistenza di possibili patologie relative ai testicoli mentre solo dopo si evidenziava che uno dei testicoli era ipotrofico.
Ritengono che, sulla base di questi dati, il c.t.u. avrebbe dovuto indicare - e la Corte d'appello avrebbe dovuto recepire e condividere tale valutazione - che il testicolo destro, ovvero quello che si trovava in adiacenza alla zona operata, era diventato ipotrofico a seguito dell'infiammazione conseguente all'esecuzione dell'intervento. Da queste circostanze che avrebbe dovuto positivamente accertare, la Corte d'appello avrebbe poi dovuto inferire, tenendo conto anche dello stato post-operatorio di febbre e dolore del paziente, nonché della tumefazione locale, che il decorso postoperatorio non era stato regolare, e che, al contrario, si erano verificate delle complicazioni poi degenerate fino a determinare la ipotrofia del testicolo. Sostengono che questa era la conclusione che la corte d'appello avrebbe dovuto trarre, attraverso un corretto ragionamento probabilistico, ove non avesse aderito acriticamente alle conclusioni del c.t.u..
Aggiungono che, non essendo emerso altro fatto che consentisse di ipotizzare una causa alternativa dell'evento dannoso, rispetto a quella allegata dal paziente, il ragionamento probabilistico doveva portare a concludere che il sottodimensionamento del testicolo era conseguenza dell'operazione.
2. - Con il secondo motivo denunciano l'omessa pronuncia sulla domanda di ammissione dei mezzi istruttori, ai sensi dell'articolo 112 c.p.c., e in subordine l'omessa motivazione sulla domanda di ammissione dei mezzi istruttori nonché la violazione degli articoli 2697 e 1218 c.c. e l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, inerente all'ammissione dei capitoli di istruzione orale nonché l'esistenza di motivazione apparente e contraddittoria. Lamentano che in primo grado erano state dichiarate inammissibili le prove orali da loro articolate perché il tribunale aveva escluso che il danno alla salute potesse essere provato a mezzo di testimoni. La richiesta di prove orali era stata riproposta in appello ma su di essa la Corte d'appello, pur confermando il rigetto della domanda, non si sarebbe neppure pronunciata, ritenendo priva di prova del nesso causale la domanda risarcitoria formulata dai ricorrenti senza aver consentito loro di dare ingresso alla prova richiesta e senza alcuna motivazione sulle ragioni dell'esclusione di tale mezzo probatorio. Aggiungono che le prove orali erano funzionali a dimostrare la presenza di complicazioni nei giorni successivi all'operazione, la segnalazione dello stato febbrile in atto ai sanitari del nosocomio di Maglie nel corso delle visite di controllo, l'ulteriore visita, su sollecitazione del medico di base e l'omissione di qualsiasi tipo di controllo post-operatorio da parte dei sanitari. Evidenziano che queste circostanze non fossero circostanze neutre sotto il profilo della rilevanza causale, ma atte a comprovare che non è stata adottata alcuna strategia, né terapeutica né diagnostica, per fronteggiare l'infiammazione in atto e quindi evitare il verificarsi della conseguente ipotrofia testicolare.
3. - Con il terzo motivo denunciano l'omessa pronuncia ai sensi degli articoli 112 e 132 numero 4 c.p.c. sulla autonoma domanda risarcitoria proposta, relativa alla violazione del diritto di autodeterminazione e in subordine la violazione degli articoli 1218, 1236 e 2697 c.c., 116 c.p.c., oltre che degli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione; in via ancora più gradata, denunciano la mancanza assoluta di motivazione sul punto sotto l'aspetto materiale e grafico nonché l'esistenza di una motivazione apparente, perplessa e incomprensibile.
I ricorrenti evidenziano che avevano proposto domanda di risarcimento del danno sia in relazione alla lesione della salute del A.A. e alla riduzione della capacità di procreare della coppia sia in relazione al danno da inadeguato consenso informato. Aggiungono che si erano offerti di provare che il A.A., se avesse saputo del possibile verificarsi di queste complicanze non si sarebbe mai sottoposto all'intervento, non necessario, o magari l'avrebbe rimandato a un momento successivo alla procreazione di un figlio e che lo specifico profilo relativo alla violazione del consenso informato non era stato minimamente sviluppato nella motivazione della sentenza d'appello, neppure ai fini di analizzarlo per poi rigettarlo. Lamentano che il dolore e il rialzo termico, l'ecchimosi, l'ematoma e anche l'atrofia e l'infertilità siano tutte tra le possibili, anche se progressivamente sempre più remote, complicanze derivanti da un intervento di ernia inguinale, e che ciò non sia stato evidenziato nei moduli prestampati allegati alla cartella clinica e sottoposti alla firma del paziente prima dell'intervento.
4. - Il ricorso è complessivamente infondato.
I primi due motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi, sono inammissibili, perché volti a sollecitare una diversa lettura delle risultanze istruttorie che hanno motivatamente portato la corte d'appello

ad escludere l'esistenza di un nesso causale tra la condizione patologica lamentata dal A.A. (peraltro ridimensionata dalla CTU, richiamata nella sentenza impugnata, che ne fa proprie le conclusioni sul punto, nella sua reale portata) e la prestazione sanitaria, sia nella fase precedente all'intervento chirurgico che post-operatoria. L'attività istruttoria ritenuta necessaria dal giudice d'appello è stata svolta, sulla base della consulenza tecnica fatta eseguire motivatamente la corte d'appello ha escluso che gli attori abbiano provato il nesso causale tra quella operazione volontaria a cui si è sottoposto il A.A. e il sottodimensionamento del testicolo destro con limitata produzione di liquido spermatico, peraltro di carattere lieve, in mancanza di alcuna documentazione su uno stato di piena normalità precedente e quindi di una riduzione volumetrica e funzionale, atta ad individuare un almeno potenziale rapporto causale tra l'operazione e una produzione spermatica inferiore alla media.

5. - Con il terzo motivo di doglianza i ricorrenti hanno lamentato l'omessa pronuncia (e gradatamente, il vizio di motivazione apparente, perplessa e incomprensibile) sulla domanda di risarcimento del danno da violazione del diritto di autodeterminazione, avanzata in via del tutto autonoma rispetto alla censura afferente il danno alla salute.

Segnalano che il motivo di ricorso sarebbe fondato quand'anche la Corte volesse rinvenire nell'atteggiamento silente sul punto della corte d'appello una decisione implicita di rigetto, perché da tutte le allegazioni della parte, e dalle circostanze presuntive, valutabili, risulta con chiarezza che il A.A., se informato anche di una remota possibilità di complicanze sulla propria capacità riproduttiva, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento, non necessario. La Asl sostiene invece che il CTU avrebbe accertato che il paziente consentiva al trattamento chirurgico proposto, di ernioplastica inguinale destra, previa firma sul modulo di consenso informato che appariva chiaro e ben compilato, e che tale conclusione sarebbe stata recepita dalla sentenza d'appello.

Il motivo è infondato, sebbene sia necessario in proposito integrare la motivazione (come consentito dall'art. 384 ultimo comma c.p.c. qualora, pur in presenza di una motivazione errata in diritto, il provvedimento impugnato sia comunque giunto ad una conclusione giuridicamente corretta).

Effettivamente manca una motivazione espressa sul punto dell'impugnazione relativo alla mancanza del consenso informato. Può però ritenersi che la corte d'appello l'abbia, per quanto implicitamente, rigettata, ritenendola assorbita dal rigetto della domanda principale, relativa al pregiudizio alla salute del A.A. e alla capacità di procreare della coppia.

La soluzione nel senso del rigetto è condivisibile, e resiste alle censure mosse dai ricorrenti.

È ben vero che la domanda risarcitoria relativa alla mancata formazione di un consenso informato può essere proposta anche autonomamente rispetto alla domanda di risarcimento danni da lesione del diritto alla salute, qualora si assuma si sia verificata una lesione del proprio diritto alla autodeterminazione, in quanto, se adeguatamente informata delle possibili conseguenze, anche eventuali e remote, di un intervento, la parte non si sarebbe sottoposta ad esso.

Il risarcimento autonomo del diritto alla lesione del consenso è riconosciuto al verificarsi di alcuni presupposti: in primo luogo, è necessario che la lesione del diritto al consenso si sia verificata, in secondo luogo, deve essere accertato che essa abbia comportato un pregiudizio apprezzabile.

Nel caso di specie, la corte d'appello in primo luogo ha fatto proprie in tutto le conclusioni del consulente, all'interno delle quali era anche specificato - sebbene la corte non motivi espressamente sul punto -che il consenso fosse stato rilasciato, sulla base della sottoscrizione di un modulo chiaro e completo. Può ritenersi che abbia in tal modo implicitamente ritenuto accertata l'avvenuta firma di un modulo di consenso sufficientemente analitico.

Si aggiunga che, nel caso di specie la corte ha preliminarmente escluso che la limitata riduzione delle possibilità procreative del sig. A.A. fosse da porre in rapporto causale con l'intervento. A fronte dell'esclusione di ogni danno iatrogeno, la mera mancanza della prospettazione delle ipotetiche conseguenze lesive di un intervento - possibili benché non probabili - può autonomamente rilevare qualora la parte dimostri di aver conseguito un apprezzabile pregiudizio dal deficit informativo, che pure non abbia avuto alcuna ripercussione sul piano fisico.

Va ribadito infatti che **un danno risarcibile da lesione del diritto all'autodeterminazione è predicabile se e solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni.**

Se anche la domanda di lesione del diritto all'autodeterminazione sia autonomamente posta, assumendo che non siano state prefigurati all'attore ipotetici effetti collaterali di una cura, o conseguenze, per quanto remote ed eventuali post - operatorie, perché in tal modo gli viene confiscata la possibilità di scegliere, preventivamente, se sottoporsi o meno all'intervento per evitare quelle conseguenze anche solo remote o, in caso di intervento necessario, perché non gli è consentito di prefigurarsi con completezza, ed iniziare a fronteggiare psicologicamente e negli eventuali risvolti pratici la situazione complessiva e le variazioni nella sua vita che si verificheranno dopo l'intervento e in conseguenza di esso, nel caso in cui le temute conseguenze non si verifichino, o comunque se esse, pur verificatesi, non derivano in alcun modo dall'intervento chirurgico, va valutata con rigore l'apprezzabilità del danno che può aver risentito la parte per un vulnus informativo, non avendo avuto esso alcuna incidenza di fatto sulla sua situazione post-operatoria.

Ovvero, va apprezzata con rigore, in fatto, l'esistenza di un pregiudizio non patrimoniale apprezzabile, qualora esso sia allegato esclusivamente in termini di mancata prospettazione delle possibili conseguenze di una operazione (a fronte delle quali il paziente avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento chirurgico, o alla cura) qualora l'accertamento in fatto abbia escluso che esse si siano verificate in concreto, a causa del trattamento sanitario cui il paziente si è sottoposto.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come al dispositivo. Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Pone a carico della parte ricorrente le spese di giudizio sostenute dalla parte controricorrente, che liquida in complessivi Euro 3.000,00 oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso in Roma il 4 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria l'1 marzo 2024.

Responsabilità medica e nesso causale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 marzo 2024, n. 5922; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Il nesso causale, pur costituendo uno degli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie di responsabilità civile (contrattuale od extracontrattuale), non integra una mera circostanza di fatto che può formare oggetto di una proposizione descrittiva; piuttosto, costituisce un concetto relazionale (il concetto che esprime la relazione tra due eventi diretta ad identificare l'uno come conseguenza dell'altro), il quale può formare oggetto di una proposizione espressiva (un giudizio), la cui formulazione presuppone un'attività teoretico-dogmatica generale di ricostruzione in astratto del concetto sostanziale di causalità e un ragionamento inferenziale probatorio di accertamento concreto, in giudizio, della sussistenza del predetto nesso.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

3. I motivi di ricorso - da esaminarsi congiuntamente stante l'evidente connessione - sono complessivamente fondati.
Con essi si deduce, in estrema sintesi - oltre al vizio motivazionale e a quello di omesso esame -, che la Corte d'appello, previa indebita sovrapposizione di due distinti elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità contrattuale sanitaria (da un lato, la condotta imperita del medico, concretante il fatto di inadempimento; dall'altro, il nesso causale materiale tra questa condotta e l'evento di danno subito dal paziente), per un verso, avrebbe violato le regole di riparto dell'onere probatorio, indebitamente onerando il paziente-creditore della prova dell'inadempimento della struttura sanitaria-debitrice; per altro verso, avrebbe disatteso le regole di funzione della causalità, omettendo di procedere all'accertamento del nesso causale materiale, avvalendosi degli elementi probatori precostituiti forniti dal paziente e delle risultanze dell'indagine tecnica, sulla base del criterio del "più probabile che non" e pretendendo, al riguardo, dal creditore una inammissibile prova dichiarativa, non conciliabile con la natura relazionale di tale elemento, che richiede l'espressione di un giudizio e non la mera descrizione di una situazione di fatto.
Entrambi gli ordini di vizi sussistono ed inficiano funditus la legittimità della sentenza impugnata.
3.1. Con riguardo al primo, giova premettere che, **in ordine alle fattispecie di responsabilità medica non sottoposte al nuovo regime introdotto dalla legge n. 24 del 2017 (la quale non trova applicazione ai fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore: Cass. 08/11/2019, n. 28811; Cass. 11/11/2019, n. 28994), questa Corte, con orientamento consolidatosi sin dagli ultimi anni dello scorso millennio, ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il paziente alleghi di aver subìto danni in conseguenza di una attività svolta dal medico (eventualmente, ma non necessariamente, sulla base di un vincolo di dipendenza con la struttura sanitaria) in esecuzione della prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio tra quest'ultima e il paziente, tanto la responsabilità della struttura quanto quella del medico vanno qualificate in termini di responsabilità contrattuale: la prima, in quanto conseguente all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria, che il debitore (la struttura) deve adempiere personalmente (rispondendone ex art. 1218 cod. civ.) o mediante il personale sanitario (rispondendone ex art. 1228 cod. civ.); la seconda, in quanto conseguente alla violazione di un obbligo di comportamento fondato sulla buona fede e funzionale a tutelare l'affidamento sorto in capo al paziente in seguito al contatto sociale avuto con il medico, che diviene quindi direttamente responsabile, ex art. 1218 cod. civ.., della violazione di siffatto obbligo (a partire da Cass. 22/01/1999, n. 589, cfr., tra le tante: Cass. 19/04/2006, n. 9085; Cass. 14/06/2007, n. 13953; Cass. 31/03/2015, n. 6438; Cass. 22/09/2015, n. 18610).**
Il criterio di riparto dell'onere della prova in siffatte fattispecie non è pertanto quello che governa la responsabilità aquiliana (nell'ambito della quale il danneggiato è onerato della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito ascritto al danneggiante) ma quello che governa la responsabilità contrattuale, in base al quale il creditore che abbia provato la fonte del suo credito ed abbia allegato che esso sia rimasto totalmente o parzialmente insoddisfatto, non è altresì onerato di dimostrare l'inadempimento o l'inesatto adempimento del debitore, spettando a quest'ultimo la prova dell'esatto adempimento (Cass., Sez. Un., 30/10/2001, n. 13533; tra le conformi, ex multis: Cass. 20/01/2015, n. 826; Cass. 04/01/2019, n. 98; Cass. 11/11/2021, n. 3587).
In particolare, con precipuo riferimento alle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali - tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica - questa Corte ha da tempo chiarito che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato (Cass. 07/12/2017, n.29315; Cass. 15/02/2018, n. 3704; Cass. 20/08/2018, n. 20812), mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza, e dunque sia oggettivamente non imputabile all'agente (ex aliis, tra le più recenti, Cass. 29/03/2022, n.10050; Cass.27/02/2023, n. 5808).
3.1.1. Nella fattispecie in esame, A.A. aveva domandato l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria per i danni derivatigli da un intervento (la manovra di anestesia spinale) che egli assumeva svolto in spregio alle leges artis, allegando che, in seguito all'erronea introduzione dell'ago nella cavità spinale, questo aveva subìto una deviazione, provocandogli dolore e non ottenendo il risultato anestetico, tanto che l'anestesista aveva dovuto estrarlo e riposizionarlo più in alto, non senza confessare il proprio errore all'infermiera che lo assisteva.
Avuto riguardo a tale specifica allegazione, A.A. era bensì onerato di introdurre mezzi di prova, anche di natura

presuntiva, al fine di accertare il nesso di causalità materiale intercorrente tra l'allegata condotta del medico e l'evento dannoso, rappresentato dal documentato aggravamento della patologia degenerativa preesistente, esitato nella paralisi del nervo ascellare destro e dell'emidiaframma sinistro, diagnosticatagli circa due mesi dopo l'intervento chirurgico, all'esito di numerose visite, effettuate anche presso strutture di Pronto Soccorso, a causa dei problemi ortopedici e respiratori insorti successivamente ad esso; il ricorrente non era, però, altresì onerato di provare la sua allegazione circa la condotta negligente ed imperita dell'anestesista, spettando invece all'Azienda convenuta, previa contestazione di tale allegazione, l'opposto onere di provare che, al contrario, la prestazione sanitaria era stata eseguita con la diligenza, la prudenza e la perizia richieste nel caso concreto, oppure che l'inadempimento (ovvero l'adempimento inesatto) fosse dipeso dall'impossibilità di eseguirla esattamente per causa non imputabile.

La Corte d'appello, disattendendo completamente gli illustrati principi - e sulla base di una indebita confusione tra i due elementi del fatto di inadempimento e del nesso causale tra lo stesso e l'evento di danno - ha rigettato la domanda risarcitoria di A.A. sul rilievo che egli non aveva fornito la prova (asseritamente raggiungibile attraverso la deduzione di appositi capitoli testimoniali e l'escussione su di essi dell'infermiera presente all'intervento) dell'allegata condotta imperita del medico anestesista e dell'"effettività" dello stress algico conseguentemente subito dal paziente.

In tal modo, peraltro, la Corte territoriale, lungi dal sanzionare legittimamente l'inosservanza dell'onere probatorio del paziente di provare il nesso causale, lo ha - illegittimamente - ritenuto gravato del distinto e ulteriore onere di provare l'inadempimento della struttura sanitaria, omettendo di considerare che **non spettava all'attore-appellato dimostrare l'allegato errore del medico, ma spettava alla convenuta-appellante dimostrarne l'esatto adempimento, provando, in ossequio al parametro della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, secondo comma, cod. civ., che la manovra anestesiologica era stata eseguita in modo corretto, nel pieno rispetto delle regole tecniche proprie della professione esercitata.**

3.2. Oltre la violazione delle regole di riparto dell'onere probatorio, sussiste altresì, come si è accennato, il secondo ordine di vizi complessivamente denunciati mediante i motivi di ricorso per cassazione, ovverosia il vizio derivante dalla violazione delle cc.dd. regole di funzione della causalità, per avere la Corte di merito indebitamente omesso di procedere all'accertamento del nesso causale materiale, avvalendosi degli elementi probatori precostituiti forniti dal paziente e delle risultanze dell'indagine tecnica, sulla base del criterio del "più probabile che non".

Anche in relazione a tale ordine di vizi, è opportuno muovere da una premessa di carattere generale.

Il nesso causale, pur costituendo uno degli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie di responsabilità civile (contrattuale od extracontrattuale), non integra una mera circostanza di fatto che può formare oggetto di una proposizione descrittiva; piuttosto, costituisce un concetto relazionale (il concetto che esprime la relazione tra due eventi diretta ad identificare l'uno come conseguenza dell'altro), il quale può formare oggetto di una proposizione espressiva (un giudizio), la cui formulazione presuppone un'attività teoretico-dogmatica generale di ricostruzione in astratto del concetto sostanziale di causalità e un ragionamento inferenziale probatorio di accertamento concreto, in giudizio, della sussistenza del predetto nesso.

Mentre la prima attività si avvale delle cc.dd. regole di struttura, ancorate ai classici criteri della condizione necessaria, della causalità adeguata, dello scopo della norma e del rischio specifico (per la causalità materiale) e di quello della consequenzialità immediata e diretta (per la causalità giuridica), la seconda attività si avvale delle cc.dd. regole di funzione o probatorie, vale a dire dei criteri inferenziali per l'accertamento, in concreto, del rapporto di causalità (sia materiale che giuridico) con riguardo ad una specifica fattispecie processualmente dedotta.

È noto che, sin da epoca ormai non più recente, questa Corte, anche nel suo massimo consesso (Cass., Sez. Un.,11/01/2008, n.576; ma, tra le pronunce a sezione semplice, v., ad es., già Cass., Sez. 3, 16/10/2007, n. 21619 e, successivamente, Cass., Sez. 3, 21/07/2011, n.15991, nonché, da ultimo, Cass., Sez. 3, 02/09/2022, n. 25884), ha statuito che la regola di funzione applicabile per l'accertamento della causalità nel giudizio civile (a differenza di quella utilizzata nel giudizio penale, ove si richiede la prova "oltre ogni ragionevole dubbio": Cass., Sez. Un. pen., 10/07-11/09/2022, n.30328) è quella della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non".

Questa regola si specifica in due criteri distinti, destinati ad operare l'uno nel caso in cui sullo stesso evento si pongano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa, l'altro nel caso in cui, sempre sullo stesso evento, si pongano diverse ipotesi alternative.

Nel primo caso (regola del "più probabile che non" propriamente detto), il giudice del merito formula il giudizio se una certa condotta -attiva od omissiva - possa essere considerata causa di un evento dannoso sul rilievo che le probabilità che tale evento sia la conseguenza di quella condotta risultano maggiori delle probabilità che non lo sia (cfr. ad es., la citata Cass., Sez. Un., n.576/2008, con riguardo all'accertata omissione delle attività di controllo e vigilanza spettanti al Ministero della salute in relazione all'evento lesivo dell'infezione in soggetti emotrasfusi).

Nel secondo caso (c.d. "criterio della prevalenza relativa"), il giudice formula il giudizio se la probabilità che una certa condotta sia la causa di un evento dannoso prevalga sulla probabilità che lo siano tutte le altre cause alternative o le possibili concause teoricamente esistenti (cfr., al riguardo, ad es., la citata Cass., Sez. 3, n.15991/2011).

In particolare, qualora l'evento dannoso sia ipoteticamente riconducibile ad una pluralità di cause, in applicazione progressiva dei due criteri, il giudice di merito è tenuto, dapprima, a eliminare, dal novero delle ipotesi valutabili, quelle meno probabili (senza che rilevi il numero delle possibili ipotesi alternative concretamente identificabili, attesa l'impredicabilità di un'aritmetica dei valori probatori), poi ad analizzare le rimanenti ipotesi ritenute più probabili e, infine, a scegliere tra esse quella che abbia ricevuto, secondo un ragionamento di tipo inferenziale, il maggior grado di conferma dagli elementi di fatto aventi la consistenza di indizi, assumendo così la veste di probabilità prevalente (v. particolarmente, al riguardo, la citata Cass., Sez. 3, n. 25884/2022).

In applicazione di entrambi i criteri, il giudice, nell'effettuare il ragionamento inferenziale probatorio,

tiene conto, nell'esercizio del potere di libero apprezzamento, della qualità, quantità, attendibilità e coerenza delle prove disponibili (ovverosia delle prove dichiarative, documentali e presuntive dedotte dalla parte a ciò onerata, nonché delle risultanze dell'indagine tecnica eventualmente disposta ed espletata), traendo dalla complessiva valutazione di esse - oltre alla determinazione del grado di conferma necessario o sufficiente per ritenere provati gli enunciati fattuali allegati - il giudizio probabilistico sulla relazione di causalità.

3.2.1. Nella fattispecie in esame, il giudice del merito, al fine di accertare la relazione causale (o concausale, avuto riguardo alla preesistente patologia discale cervicale) tra il documentato evento dannoso neurologico e ortopedico esitato in paralisi nervosa ascellare e diaframmatica e l'allegata condotta inadempiente dell'anestesista (consistita nell'estrazione dell'ago e nel suo corretto riposizionamento dopo una prima erronea introduzione con deviazione laterale dolorosa), avrebbe dovuto formulare il giudizio probabilistico tenendo conto, oltre che dell'allegazione dell'attore (salvo che, in contrario, la convenuta avesse offerto la prova del proprio esatto adempimento), degli elementi di prova documentali da esso forniti (diretti ad evidenziare la vicinanza cronologica tra l'intervento anestesiologico e le sopravvenute problematiche ortopediche e neurologiche, riscontrate nelle successive visite mediche), nonché, soprattutto, delle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo, il quale - stando alla stessa sentenza impugnata (p.6) - aveva individuato la manovra di anestesia "come possibile fattore favorente l'irritazione radicolare", da cui poi sarebbe potuta derivare "la sofferenza nervosa del nervo circonflesso destro e frenico sinistro"; ed aveva evidenziato che, se le circostanze di fatto fossero state effettivamente verificate, da un punto di vista anestesiologico sarebbe potuta venire in considerazione, "con elevata probabilità", una "deviazione laterale nella progressione dell'ago da anestesia sub aracnoidea con contatto della punta sulle superfici articolari laterali", capace di evocare "vivo dolore con reazione in estensione del tronco e del collo", con intensità tale da poter ben indurre, se non una nuova erniazione, l'aggravamento della patologia preesistente, "con flogosi locale e conseguenti disturbi neurologici più accentuati".

Lungi dal compiere la valutazione probabilistica in ordine al nesso causale sulla base di tutti questi elementi, il giudice del merito non si è neppure accinto all'operazione, limitandosi ad evidenziare -erroneamente, per quanto si è detto - l'omessa deduzione di prove dichiarative e la mancanza di prove documentali in relazione "a quanto accaduto nel corso della manovra anestesiologica", stigmatizzando la mancata dimostrazione da parte dell'attore di una circostanza di fatto che, in quanto da lui debitamente allegata, esorbitava dal suo onere probatorio per rientrare nel contrario onere spettante alla convenuta.

Questo error in iudicando, già di rilievo, è stato poi ulteriormente aggravato dal riferimento alla carenza di annotazioni nella cartella clinica, la cui incompletezza è stata indebitamente valutata in danno del paziente, in spregio al contrario principio per cui essa, a determinate condizioni, costituisce piuttosto un elemento utilizzabile in funzione del positivo apprezzamento dell'esistenza di un valido nesso causale tra il danno da lui subìto e l'operato del medico (Cass. 21/11/2017, n. 27561; Cass. 20/11/2020, n. 26428).

3.3. Sussistono, in ragione di quanto si è osservato, anche i denunciati vizi di motivazione, la quale si pone al disotto del "minimo costituzionale", in particolare per essere caratterizzata da contrasto irriducibile - emergente dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali: Cass. Sez. Un. 07/04/2014, nn. 8053 e 8054; Cass. 12/10/2017, n. 23940; Cass. 25/09/2018, n. 22598; Cass. 03/03/2022, n. 7090) - tra le surricordate affermazioni dirette ad evidenziare formalmente le risultanze dell'indagine peritale (le quali avevano riconosciuto la teorica incidenza probabilistica, persino in forma "elevata", della manovra anestesiologica sull'evento lesivo) e l'affermazione successiva, inconciliabile con le prime, secondo cui l'esito dell'ATP avrebbe precluso "un verosimile giudizio secondo il criterio del "più probabile che non"" (p.7 della sentenza impugnata).

3.4. Infine, non può sottacersi che l'acritico riferimento - denunciato con l'ultimo motivo di ricorso - alle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo, nella parte in cui l' "errata anestesia spinale" viene qualificata come "complicanza" sulla base delle citazioni contenute nei testi di anestesiologia, denota, oltre alla violazione dei principi enunciati da questa Corte sulla irrilevanza della **nozione medica di "complicanza" ai fini della presunzione di cui all'art.1218 cod. civ. (la quale può ritenersi superata solo ove si verifichi in concreto il carattere imprevedibile e inevitabile dell'evento così qualificato, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile:** Cass.30/06/2015, n. 13328; Cass.29/11/2022, n. 35024), anche il travisamento della stessa relazione peritale, la quale si è limitata a porre in evidenza che nei testi di anestesiologia l'insorgenza della complicanza da errata anestesia spinale non è considerata, di per sé, indice di condotta clinica imperita, potendo l'errore astrattamente dipendere, oltre che da una "inavvertita deviazione laterale" della puntura, anche da "una rotazione della vertebra sul piano sagittale".

4. Avuto riguardo alle plurime ragioni di illegittimità della sentenza impugnata, denunciate con gli illustrati motivi del ricorso per cassazione, questo deve essere complessivamente accolto.

La sentenza deve essere cassata, con rinvio alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, la quale, attenendosi agli enunciati principi, rinnoverà la valutazione circa la sussistenza o meno della responsabilità contrattuale dell'Azienda Sanitaria Locale "Città di Torino", posta da A.A. a fondamento dell'originaria domanda risarcitoria.

5. Il giudice del rinvio valuterà anche le ragioni poste dal ricorrente a fondamento dell'appello incidentale (rimasto assorbito dalla pronuncia di accoglimento di quello principale, ora cassata) concernenti la riforma, in melius, della statuizione di primo grado in ordine al quantum debeatur, con particolare riferimento al danno non patrimoniale e al danno patrimoniale emergente per spese mediche e medico-legali.

Ciò, in applicazione del principio, secondo cui nel procedimento di rinvio davanti al giudice di secondo grado le parti mantengono le stesse posizioni che avevano assunto nel giudizio di appello e non sono obbligate a riproporre le impugnazioni principali o incidentali già proposte, essendo il giudice del rinvio comunque tenuto a riesaminarle tutte; pertanto, la parte (riassumente o intimata) che mantenga la precedente posizione di appellata, non è tenuta a notificare nuovamente l'impugnazione incidentale che abbia proposta nel giudizio conclusosi con la sentenza cassata (Cass. 20/06/2007, n. 14306).

Il giudice del rinvio, infine, provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità (art. 385, terzo comma, cod. proc. civ.).

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Torino, in diversa composizione.

Così deciso in Roma il 12 gennaio 2024.

Depositata in Cancelleria il 5 marzo 2024.

Profili assicurativi e copertura retroattiva

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza12 marzo 2024, n. 6490; Pres. Travaglino; Rel. Gorgoni

Il modello assicurativo di riferimento avuto in mente dal Legislatore con la Legge Gelli Bianco non è ispirato al modello loss occurance ma al modello claims made. La copertura retroattiva non è infatti prevista dallo schema codicistico né, se la garanzia assicurativa fosse collegata al fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, vi sarebbe bisogno della clausola di ultrattività che, invece, è fondamentale quando l'obbligo di manleva non sorge con il fatto generatore di responsabilità, ma con la richiesta risarcitoria del terzo, e quindi tale obbligazione di garanzia viene meno alla scadenza della polizza.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1) con il primo motivo l'impresa di assicurazioni deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 cod. civ. e della l. n. 24/2017, in relazione all'art. 360, 1° comma, n. 3, cod. proc. civ.;
ciò che viene rimproverato alla Corte d'appello è di non aver tenuto conto che la ultrattività della copertura assicurativa rappresenta non il modello base di assicurazione obbligatoria pensato dalla l. n. 24/2017, ma una eccezione e una deroga del meccanismo generale, allorché si realizzi una causa di cessazione dell'attività medica, perché fin quando l'operatore sanitario continua a svolgere la sua attività egli dovrà rinnovare la polizza in scadenza o stipularne di nuove, continuando a usufruire di successivi periodi di retroattività decennale; il sanitario, andando in pensione o comunque cessando la sua attività, ha bisogno di una copertura assicurativa per le richieste risarcitorie relative a sinistri verificatisi nei dieci anni precedenti;
individuando, dunque, in quello tipizzato dalla l. n. 24/2017, per la responsabilità sanitaria, e in quello di cui all'art. 2 del dm Giustizia 22/09/2016, per la responsabilità professionale dell'avvocato, un modello compatibile con quello cui la sentenza, a Sezioni unite, n. 22437/2018 aveva pensato, la Corte d'appello sarebbe incorsa in errore, elevando l'eccezione ivi prevista a regola;
2) con il secondo motivo la ricorrente censura la violazione e falsa applicazione degli artt. 1419, 2° comma, cod. civ. e 11 della l. n. 24/2017 e dei principi di diritto espressi da questa Corte, ex art. 360, 1° comma, n. 3, cod. proc. civ.;
attinta da censura è la statuizione con cui il giudice a quo ha disposto la sostituzione della clausola claims made ritenuta nulla con la clausola di ultrattività decennale di cui all'art. 11 della l. n. 24/2017 che, secondo quanto prospettato dalla ricorrente, è stata erroneamente ritenuta una regola, mentre, invece, è una eccezione;
peraltro, la Corte d'appello avrebbe disatteso anche la pronuncia di questa Corte n. 22437/2018 che, proprio prendendo atto dell'art. 11 della l. n. 24/2017, dell'art. 3, comma 5, del dl n. 138/2011 e dell'art. 2 del dm Giustizia 22/09/2016, avrebbe rivisto e corretto il proprio precedente orientamento in punto di ritenuta atipicità, chiarendo che il claims made costituisce una deviazione dal modello di cui all'art. 1917 cod. civ. che non determina la fuoriuscita dall'area della tipicità, di conseguenza la clausola non è sottoposta al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322. 2° comma, cod. civ., il giudice però può verificare l'adeguatezza del contratto assicurativo, cioè se il regolamento sia adeguato a perseguire gli scopi avuti in mente dalle parti, e nel caso in cui tale accertamento si concluda con esito negativo dovrà dichiarare la nullità della clausola claims made per difetto di causa concreta e integrare il regolamento contrattuale, sostituendola attingendo alle regole dettate in materia di assicurazione della responsabilità civile professionale e sanitaria, come precisato da Cass. n. 5259/2021, a mente della quale il giudice di merito deve individuare il modello di claims made ritenuto maggiormente compatibile con la realizzazione di un equilibrato assetto di interessi dei contraenti, tenendo conto di tutti gli altri elementi, così da salvaguardare una causa del contratto funzionale alla volontà delle parti;
3) entrambi i motivi che attengono alla stessa questione sono fondati;
mette conto precisare che l'individuazione del sostrato sostitutivo della clausola nulla da parte del giudice di merito postula l'accertamento della ricorrenza dei presupposti che legittimavano il giudice a sostituire la clausola claims made nel caso concreto;
la Corte d'appello ha ravvisato "un buco di copertura" che ha colmato con la previsione di una clausola di ultrattività decennale perché la "funzione individuale della singola specifica negoziazione al di là del modello legale utilizzato si realizza, per stare al caso di specie, solo a condizione che la polizza contempli anche la previsione della sua ultrattività con riferimento a richieste risarcitorie postume del terzo danneggiato purché formulate entro il limite temporale disegnato dal modello legale tipizzato minimo accolto dal legislatore" (p. 8 della sentenza); anche in considerazione del fatto che "l'assicurato, pur accettando un siffatto modello assicurativo, certo non rinuncia a chiedere che sia, comunque, approntato a sua tutela un sistema di protezione, che gli offra una copertura assicurativa, seppure a spettro variabile in relazione alle concrete pattuizioni contrattuali intercorse con l'assicuratore, con riferimento a condotte dalle quali sia derivato un danno lungo latente attuate nella vigenza della polizza, operante anche nei casi in cui, entro un predeterminato lasso di tempo rispetto alla data di scadenza della polizza (dieci anni quanto alla professione medica ex lege 24/17), giunga postuma una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato" (pp. 7-8 della sentenza);
l'errore iniziale della Corte d'appello è quello di avere ravvisato un buco di copertura, attribuendolo alla mancata previsione di una sunset rule che assicurasse l'ultrattività della copertura assicurativa per almeno un decennio dopo la cessazione del contratto;
ora, il dato da cui muovere è che la clausola n. 8 non escludeva tout court la ultrattività della copertura assicurativa; essa era stata stipulata a garanzia delle "richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel corso del periodo di efficacia dell'Assicurazione, a condizione che tali richieste siano conseguenti a fatti colposi posti in essere durante il periodo di validità della garanzia e quindi non in data antecedente l'effetto della presente polizza. La garanzia vale altresì per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato entro 12 mesi dalla cessazione del contratto, sempre che il fatto che ha originato la richiesta si sia verificato durante il periodo di validità della polizza";

il buco di copertura ravvisato dalla Corte d'appello non era (neppure) dovuto alla mancata previsione di una clausola di ultrattività, ma alla mancata previsione di una clausola di copertura per il periodo di almeno dieci anni dopo la cessazione del contratto;

questa Corte, con le pronunce Cass. 28/04/2017, n. 10506; Cass. 28/04/2017, n. 10509, ha ritenuto che l'assenza di una clausola di ultrattività: i) ridurrebbe "il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico et immediate al responsabile. Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio", in considerazione del fatto che "nell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria è ovviamente possibile che l'assicurato causi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto. Questo iato temporale, è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno"; ii) porrebbe "l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra. La clausola claims made, infatti, fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento. L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa ha alcun potere di controllo"; iii) costringerebbe l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempia spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore":

non solo la dottrina ha duramente criticato tale presa di posizione, ritenendola contrastante con la pronuncia delle Sezioni Unite di appena un anno prima (Cass., Sez. Un., 6/06/2016, n. 9140) che aveva ritenuto necessario un accertamento caso per caso e non già sanzionabile con una declaratoria di indifferenziata immeritevolezza la clausola claims made che non contemplasse anche una garanzia postuma, ossia una previsione che garantisse l'assicurato anche per le denunce pervenute per un più o meno ampio periodo successivo alla scadenza del contratto, e tale da rinnegare l'utilità del ricorso alla clausola claimes made, perché l'assicuratore si troverebbe esposto ad una obbligazione di garanzia ben più ampia di quella prevista dal comma 1 comma dell'art. 1917 cod.civ., ma la giurisprudenza successiva - Cass., Sez. Un., 24/09/2018, n. 22437 - ha escluso che la mera mancata previsione di una sunset clause porti alla nullità per difetto di causa concreta; in particolare, ha sottolineato, ai fini che qui interessano, che la stessa legislazione di settore presenta "multiformi calibrature, modellando l'assicurazione "claims made" secondo varianti peculiari (ad es., la deeming clause e/o la sunset clause) anche tra loro interagenti, così da mostrare una significativa elasticità di adattamento rispetto alla concretezza degli interessi da soddisfare. sillogismo che connette atipicità della clausola claims made "pura" e sua validazione ordinamentale, senza scendere nel concreto della peculiare vicenda contrattuale dedotta in giudizio" e confermato l'impianto della precedente pronuncia n. 9140/2016, recuperando le argomentazioni ivi svolte, sebbene nell'ottica superata del giudizio di meritevolezza dell'esercizio dell'autonomia privata, "le quali non evaporano per il solo fatto che quel giudizio più non si imponga come tale" (Par. 17);

spettava al giudice a quo dunque verificare se la specifica conformazione della clausola, cioè la combinazione tra copertura pregressa ed ultrattività annuale, riguardata alla luce del rapporto tra rischio e premio, svuotasse di ogni ragion pratica il contratto;

detta valutazione la Corte d'appello non ha correttamente condotto, perché nessuna valutazione ha riservato alla specifica determinazione temporale della ultrattività della copertura assicurativa; peraltro, in altre occasioni (ad esempio Cass. 9/07/2019, n. 18413; Cass. 21/04/2021, n. 10482) la clausola claims made con la previsione di una ultrattività annuale è stata ritenuta valida, "essendo ridotta la possibilità che si crei una scopertura della garanzia per parte del periodo per il quale è stata stipulata l'assicurazione e, verosimilmente, è stato pagato il premio: sia perché non esclude totalmente le richieste di risarcimento postume rispetto alla scadenza del contratto (essendo consentite quelle avanzate nell'anno successivo alla cessazione del contratto); sia perché detto ultimo termine e da ritenersi congruo anche in relazione alla durata triennale del rapporto assicurativo";

in aggiunta, la Corte d'appello ha erroneamente ritenuto che la legge Gelli Bianco abbia tipizzato un modello di copertura assicurativa incentrato anche sulla previsione di una clausola postuma di durata decennale;

l'ultrattività decennale, contenuta nel secondo periodo dell'art. 11, è prevista, in verità, per la sola ipotesi della cessazione definitiva dell'attività professionale, offrendo una garanzia anche rispetto a fatti generatori della polizza che si siano verificati nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura (anch'esso a sua volta decennale, come appunto previsto dal primo periodo dell'art. 11);

la scelta del legislatore è stata quella di imporre l'utilizzo del meccanismo claims made con il solo vincolo della retroattività decennale; lasciando impregiudicata l'apponibilità di una clausola di garanzia postuma (se non nel caso di cessazione definitiva dell'attività professionale) aggiuntiva, avendo implicitamente ritenuto che un vuoto di copertura potrebbe verificarsi solo con l'interruzione del continuum temporale nell'astratta (quanto poco verosimile) ipotesi in cui, per qualche ragione, l'assicurato non dovesse più acquistare una nuova polizza, scongiurandolo con la previsione inderogabile della retroattività della copertura assicurativa;

mette conto sottolineare che la pronuncia n. 22437/2018 ha agevolato il compito del giudicante che risulta in un certo

senso guidato nella ricerca della clausola sostitutiva e non più lasciato a cimentarsi in avventate operazioni di ortopedia ermeneutica allo scopo di salvare il contratto; nei settori in cui il legislatore è intervenuto per disciplinare le polizze claims made il giudice dispone di un serbatoio di riferimento che risponde a "scelte precise del legislatore sui criteri di opportunità, efficienza e giustizia" nell'ambito della distribuzione del rischio; quel serbatoio rappresenta una sorta di limite invalicabile, "fin dove reso possibile dall'operare coerente del meccanismo della nullità parziale ex art. 1419 c.c., comma 2" per le polizze stipulande e un parametro funzionale allo svolgimento dell'indagine sull'adeguatezza delle polizze già stipulate da parte del giudice che, ritenuta inadeguata la clausola claims made pattizia, è investito del compito non solo di rilevarne la nullità, ma anche di sostituirla (cfr. Cass. 11/04/2023, n.9616 che ha cassato la sentenza della Corte d'appello, perché aveva dichiarato nulla la clausola claims made, ma non aveva individuato la previsione con cui sostituirla), non recuperandola attraverso la sua sostituzione con il modello tradizionale di assicurazione della responsabilità civile (Cass., Sez. Un., 6/05/2016, n. 9140, Par. 20);

il modello di riferimento avuto in mente dal legislatore con la legge Gelli Bianco - come è pacificamente ritenuto anche in dottrina - non è ispirato al modello loss occurance ma al modello claims made (la copertura retroattiva non è infatti prevista dallo schema codicistico né, se la garanzia assicurativa fosse collegata al fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, vi sarebbe bisogno della clausola di ultrattività che, invece, è fondamentale quando l'obbligo di manleva non sorge con il fatto generatore di responsabilità, ma con la richiesta risarcitoria del terzo, e quindi tale obbligazione di garanzia viene meno alla scadenza della polizza);

il fatto che la legge Gelli-Bianco abbia introdotto un modello di assicurazione sanitaria basata su una claims made pura, con copertura retroattiva decennale, priva di postuma, salvo che in caso di cessazione dell'attività da parte del sanitario, implica, a giudizio del Collegio, che il giudice a quo abbia errato nell'applicare la sunset clause decennale alla polizza per cui è causa;

la sostituzione tratteggiata da Cass., Sez. Un., n. 22437/2018 presuppone, innanzitutto, un corretto accertamento della nullità della clausola contrattuale e, poi, una altrettanto corretta individuazione del sostrato sostitutivo che - come correttamente ha rilevato il giudice a quo - "realizzi un equo contemperamento delle posizioni dei contraenti", da valutare attraverso criteri di calcolo attuariale;

se tutto si riducesse ad una categorizzazione quale quella prospettata dalla Corte d'appello, si smarrirebbero i caratteri di complessità del modello assicurativo che può ben combinare - come ha chiarito la decisione n. 22437/2018 - previsioni pattizie che portano a regimi di necessaria retroattività, con copertura del rischio pregresso, con altre associate all'ultrattività;

4) il ricorso va accolto, l'impugnata sentenza va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, che provvederà a liquidare le spese del giudizio di legittimità e valuterà se la combinazione della previsione di retroattività con quella di ultrattività annuale, commisurata alla durata del contratto, e tenuto conto del rapporto rischio assicurato premi, realizzi un equo contemperamento delle posizioni dei contraenti e soddisfi lo scopo pratico perseguito dalle parti.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa in relazione la impugnata sentenza e rinvia alla Corte d'appello in diversa composizione che provvederà anche a liquidare le spese del giudizio di legittimità.

Conclusione

Così deciso nella Camera di Consiglio del 19 febbraio 2024 dalla Terza Sezione civile della Corte di Cassazione.

Depositata in Cancelleria il 12 marzo 2024.

Strutture sanitarie, inadempimento delle obbligazioni e responsabilità

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 15 marzo 2024, n. 7074; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

In tema di responsabilità della struttura sanitaria la distinzione tra obbligazioni adempiute personalmente e obbligazioni adempiute per il tramite del personale sanitario si mostra imprecisa sia per eccesso che per difetto, atteso, da un lato, che tutte le obbligazioni della struttura, quale formazione entificata, vengono adempiute per il tramite delle persone fisiche che agiscono per essa; e considerato, dall'altro lato, che le condotte del personale sanitario, ove riguardate come fatti di adempimento o di inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto di spedalità, vanno imputate, non alle persone fisiche che ne sono autrici, bensì direttamente alla struttura sanitaria.

... Omissis ...

Motivi della decisione

Come è noto, in via generale e a prescindere dalla sua fonte, **l'obbligazione trova i suoi requisiti costitutivi, oltre che nelle due posizioni di debito e di credito (ovverosia le due situazioni soggettive, rispettivamente passiva e attiva, che costituiscono i terminali del rapporto obbligatorio), negli elementi che ne integrano il contenuto, i quali si sostanziano nella prestazione che forma oggetto della posizione di debito e nell'interesse che costituisce il punto di riferimento della posizione di credito, cui la prima deve corrispondere (art.1174 cod. civ.).**

La necessità che la prestazione del debitore corrisponda all'interesse del creditore esclude la possibilità di individuare in essa un contenuto del tutto predeterminato e specificamente individuato, dovendosi piuttosto conformare, di volta in volta, al concreto interesse perseguito dal creditore e posto a fondamento dell'operazione economica effettuata.

Il giudizio di adempimento, inteso come giudizio di esatta esecuzione della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, presuppone, pertanto, non già il riscontro della pedissequa conformità della prestazione eseguita ad un predeterminato modello astratto, bensì il riscontro del diligente impiego delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse creditorio nel caso concreto.

Quest'ultimo, dunque, oltre che come condizione di esistenza dell'obbligazione (art. 1174 cod. civ.) e come parametro di accertamento della gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.), rileva quale criterio di determinazione della prestazione da eseguire e quale criterio di valutazione della prestazione eseguita: per un verso, la prestazione si determina secondo la sforzo diligente normalmente adeguato a soddisfare l'interesse del creditore; per altro verso, la prestazione deve considerarsi liberatoria quando essa abbia comunque conseguito il soddisfacimento dell'interesse del creditore, pur non essendo esattamente conforme al previsto per la presenza di irrilevanti inesattezze qualitative o quantitative.

Ciò vale anche per le obbligazioni che trovano la loro fonte nei contratti tipici, giacché sulla rilevanza del tipo negoziale (che ha per effetto la tendenziale uniformazione delle prestazioni che formano oggetto delle obbligazioni derivanti dalla medesima tipologia contrattuale) tende a prevalere, nelle moderne elaborazioni, il concetto di causa concreta, che esprime la sintesi degli interessi concretamente perseguiti attraverso l'operazione contrattuale, e cioè il suo scopo pratico, dando rilevanza all'interesse individuale delle parti (Cass. 08/05/2006, n. 10490; Cass., Sez. Un., 17/02/2017, n. 4224).

Vi è, infatti, una relazione biunivoca tra la causa del contratto e l'interesse creditorio: quando l'obbligazione ha titolo in un rapporto contrattuale, da un lato la causa concreta del contratto consente di determinare l'interesse creditorio; dall'altro lato, l'interesse creditorio concorre ad integrare la predetta causa concreta del contratto e, quindi a determinarne gli effetti naturali (Cass. 28/05/2020, n. 9997; Cass.19/05/2022, n. 16224).

Dai rilievi che precedono possono trarsi due ordini di implicazioni: in primo luogo, la tradizionale distinzione delle obbligazioni in base al contenuto della prestazione (obbligazioni di dare, di fare, di non fare; obbligazioni generiche, obbligazioni specifiche, ecc.) ha una rilevanza meramente descrittiva e classificatoria ma non corrisponde a diversi criteri di imputazione della responsabilità per inadempimento; in secondo luogo, la varietà delle inesattezze esecutive riscontrabili nella condotta inadempiente del debitore, specie nell'ambito di prestazioni composite, non corrisponde a diversi titoli di responsabilità, essendo univoco il giudizio di inadempimento e presupponendo esso esclusivamente il riscontro del mancato o non integrale soddisfacimento dell'interesse del creditore.

3.d. I suesposti rilievi di carattere generale vanno tenuti presenti anche con specifico riferimento alle fattispecie di responsabilità medica non sottoposte al nuovo regime introdotto dalla legge n. 24 del 2017 (la quale non trova applicazione ai fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore: Cass. 08/11/2019, n. 28811; Cass. 11/11/2019, n. 28994).

In relazione a tali fattispecie questa Corte, con orientamento consolidatosi sin dagli ultimi anni dello scorso millennio, ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il paziente alleghi di aver subìto danni in conseguenza di una attività svolta dal medico (eventualmente, ma non necessariamente, sulla base di un vincolo di dipendenza con la struttura sanitaria) in esecuzione della prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio tra quest'ultima e il paziente, tanto la responsabilità della struttura quanto quella del medico vanno qualificate in termini di responsabilità contrattuale: la prima, in quanto conseguente all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria, che il debitore (la struttura) deve adempiere personalmente (rispondendone ex art. 1218 cod. civ.) o mediante il personale sanitario (rispondendone ex art. 1228 cod. civ.); la seconda, in quanto conseguente alla

violazione di un obbligo di comportamento fondato sulla buona fede e funzionale a tutelare l'affidamento sorto in capo al paziente in seguito al contatto sociale avuto con il medico, che diviene quindi direttamente responsabile, ex art. 1218 cod. civ.., della violazione di siffatto obbligo (a partire da Cass. 22/01/1999, n. 589, cfr., tra le tante: Cass. 19/04/2006, n. 9085; Cass. 14/06/2007, n. 13953; Cass. 31/03/2015, n. 6438; Cass. 22/09/2015, n. 18610).

Per quanto specificamente riguarda la responsabilità della struttura sanitaria (l'unica azionata dai ricorrenti - originari attori - nel presente giudizio, nel quale non sono stati convenuti personalmente i membri del personale sanitario, autori delle allegate condotte inadempienti), **la distinzione delle obbligazioni derivanti dal contratto atipico di spedalità tra obbligazioni adempiute personalmente e obbligazioni adempiute per il tramite del personale sanitario assume rilievo classificatorio con riguardo al contenuto della prestazione di volta in volta erogata, ma ad essa non corrisponde un diverso titolo di responsabilità, in quanto l'inadempimento delle prime, al pari di quello delle seconde, si traduce nella violazione della medesima regola contrattuale stipulata tra le parti e consistente nel contratto di spedalità.**

Questa Corte, del resto, ha già da tempo chiarito che lo stesso riferimento all'art. 1228 cod. civ. (quale regola che "aggancia" la responsabilità della struttura, per l'inadempimento delle obbligazioni aventi ad oggetto la prestazione sanitaria in senso stretto, ai fatti dolosi o colposi del personale sanitario), va inteso, non già nel senso in cui tradizionalmente è stata intesa la fattispecie della responsabilità per il fatto degli ausiliari (quale fattispecie di responsabilità oggettiva per fatto altrui), bensì nel senso di responsabilità per fatto proprio e, dunque, soggettiva e diretta (Cass. 11/11/2019, n. 28987; Cass.20/10/2021, n. 29001); ciò, sul rilievo che la distinzione tra obbligazioni adempiute personalmente e obbligazioni adempiute per il tramite del personale sanitario si mostra imprecisa sia per eccesso che per difetto, atteso, da un lato, che tutte le obbligazioni della struttura, quale formazione entificata, vengono adempiute per il tramite delle persone fisiche che agiscono per essa; e considerato, dall'altro lato, che le condotte del personale sanitario, ove riguardate come fatti di adempimento o di inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto di spedalità, vanno imputate, non alle persone fisiche che ne sono autrici, bensì direttamente alla struttura sanitaria.

3.e. L'applicazione delle esposte considerazioni generali alla vicenda in esame, consente di evidenziare la manifesta erroneità del giudizio espresso dalla Corte territoriale circa il presunto mutamento del titolo di responsabilità fondato sulla pretesa - ma in realtà inesistente - diversità soggettiva della condotta inadempiente rilevata all'esito degli accertamenti peritali rispetto a quella originariamente dedotta dagli attori.

In primo luogo, l'operata distinzione del malfunzionamento dell'apparecchio cardiotocografico (quale inadempimento imputabile "direttamente" alla struttura) dalle omissioni contestate al personale sanitario (di cui la struttura stessa avrebbe potuto rispondere solo "indirettamente") non solo non tiene conto della generale imputabilità delle condotte attive ed omissive del personale sanitario alla struttura che per il suo tramite adempie alle proprie obbligazioni (sicché, sotto tale profilo, deve reputarsi venuta meno la stessa distinzione tra responsabilità "diretta" e responsabilità "indiretta"); ma, soprattutto, trascura di considerare la sostanziale sovrapponibilità tra le circostanze dedotte negli atti conclusionali all'esito delle consulenze tecniche e quelle originariamente allegate dagli attori, in quanto questi ultimi, tra le altre mancanze rimproverate alla convenuta, avevano denunciato proprio quella dell'omessa effettuazione dei controlli (anche) cardiotocografici da parte del personale sanitario nella fase antecedente al parto, pur non precisando (evidentemente perché non ne erano al corrente) la causa di tale specifica omissione, poi riscontrata dai consulenti nel malfunzionamento dell'apposito apparecchio.

In secondo luogo, va ricordato che i consulenti tecnici, oltre alla predetta circostanza, avevano accertato anche la sussistenza (e l'eccessività) del ritardo nell'esecuzione del taglio cesareo, in tendenziale conformità all'originaria allegazione attorea, nonché l'ulteriore circostanza della omessa aspirazione del mecomio dalla trachea della neonata nella fase successiva al parto. Quest'ultima circostanza, sebbene non conosciuta dagli attori (essendo evidente che essi, se ne avessero avuto notizia, l'avrebbero senz'altro allegata già negli atti introduttivi) rientrava - stando alla classificazione operata dal giudice d'appello tra prestazioni "dirette" e prestazioni "indirette" - nell'ambito delle mancanze direttamente ascrivibili al personale sanitario, integrando un'ipotesi di responsabilità "indiretta" della struttura. Tale circostanza avrebbe dovuto essere presa in considerazione dalla Corte territoriale, avuto riguardo alla stessa (erronea) premessa posta a fondamento della sua decisione, secondo la quale gli attori si erano limitati a dedurre la responsabilità "indiretta" della ASL convenuta. Da tale (erronea) premessa, infatti, doveva trarsi l'implicazione che, mentre non sarebbe stato possibile conoscere delle deficienze organizzative della struttura, sarebbe stato invece consentito (ed anzi doveroso, stante la debita allegazione attorea) prendere in considerazione le omissioni poste in essere dal personale sanitario. Contraddicendo in modo irriducibile la sua stessa (erronea) premessa - ed incorrendo, quindi, oltre che nel vizio di macroscopica violazione di legge, anche in quello del difetto di motivazione costituzionalmente rilevante - la sentenza impugnata ha invece reputato che fosse precluso anche l'esame di questa specifica condotta omissiva, sul rilievo che si trattasse di un profilo di responsabilità "mai allegato" in primo grado dagli appellanti.

3.f. Ad analoghi rilievi di illegittimità si espone - venendo adesso a considerare la vicenda sotto il profilo squisitamente processuale - il giudizio della Corte territoriale secondo cui i fatti emersi all'esito delle indagini peritali dedotti dagli attori-appellanti negli atti conclusionali del primo e del secondo grado (in particolare, il malfunzionamento dell'apparecchio cardiotocografico e l'omessa aspirazione del mecomio dopo la nascita) avrebbero integrato un mutamento del titolo della domanda, incompatibile con il divieto di nova operante dopo la maturazione della barriera preclusiva di cui all'art. 183 cod. proc. civ.

Tale giudizio, infatti, non tiene conto dei limiti dell'onere processuale di allegazione, il quale, in via generale e particolarmente in relazione alle azioni di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali, deve essere circoscritto ai fatti conosciuti e conoscibili dalla parte, in ragione delle informazioni ad essa accessibili ed alle cognizioni tecnico-scientifiche esigibili.

Con precipuo riferimento alle fattispecie di responsabilità sanitaria, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e

conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie in ordine all'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario (Cass. 19/05/2004, n. 9471; v. anche Cass.26/07/2012, n. 13269).

Pertanto, nelle fattispecie in cui - come in quella in esame - venga domandato in giudizio il risarcimento del danno derivato dalla morte di un neonato provocata da condotte colpose asseritamente poste in essere dai sanitari prima e durante il parto, non costituisce inammissibile mutamento della domanda la circostanza che l'attore, dopo avere allegato nell'atto introduttivo che l'errore del sanitario sia consistito nell'omessa esecuzione dei controlli pre-parto (nella specie, in particolare, del controllo cardiotocografico e di quello dello stato del liquido amniotico) e nella ritardata esecuzione del taglio cesareo, nel concludere, oltre a precisare le cause della prima omissione in conformità agli esiti degli accertamenti peritali (nella specie, con riguardo al malfunzionamento dell'apparecchio cardiotocografico), si limiti ad allegare l'ulteriore omissione (pure questa appresa in seguito alla consulenza tecnica espletata e di cui per l'innanzi non aveva alcuna notizia), consistente nell'asserita violazione delle linee guida in ordine alla condotta da tenere nell'immediata fase post-parto (nella specie, con riguardo all'omessa aspirazione tracheale in relazione ad una nascita con inalazione di mecomio).

In consimile ipotesi, infatti, il fatto costitutivo del diritto azionato, idoneo ad individuare la causa petendi della domanda e a delimitare l'ambito dell'indagine processuale, resta immodificato nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente allegate dall'attore, possano avere portata preclusiva, avuto riguardo alla necessità di circoscrivere l'onere di allegazione tenendo conto delle informazioni accessibili e delle cognizioni tecnico-scientifiche esigibili da parte del danneggiato.

3.g. In conclusione, deve escludersi che nella fattispecie in esame fossero configurabili - nei rapporti tra le originarie allegazioni degli attori e quelle contenute negli atti conclusionali di primo e secondo grado (basate sulle risultanze delle consulenze tecniche espletate) -sia (sotto il profilo sostanziale) il ritenuto mutamento del titolo di responsabilità, sia (sotto il profilo processuale) la ritenuta "mutatio libelli", atteso che le successive allegazioni, lasciando immodificato, nella sua identità sostanziale, il fatto costitutivo della dedotta responsabilità dell'azienda sanitaria, non avevano in alcun modo alterato l'oggetto dell'azione o la struttura del contraddittorio, né avevano surrettiziamente introdotto in giudizio una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza.

Appare pertanto manifestamente illegittima la decisione del giudice del merito, il quale, sulla scorta di tali erronei giudizi, ha omesso di prendere in considerazione, ai fini della delibazione della domanda risarcitoria, gli specifici fatti di inadempimento evidenziati attraverso le indagini tecniche espletate ed astrattamente idonei a provocare l'evento dannoso verificatosi, consistenti nel malfunzionamento dell'apparecchio cardiotocografico, nella ritardata esecuzione del taglio cesareo e nell'omessa aspirazione del mecomio dalla trachea della neonata, subito dopo la nascita.

3.h. Del pari illegittima - sia sub specie di vizio di violazione di legge, sia sub specie di vizio motivazionale costituzionalmente rilevante - è, infine, anche la specifica statuizione diretta ad escludere la prova del nesso causale tra la condotta dei sanitari e l'evento dannoso della morte della neonata.

Non è controverso tra le parti che i consulenti tecnici d'ufficio, dopo avere accertato l'omessa puntuale successione dei controlli cardiotocografici a far tempo dal pomeriggio del 19 dicembre 2004 (a causa del malfunzionamento dell'apparecchio) - e dopo aver valutato eccessivo l'intervallo temporale intercorso tra l'accertamento della situazione critica e l'effettuazione del taglio cesareo -, avevano formulato la valutazione che la puntualità dei controlli avrebbe consentito di cogliere in anticipo la sofferenza fetale, permettendo, con ragionevole probabilità, di anticipare l'intervento cesareo ed evitare, almeno in parte, i danni successivamente verificatisi, laddove, al contrario, il ritardo nell'esecuzione dell'intervento aveva esposto il feto all'inalazione di mecomio; tale inalazione, inoltre, era verosimilmente avvenuta proprio in prossimità del parto e ad essa non si era rimediato nell'immediatezza (come, secondo i consulenti nominati in grado d'appello, sarebbe stato previsto dalle linee guida) attraverso l'aspirazione tracheale, che avrebbe dovuto precedere l'insufflazione di ossigeno.

La sentenza impugnata, diversamente da quanto ritenuto dai ricorrenti, non ha "travisato" le risultanze delle indagini peritali, dando, anzi, espressamente atto che i profili di inadempimento evidenziati dalla consulenza tecnica, erano astrattamente idonei "a provocare il danno lamentato" (p.5 della sentenza).

Nondimeno, sulla base della (erronea) premessa per cui tali risultanze, in quanto fondate su circostanze di fatto diverse da quelle allegate dai danneggiati, avrebbero comportato un inammissibile mutamento sia del titolo di responsabilità originariamente dedotto, sia di quello della domanda originariamente formulata, ha dato astrattamente rilievo, ai fini del nesso causale, esclusivamente alla ritardata effettuazione del taglio cesareo, reputandola, peraltro, ininfluente in concreto, in ragione dell'accertata impossibilità di stabilire il preciso momento in cui era avvenuta l'inalazione del mecomio da parte del feto.

La statuizione, come si è detto, poggiando su un premessa erronea, è viziata sia da violazione di legge che da difetto motivazionale, posto che, alla luce delle circostanze accertate in sede di indagine peritale - non comportanti, per quanto si è ampiamente osservato, né un mutamento della pretesa sostanziale, né l'introduzione di nuovi temi di indagine processuale, in spregio alle esigenze del contraddittorio -, il giudizio sulla sussistenza del nesso causale avrebbe dovuto presupporre, non già che fosse accertato il momento preciso dell'inalazione del mecomio da parte del feto, bensì che fosse piuttosto accertata, da un lato, l'incidenza delle omissioni pre-parto sulla intempestiva verifica delle condizioni di sofferenza del feto e, quindi, prima ancora che sulla ritardata esecuzione del cesareo, sulla stessa ritardata decisione di effettuarlo; dall'altro lato, l'incidenza, sull'evento morte, dell'omessa esecuzione, nell'immediatezza del parto, della manovra di aspirazione del mecomio della trachea, ove effettivamente indicata, nelle linee guida, come manovra da compiersi prima dell'insufflazione dell'ossigeno.

Il ricorso principale deve essere, pertanto, complessivamente accolto.

4. Il ricorso incidentale condizionato proposto dalla ASL (con il cui unico motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., "falsa applicazione dell'art.112 cpc per mancata pronuncia sulla domanda di garanzia") è inammissibile.

Invero, il ricorso incidentale, anche se qualificato come condizionato, deve essere giustificato dalla soccombenza,

cosicché è inammissibile il ricorso proposto dalla parte che - come nella fattispecie in esame - sia stata completamente vittoriosa nel giudizio di appello, proposto al solo scopo di risollevare questioni che non sono state decise dal giudice di merito perché assorbite dall'accoglimento di altra tesi avente carattere preliminare, salva la facoltà di riproporle dinanzi al giudice del rinvio in caso di annullamento della sentenza (Cass. 25/10/2023, n. 29662; in precedenza, v. ex aliis, Cass.29/08/2003, n. 12680).

Nel caso di specie, la domanda di garanzia proposta dalla ASL nei confronti di Carige Assicurazioni Spa (oggi Amissima Assicurazioni Spa) era stata dichiarata assorbita dal giudice di primo grado.

In mancanza di una esplicita o implicita pronuncia di rigetto, essa era riproponibile in appello ex art.346 cod. proc. civ. (senza necessità di farne oggetto di specifico gravame: Cass.20/12/2021, n. 40833; Cass., Sez. Un., 19/04/2016, n.7700), ma non nel giudizio di cassazione, ove l'art.346 cod. proc. civ. non trova applicazione (ex aliis e tra le più recenti, Cass.26/05/2023, n. 14813); in conseguenza dell'annullamento della sentenza di merito che ne ha giustificato l'assorbimento, la domanda di garanzia potrà dunque essere riproposta dinanzi al giudice del rinvio.

5. In definitiva, il ricorso principale proposto da A.A. e B.B. deve essere accolto, mentre va dichiarato inammissibile il ricorso incidentale condizionato proposto dalla Azienda USL Toscana Nord-Ovest.

La sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione, la quale rinnoverà l'esame del merito della domanda risarcitoria proposta dai sigg.ri A.A. e B.B. tenendo presenti le circostanze di fatto evidenziate dalle consulenze tecniche espletate e valutando, alla stregua delle risultanze delle indagini peritali, la sussistenza degli elementi costitutivi della dedotta fattispecie di responsabilità dell'azienda sanitaria, con particolare riferimento al nesso causale.

Il giudice del rinvio, inoltre, provvederà, se riproposta, sulla domanda di garanzia formulata dalla ASL nei confronti di Amissima Assicurazioni Spa, nonché, infine, sulle spese del giudizio di legittimità (art.385, terzo comma, cod. proc. civ.).

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso principale e dichiara inammissibile il ricorso incidentale condizionato. Cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Firenze, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di Consiglio della Terza Sezione civile, il giorno 9 febbraio 2024.

Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2024.

Suicidio di un paziente con problemi psichici e responsabilità civile

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 26 marzo 2024, n. 8109; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

L'azione di risarcimento danni avanzata dagli stretti congiunti di un paziente con problemi psichici ricoverato presso una struttura sanitaria (pubblica o privata), nel caso in cui l'iniziativa autolesionistica del malato si risolva in un atto suicidiario portato a compimento a causa dell'omessa vigilanza della predetta struttura, deve essere inquadrata nell'ambito (e nel corrispondente regime probatorio) della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c..

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione o falsa applicazione degli artt. 2043 e/o 2059, 1218 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente escluso la responsabilità di Omissis nonostante che la stessa fosse incorsa nella violazione di specifici obblighi di vigilanza (avendo C.C., nonostante essere stata affidata alla Comunità Omissis, "potuto procurarsi ed ingerire una quantità di farmaco Disipal tale da provocarne una intossicazione acuta") e di assistenza (non essendo alcuno "intervenuto nel periodo tra le 23,00 del 24 aprile 2004 e le 4,00 del 25 aprile 2004, momento della morte di C.C., per monitorarne da vicino lo stato di salute dopo gli eventi occorsi nei giorni e nelle ore precedenti"), discendenti dalla presa in cura della paziente.

Il ricorrente sostiene che la responsabilità civile di Omissis Srl va ricondotta al modello contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., spettando, quindi, alla struttura l'onere di fornire la prova di aver posto in essere tutte le misure necessarie per impedire l'evento nefasto; onere che, nella specie, la società convenuta non avrebbe assolto.
2. - Con il secondo mezzo è prospettata, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione o falsa applicazione degli artt. 2043 e/o 2059, 1218 c.c., per avere la Corte territoriale erroneamente ritenuto insussistente in capo alla struttura uno specifico obbligo di sorveglianza e di controllo su C.C. nella notte tra il 24 e il 25 aprile 2004.
Il ricorrente, argomentando sull'assoluto deficit di controllo e di "attenzione terapeutica" da parte di Omissis nella anzidetta notte, sostiene che, a seguito delle vicende verificatesi nei due giorni antecedenti la morte, che avevano portato al ricovero di C.C. per ben tre volte in ospedale, sulla struttura stessa gravava un "concreto obbligo specifico di garanzia della salute e della vita" della paziente, che avrebbe dovuto comportare un controllo e un'attenzione più pregnanti, essendo l'evento letale (in ragione dell'evidente peggioramento delle condizioni di salute di C.C.) "sotto il profilo soggettivo e oggettivo, assolutamente prevedibile".
3. - Con il terzo mezzo è prospettato, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, avendo la Corte territoriale mancato di esaminare il fatto concernente l'omessa vigilanza dell'infermiere di turno e l'omesso intervento del medico di turno nella notte tra il 24 e il 25 aprile 2004.
Il ricorrente evidenzia, in particolare, che l'infermiere di turno avrebbe dovuto, in ottemperanza agli obblighi di vigilanza e di assistenza gravanti sullo stesso, controllare di persona lo stato di salute di C.C. "aprendo la porta" della stanza dove la stessa era ricoverata, "al fine di verificare se una paziente che ha manifestato intenti suicidiari stia russando o abbia gravi difficoltà respiratorie"; pertanto, non esonererebbe da responsabilità a carico della struttura la circostanza che l'infermiere di turno, durante la sua attività di ispezione notturna, non avrebbe sentito la paziente manifestare disagio, quanto piuttosto soltanto un "forte russare" (come da quest'ultimo dichiarato nel corso del giudizio).
4. - Il primo motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.
4.1. - La giurisprudenza di questa Corte si è consolidata nel senso che **l'azione di risarcimento danni avanzata dagli stretti congiunti di un paziente con problemi psichici ricoverato presso una struttura sanitaria (pubblica o privata), nel caso in cui l'iniziativa autolesionistica del malato si risolva in un atto suicidiario portato a compimento a causa dell'omessa vigilanza della predetta struttura, debba essere inquadrata nell'ambito (e nel corrispondente regime probatorio) della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. (Cass. n. 14258/2020; Cass. n. 14615/2020; Cass. n. 21404/2021; Cass. n. 11320/2022; Cass. n. 13037/2023).**
Con tale pretesa risarcitoria, infatti, il congiunto agisce nei confronti della struttura iure proprio, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale conseguente al decesso; non potrebbe, d'altro lato, configurarsi in capo al primo una pretesa azionabile ex art. 1218 c.c., intercorrendo il contratto avente ad oggetto le prestazioni di cura, assistenza e controllo (quale che sia la sua fonte, privatistica o pubblicistica) esclusivamente tra la struttura e la paziente e al quale, dunque, egli rimane estraneo.
La figura dei "terzi protetti dal contratto" - la sola che, dunque, consentirebbe ad un terzo (formalmente) estraneo al contratto di agire, ciononostante, ex art. 1218 c.c. per la violazione degli obblighi di cura/vigilanza/assistenza - è stata riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte, ma eccezionalmente limitata alle sole ipotesi nelle quali l'interesse di cui il terzo è portatore, essendo intimamente connesso all'interesse creditorio così come delineato all'interno del programma negoziale, è, di fatto, con quest'ultimo, identificato.
Non a caso, infatti, l'area di applicazione di tale figura è stata essenzialmente limitata al circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione in cui, benché il contratto sia formalmente concluso tra la sola gestante e la struttura ospedaliera, è configurabile un corrispondente interesse all'esatta esecuzione della prestazione che forma oggetto di tale rapporto obbligatorio anche in capo al padre e al nascituro, con la conseguente possibilità, in caso di inadempimento o inesatto adempimento, di agire ex art. 1218 c.c.

E ciò, in quanto, il rapporto di proximity che intercorre tra la madre, il padre e il nascituro - vicinanza che deve essere vagliata alla luce del concreto interesse alla esecuzione della prestazione ex art. 1174 c.c., così come dedotto in contratto -, consente di ritenere sussistente anche in capo ai secondi un corrispondente interesse alla esatta esecuzione della prestazione.

Al di fuori di questa specifica ipotesi, dunque, poiché l'esecuzione della prestazione che forma oggetto della obbligazione sanitaria non incide direttamente sulla posizione dei terzi, torna applicabile anche al contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria la regola generale secondo cui esso ha efficacia limitata alle parti (art. 1372, secondo comma, c.c.).

Del resto, la circostanza che il contenuto della prestazione sia soggetto a criteri legali (oltre che contrattuali) di determinazione, costituiti in primo luogo dalla buona fede (art. 1175 c.c.) e dalla diligenza (art. 1176 c.c.), non vale a configurare obbligazioni ulteriori aventi ad oggetto prestazioni di salvaguardia dei terzi, ma solo a conformare l'oggetto dell'obbligazione in funzione della realizzazione dell'interesse concreto dedotto nel contratto (Cass. n. 11320/2022).

Né in termini contrastanti si pone il precedente di cui alla citata Cass. n. 13037/2023, in cui, dopo aver, per l'appunto, confermato la natura extracontrattuale della pretesa risarcitoria azionata dallo stretto congiunto nei confronti della struttura ospedaliera in caso di morte del paziente, ha applicato al caso sottoposto al suo esame i criteri probatori della responsabilità contrattuale, essendo tale decisione resa obbligata dall'essersi formato giudicato interno sull'accertamento della responsabilità, in termini contrattuali, della struttura convenuta.

4.2. - Nella specie, la pretesa risarcitoria azionata da A.A., rispondendo al modello generale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., deve essere vagliata secondo i principi che le sono propri.

Spetta, in particolare, alla parte danneggiata l'onere di dare prova in giudizio di tutti gli elementi costitutivi della propria pretesa: il fatto illecito da cui deriva il danno ingiusto, il dolo o la colpa dell'autore del danno e, infine, il danno conseguenza.

Sicché, il fatto illecito da cui, secondo la prospettazione attorea, sarebbe derivato l'evento mortale - violazione di obblighi di vigilanza e di controllo gravanti sulla struttura ospedaliera -avrebbe dovuto costituire oggetto di specifica prova a carico di A.A.

Erra, di conseguenza, il ricorrente nella parte in cui, sulla premessa della riconducibilità del fatto al modello della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., afferma che sussisterebbe una presunzione di inadempimento colposo a carico della struttura, con la conseguenza che sarebbe posto a carico della struttura sanitaria l'onere di fornire la prova liberatoria e cioè di aver posto in essere tutte le cautele richieste volte ad evitare che si verificasse l'evento dannoso; nessun inadempimento, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 c.c., potrebbe, per le considerazioni sin qui svolte, essere configurato, in astratto prim'ancora che in concreto, rispetto alla posizione di un soggetto rimasto estraneo al rapporto contrattuale.

4.3. - Nella specie, invero, neppure si pone un problema di applicazione della regola residuale dell'onere di prova (art. 2697 c.c.) - per cui sarebbe ridondata in danno dell'attore la mancata dimostrazione della violazione, da parte di Omissis, degli obblighi anzidetti nei confronti della ricoverata C.C. - giacché un tale inadempimento contrattuale (costituente, nella sua materialità, il fatto costitutivo dell'illecito extracontrattuale dedotto in giudizio) è stato ritenuto insussistente dalla Corte territoriale (e già in precedenza dal Tribunale) alla luce delle risultanze istruttorie.

In particolare, il giudice di appello ha reputato che: a) i farmaci fossero custoditi adeguatamente presso la struttura Omissis; b) la misura di prevenzione disposta dal Tribunale di Sorveglianza era elastica; c) non sussistevano obblighi di monitoraggio continui su C.C., sia in capo alla struttura ospedaliera, in generale, che in capo a coloro che erano di turno nella notte tra il 23 e il 24 aprile 2004, in particolare; d) il comportamento autolesionistico della paziente era riconducibile non ad un serio intento suicidiario, bensì ad un'esigenza di attenzione; e) l'accesso a due diversi Ospedali era avvenuto su chiamata di Omissis; f) l'esito degli esami ivi effettuati era "rassicurante"; g) vi erano concrete difficoltà nel distinguere tra la sintomatologia presentata da C.C. a causa del suo preesistente disagio psico - fisico e i sintomi aspecifici e generici (così come qualificati dalla CTU disposta in secondo grado) derivanti da overdose di "Disipal".

Ne consegue che, non ravvisandosi (per quanto esposto) i denunciati errores in iudicando, le ulteriori doglianze proposte con il motivo in esame, che aggrediscono la quaestio facti oggetto di accertamento rimesso esclusivamente al giudice di merito, sono inammissibili, in quanto il sindacato di questa Corte è circoscritto, al riguardo, alla delibazione del vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. (dedotto soltanto con il terzo motivo di ricorso).

5. - Il secondo motivo è inammissibile.

Tenuto conto, alla luce delle considerazioni svolte in sede di scrutinio del primo motivo, della non ravvisabilità dei dedotti errores in iudicando nella decisione della Corte territoriale, le critiche svolte con il motivo in esame, al fine di denunciare la sussistenza in capo alla struttura di cura di specifici obblighi di vigilanza e di assistenza, prospettano una inammissibile ricostruzione del fatto alternativa rispetto a quella fatta propria dal giudice di merito.

Il ricorrente ha sostenuto, infatti, l'esistenza in capo ad Omissis di un obbligo continuativo di monitoraggio su C.C. prima e anche durante i vari accessi ai due Ospedali, nonché uno specifico obbligo in capo all'infermiere di turno, nella notte tra il 23 e il 24 Aprile 2001, di monitorare continuamente l'assistita al punto da verificare se quella condizione di "forte russare" - dichiarata dall'infermiere nel giudizio di primo grado - fosse invece espressione di una situazione di disagio fisico della paziente tale da necessitare un tempestivo intervento medico.

Una prospettazione, dunque, che confligge con la corretta deduzione del vizio di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c. in guisa di c.d. vizio di sussunzione, quale censura che, infatti, non può che essere costruita se non assumendo l'accertamento di fatto, così come operato dal giudice del merito, in guisa di termine obbligato, indefettibile e non modificabile del sillogismo tipico del paradigma dell'operazione giuridica di sussunzione, là dove, diversamente - ossia ponendo in discussione detto accertamento -, si verrebbe a trasmodare nella revisione della quaestio facti e, dunque, ad esercitarsi poteri di cognizione esclusivamente riservati al giudice del merito (cfr. in tale prospettiva, tra le altre, Cass. n. 18715/2016; Cass. n. 3965/2017; Cass. n. 6035/2018; Cass. n. 21951/2023).

È dunque estraneo alla denuncia del vizio di sussunzione ogni critica che investe la ricostruzione e l'accertamento del fatto materiale, da cui, invece, nella sua portata, come

giudizialmente definita, deve muovere la censura di erronea riconduzione di esso alla norma di riferimento.

6. - Il terzo motivo è inammissibile.

Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, nell'ipotesi di doppia conforme di cui all'art. 348 - ter, quinto comma, c.p.c., è onere del ricorrente, a pena di inammissibilità del ricorso, indicare le ragioni di fatto poste a base della decisione di primo grado e del rigetto dell'appello dimostrando che sono tra loro differenti (tra le altre: Cass. n. 5947/2023; Cass. n. 26934/2023).

Onere che il ricorrente non ha assolto, mancando di dare contezza di quale sia stato l'iter argomentativo seguito del primo giudice, nonostante la Corte territoriale abbia integralmente confermato la relativa decisione, ad essa facendo sovente riferimento.

Peraltro, pur restando assorbente tale rilievo, varrà evidenziare che la doglianza - che si relaziona al terzo motivo di gravame, con cui l'appellante instava per l'ammissione di CTU, richiesta accolta dal giudice di secondo grado - si snoda, inammissibilmente, attraverso una ricostruzione della quaestio facti con esiti alternativi a quelli cui è giunta la Corte territoriale, la quale, a partire dal medesimo corredo probatorio a disposizione del Tribunale, rafforzato dalla espletata CTU, ha concluso, a monte, per la insussistenza della responsabilità della struttura, non essendovi in capo alla stessa (per il tramite dei suoi ausiliari) né uno specifico un obbligo di monitorare C.C. la notte tra il 24 e 25 aprile 2004, in considerazione degli esiti rassicuranti sulle sue condizioni fisiche presso gli ospedali cui aveva nei giorni precedenti effettuato l'accesso, né tantomeno (quand'anche ci si fosse accorti del malessere di C.C.) la possibilità di distinguere tra il disagio psicofisico discendente dalle sue preesistenti patologie e i sintomi, generici e aspecifici, derivanti da overdose del farmaco "Disipal".

7. - Il ricorso va, dunque, rigettato e il ricorrente condannato al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 2.200,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 - bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di C.C., ivi riportati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di cassazione, in data 26 febbraio 2024.

Depositato in Cancelleria il 26 marzo 2024.

Violazione dell'obbligo del consenso informato e oneri probatori

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 marzo 2024, n. 8364; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'id quod plerumque accidit; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile "in re ipsa" derivante esclusivamente dall'omessa informazione.

... Omissis ...

Motivi della decisione

... Omissis ...

Il motivo è parzialmente fondato.

La violazione dell'obbligo del consenso informato è stata ritenuta sotto il profilo della violazione del diritto all'autodeterminazione.

Al riguardo va rammentato il seguente principio di diritto.

Le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'id quod plerumque accidit; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile "in re ipsa" derivante esclusivamente dall'omessa informazione (Cass. n. 28985 del 2019).

Anche nel caso in cui in questione sia la mera violazione del diritto all'autodeterminazione. il presupposto del diritto risarcitorio è dunque la circostanza che il paziente, ove informato, non si sarebbe sottoposto al trattamento. Inoltre, anche qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, è indispensabile allegare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, dovendosi negare un danno in "re ipsa" (Cass. n. 24471 del 2020)

In relazione a tali due profili è mancato l'accertamento del giudice del merito, che pertanto deve essere svolto in sede di rinvio.

Il motivo è fondato anche in relazione alla denuncia di liquidazione del danno senza il riferimento alle circostanze del caso concreto. La corte territoriale si è limitata a trascrivere i criteri orientativi di carattere astratto richiamati dalle tabelle del Tribunale di Milano (edizione 2021) senza alcun riferimento al caso concreto. Per tale aspetto la sentenza è affetta da carenza del requisito motivazionale, posto che ciò che manca è il giudizio di fatto. La sentenza è per questa parte priva, cioè, della esposizione delle ragioni di fatto di cui all'art. 132, comma 2, n. 4 c.p.c..

Il giudizio di conformità ai parametri tabellari è riservato al giudice del merito, e dunque la censura resta inammissibile per questa parte.

Con il settimo motivo si denuncia violazione degli artt. 1226, 2056 e 2059 cod. civ., nonché violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente che vi è un contrasto irriducibile, nell'argomentazione dei consulenti, recepita dalla corte territoriale, fra il riconoscimento di un pregiudizio preesistente pari al 10%, per poi arrivare ad una quantificazione del danno differenziale dal 10% al 28%, e la valutazione secondo cui non è possibile stabilire la misura della invalidità preesistente.

Il motivo è inammissibile. La parte ricorrente difetta di interesse a ricorrere posto che l'evento di danno attribuito alla struttura sanitaria, in relazione al quale è stato liquidato il danno conseguenza, non è il 28%, ma il 18%, ed a quest'ultima percentuale di invalidità il giudice del merito è pervenuto proprio considerando l'invalidità reputata preesistente. Né risulta dedotto che l'importo liquidato sarebbe stato inferiore se non fosse stato la risultante della sottrazione dall'importo corrispondente all'invalidità pari al 28% di quello corrispondente alla preesistente invalidità pari al 10%.

P.Q.M.

Accoglie il terzo, parzialmente il quarto e parzialmente il sesto motivo, rigettando per il resto il ricorso, con assorbimento del quinto motivo; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Milano in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il giorno 26 febbraio 2024.

Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2024.

Liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10765; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Avuto riguardo alla liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno anzidetto deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul "sistema a punti", che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

6.1.2. – Quanto al primo e al secondo motivo, giova premettere che **è principio consolidato quello secondo cui, in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (come nel caso in esame), incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di una nuova malattia (e ciò, come detto, in base alla regola del "più probabile che non") e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (tra le molte: Cass. n. 26700/2018; Cass. n. 27606/2019; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 26907/2020).**
Va, altresì, ricordato che le linee guida, in ambito di attività medico-chirurgica, non hanno rilevanza normativa o "parascriminante", non essendo né tassative, né vincolanti; conseguentemente, pur rappresentando un parametro utile nell'accertamento dei profili di colpa medica, esse non valgono ad eliminare la discrezionalità del giudice di valutare se le circostanze del caso concreto esigano una condotta diversa da quella prescritta nelle medesime linee guida (tra le altre: Cass. n. 34516/2023).

La Corte territoriale si è attenuta ai principi anzidetti, reputando (cfr. sintesi al par. 2 del "Ritenuto che", cui si rinvia), sulla scorta del compendio probatorio acquisito agli atti (e, segnatamente, della CTU espletata in primo grado), sussistente, in applicazione della predetta regola probatoria, il nesso causale tra la condotta dei medici (operanti come ausiliari della struttura sanitaria) che hanno eseguito l'intervento chirurgico di sutura del tendine d'Achille su E.E. (intervento pur "di chirurgia ortopedica minore", ma in concreto comportante un elevato rischio di complicanza tromboembolica per la lunga immobilizzazione dell'arto) e il decesso del paziente per arresto cardiocircolatorio in seguito a trombosi venosa profonda, individuando nella mancata somministrazione di eparina postoperatoria (suggerita dalla stessa letteratura medica specialistica precedente all'intervento chirurgico, avvenuto nell'ottobre 2000) e nella carenza di adeguate indagini preoperatorie sulle patologie cardiache a carico del E.E. (oltre alla trascuratezza dell'ulteriore fattore di rischio "incrementativo" costituito dal sovrappeso pur non elevato) l'inadempimento, come detto eziologicamente rilevante, della prestazione sanitaria.
Ciò posto, i profili di censura veicolati con i motivi in esame, lungi dall'evidenziare errores in iudicando da parte del giudice di appello, si appuntano, inammissibilmente, sull'accertamento operato da quest'ultimo e sul convincimento dal medesimo maturato in applicazione degli anzidetti principi di diritto, investendo direttamente, in modo palese, la quaestio facti rimessa all'apprezzamento dello stesso giudice di secondo grado.
Né, del resto, trova evidenza, unitamente alle altre doglianze, una effettiva censura di error iuris sul riparto dell'onere probatorio, come regolato dall'art. 2697 c.c., tale che di detto onere sia stata gravata la parte alla quale non spettava di dimostrare (nella specie) il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria (ossia, i danneggiati quanto al nesso causale tra condotta dei sanitari e evento lesivo in danno del congiunto), ma è aggredito, per l'appunto, l'apprezzamento operato dal giudice di appello sul materiale probatorio; valutazione che ha condotto lo stesso giudice a ritenere – senza, peraltro, applicare la regola residuale dettata dal citato art. 2697 c.c. sulla ripartizione dell'onus probandi - provato quel fatto costitutivo ai fini del risarcimento del danno.
Le doglianze di parte ricorrente, dunque, non sono pertinenti rispetto ai paradigmi legali dei vizi denunciati, risolvendosi, come detto, in una critica di merito alla decisione impugnata, non consentita in questa sede di legittimità, poiché con esse si intende sostituire alla valutazione operata dalla Corte territoriale in punto di sussistenza del nesso causale e dell'inadempimento della prestazione medica, la propria lettura delle risultanze processuali, per giungere a diversa e favorevole conclusione.
6.1.3. – Quanto al terzo motivo, è, anzitutto, inammissibile, prima ancora che infondata, la censura che investe la liquidazione del danno patrimoniale, giacché essa non coglie la ratio decidendi della sentenza impugnata, che richiama le tabelle elaborate dal Tribunale di Roma unicamente per la liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale e non già per il danno patrimoniale; danno, questo, che, invece, è liquidato, equitativamente, in base ai parametri del reddito del congiunto defunto, della quota di tale reddito di cui potevano beneficiare i superstiti (coniuge e figlia del de cuius), dell'età di quest'ultimi e del coefficiente di abbattimento per anticipata liquidazione quanto al danno futuro (cfr. sintesi al par. 2 del "Ritenuto che"; pp. 6/8 della sentenza di appello).

L'individuazione degli anzidetti parametri dà, peraltro, conto del fatto che il giudice di secondo grado non abbia operato una liquidazione equitativa c.d. "pura" e priva di criteri di riferimento, avendo, invece, fornito evidenza, con motivazione pienamente intelligibile (e, dunque, rispettosa del c.d. "minimo costituzionale" imposto dall'art. 111, sesto comma, Cost.), dei parametri utilizzati al fine di determinare gli importi risarcitori in favore dei danneggiati.

6.1.3.1. – Avuto, poi, riguardo alla liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, occorre premettere che l'orientamento di questa Corte si è andato consolidando nel senso che, **al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno anzidetto deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul "sistema a punti", che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella** (Cass. n. 10579/2021; Cass. n. 26300/2021; Cass. n. 37009/2022; Cass. n. 5948/2023; Cass. n. 8265/2023; Cass. n. 13540/2023; Cass. n. 36560/2023).

In siffatti termini, si è, quindi, ritenuto che a tanto potessero soddisfare le tabelle di liquidazione predisposte dal Tribunale di Roma e, quindi, anche quelle del Tribunale di Milano predisposte nel 2022 (così, segnatamente, le citate Cass. n. 37009/2022, Cass. n. 5948/2023 e Cass. n. 8265/2023).

Quanto, poi, alla rilevanza processuale del criterio tabellare ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale, l'onere del danneggiato è quello di chiedere che la liquidazione avvenga in base alle tabelle, ma non anche quello di produrle in giudizio, in quanto esse, pur non costituendo fonte del diritto, integrano il diritto vivente nella determinazione del danno non patrimoniale conforme a diritto (Cass. n. 33005/2021; Cass. n. 20292/2022).

La Corte territoriale ha liquidato il danno da perdita del rapporto parentale subito dagli attori facendo riferimento alle tabelle romane e indicando le circostanze di fatto in concreto rilevanti per determinare l'importo risarcitorio, ossia quelle dell'età, del grado di parentela e della convivenza della vittima, così da fornire contezza dei parametri legati alla concreta vicenda processuale sui quali operare la determinazione del quantum debeatur.

In tale contesto, la mancata indicazione dei coefficienti monetari contemplati dalle tabelle anzidette non è circostanza tale da rendere la motivazione che sorregge l'impugnata sentenza "apparente" (e, dunque, al di sotto del c.d. "minimo costituzionale"), né tale da ledere il diritto di difesa dell'appellante, non avendo la stessa lamentato che di dette tabelle – di cui il giudice di appello fa espresso riferimento – non si sia discusso nei giudizi di merito e che, quindi, la relativa applicazione non sia stata fatta oggetto di previa allegazione e richiesta di applicazione e, quindi, conosciute dalla stessa ASL Roma 2.

Il ricorso principale

6.2. – L'unico motivo del ricorso principale – che deduce una violazione di legge - è infondato.

Il ritardato adempimento dell'obbligo di risarcimento causa al creditore un danno ulteriore – rispetto a quello che viene ristorato con il pagamento dell'equivalente monetario del bene perduto, espresso in moneta dell'epoca della liquidazione, che si ottiene con la rivalutazione del credito ovvero con la liquidazione in moneta attuale, rappresentato dalla perduta possibilità di investire la somma dovutagli e ricavarne un lucro finanziario, che va liquidato dal giudice in via equitativa, anche, ma non solo, facendo ricorso ad un saggio di interessi (cd. interessi compensativi) non costituenti frutto civile dell'obbligazione principale, ma mera componente dell'unico danno da fatto illecito (Cass. n. 17155/2012; Cass. n. 12140/2016; Cass. n. 9950/2017, Cass. n. 1637/2020).

In tal caso, è onere del creditore provare, anche in base a criteri presuntivi, che la somma rivalutata o liquidata in moneta attuale sia inferiore a quella di cui avrebbe disposto, alla stessa data della sentenza, se il pagamento della somma originariamente dovuta fosse stato tempestivo. Ne consegue, per un verso che gli interessi cosiddetti compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo nei debiti di valore; per altro verso che non sia configurabile alcun automatismo nel riconoscimento degli stessi (tra le altre: Cass. n. 22347/2007; Cass. n. 3355/2010; Cass. n. 18564/2018).

Nella specie, la Corte territoriale non ha escluso la debenza del danno da ritardato adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno in favore degli attori ed anzi ne ha assunto il riconoscimento in ragione della determinazione all'attualità degli importi "ristoratori di ogni pregiudizio subito dai danneggiati anche da ritardata liquidazione".

A tal riguardo, la liquidazione effettuata dal giudice di appello del complessivo danno, patrimoniale e non, in favore di ciascun danneggiato si fonda su criteri e parametri (reddito della vittima dell'illecito e tabelle del Tribunale di Roma di liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale: cfr. sintesi al par. 2 del "Ritenuto che") i quali, pur in assenza di ulteriori indicazioni specificative in ordine alla rispettiva modulazione, esprimono importi che, di per sé, non sono deputati a ristorare esclusivamente l'equivalente monetario del bene perduto.

In siffatti termini, pertanto, la motivazione della sentenza impugnata si sottrae alle censure di error iuris veicolate con il motivo in esame.

Conclusioni.

7. – Vanno, dunque, rigettati entrambi i ricorsi e compensate integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità in ragione della reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Rigetta entrambi i ricorsi, principale e incidentale, e compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti principali e della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale e per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso art. 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione

delle generalità e degli altri dati identificativi di E.E. ivi riportati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, l'8 marzo 2024.

Depositata in Cancelleria il 22 aprile 2024.

Responsabilità sanitaria e solidarietà tra struttura e medico

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10787; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

In ipotesi di malpractice medica la responsabilità della struttura sanitaria per fatto proprio, ex art. 1228 c.c., è autonoma da quella del medico di cui essa si sia avvalsa in qualità di ausiliario, ma entrambi rispondono in via solidale nei confronti del danneggiato, in ragione dell'insorgere dell'obbligazione risarcitoria per l'unicità dell'evento dannoso imputabile a più soggetti; imputabilità che si determina non solo in forza del concorso efficiente delle plurime condotte (attive e/o omissive) nella produzione del danno, ma anche allorquando uno dei condebitore risponda per il fatto dell'autore immediato del danno.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

La giurisprudenza di questa Corte è consolidata nel senso di ritenere che il contrasto tra motivazione e dispositivo sia tale da determinare il vizio di nullità dell'intera sentenza nel solo caso in cui esso incida sulla idoneità del provvedimento, considerato complessivamente nella sua totalità delle sue componenti testuali, a rendere conoscibile il contenuto della statuizione giudiziale (Cass. n. 18877/2003; Cass. n. 26074/2018; Cass. n. 19325/2020).
Tale contrasto, presente nella sentenza della Corte d'appello, non è tale da rendere oscuro l'esito del giudizio.
Esito che traspare chiaramente nel corpus della motivazione (p. 4, lett. A; cfr. anche sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa"), là dove essa, per un verso, si sofferma a dare conto della condotta del medico anestesista, convenuto nel giudizio di primo grado, siccome integrante l'unico inadempimento della prestazione sanitaria causativo del danno iatrogeno; mentre, per altro verso, non evidenzia, né, quindi, accerta, alcun inadempimento imputabile direttamente ed esclusivamente a profili strutturali e organizzativi della struttura sanitaria (quale riflesso, del resto, dell'assenza di doglianze avanzate al riguardo dalle parti del giudizio).
Il titolo della responsabilità, dunque, non può che essere ravvisato, nel caso in esame, nel solo art. 1228 c.c., quale norma che configura pur sempre una fattispecie di responsabilità contrattuale diretta per fatto proprio e non per fatto altrui, fondata sui "fatti dolosi o colposi" degli ausiliari, la quale trova giustificazione nell'assunzione del rischio per i danni che al creditore possono derivare dall'utilizzazione di terzi nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale (Cass. n. 28987/2019; Cass. n. 29001/2021; Cass. n. 8116/2022; Cass. n. 26811/2022). Il positivo accertamento della responsabilità della struttura sanitaria ex art. 1228 c.c. postula, pertanto, l'accertamento del fatto colposo del personale medico ausiliario, ossia "un illecito colpevole dell'autore immediato del fatto" (così Cass. n. 12362/2006), in assenza del quale non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale dell'ente debitore nei confronti del paziente (Cass. n. 6386/2001; Cass. n. 26811/2022).
È, inoltre, principio affatto consolidato **che la responsabilità della struttura sanitaria per fatto proprio, ex art. 1228 c.c., è autonoma da quella del medico di cui essa si sia avvalsa in qualità di ausiliario, ma entrambi rispondono in via solidale nei confronti del danneggiato, in ragione dell'insorgere dell'obbligazione risarcitoria per l'unicità dell'evento dannoso imputabile a più soggetti; imputabilità che si determina non solo in forza del concorso efficiente delle plurime condotte (attive e/o omissive) nella produzione del danno, ma anche allorquando (come nella specie) uno dei condebitore risponda per il fatto dell'autore immediato del danno** (Cass. n. 4926/1980; Cass. n. 5024/2005; Cass. n. 26811/2022).
Ne consegue che, dalla riconducibilità del danno alla esclusiva prestazione professionale della C.C., è di tutta evidenza come la condanna nel dispositivo della sentenza impugnata a carico del solo IOR non sia tale da ingenerare una "confusione" in ordine ad una potenziale esclusione della responsabilità del medico anestesista e di una esclusiva responsabilità a carico della struttura sanitaria, essendo quest'ultima, proprio in base a quanto emerge dalla medesima sentenza di appello, da ritenersi, per le ragioni anzidette, solidamente responsabile con il medico anestesista convenuto.
In siffatti termini, essendo chiaramente percepibile ab externo l'esito del giudizio, il vizio prospettato dalla odierna parte ricorrente deve essere riqualificato come mero errore materiale e, in quanto tale, non denunciabile con ricorso per cassazione, ma dinanzi al giudice del merito ai sensi dell'art. 287 c.p.c. (tra le altre: Cass. n. 21492/2005; Cass. n. 28712/2013; Cass. n. 5727/2015).
12. - Il secondo motivo e terzo motivo - da scrutinarsi congiuntamente in quanto in parte connessi - non possono trovare accoglimento.
12.1. - Occorre, in primo luogo, rilevare che la responsabilità del B.B., medico chirurgo, era stata affermata dal primo giudice (pp. 7/8 della sentenza del Tribunale) sotto due distinti profili: a) in ragione della (attiva) prestazione medica effettuata durante l'intervento operatorio; b) in ragione della (omissiva) prestazione concernente l'attività di vigilanza post-operatoria (cui era tenuto insieme alla C.C., anestesista), evidenziandosi che "l'immediata diagnosi della lesione al nervo femorale (...) avrebbe consentito di evitare proprio la sua complicanza al tendine, cioè l'evoluzione patologica che prospetta il CTU quale a suo avviso più probabile".
12.2. - Sotto il primo profilo (sub a)), la Corte territoriale ha escluso che il chirurgo (B.B.) fosse responsabile della "tendinosi" sofferta dall'attrice in ragione della "introduzione del trocar, troppo mediale, invece che antero-laterale", avendo condiviso il giudizio dei consulenti tecnici sulla "indimostrabilità più che probabilistica circa l'effettivo inserimento dello strumento causativo di danno, anche sulla base della evoluzione della vicenda clinica, dei dati strumentali e dei dati clinici" (p. 4 sentenza di appello e sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa").
A tal riguardo, è inammissibile, prima ancora che infondata, la doglianza che denuncia la violazione del "minimo

costituzionale" della motivazione a supporto della decisione assunta dalla Corte territoriale, ossia una motivazione affetta da quelle anomalie ("mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", "motivazione apparente", "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione) che - risultanti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali - la rendono non conforme all'obbligo previsto dall'art. 111, sesto comma, Cost. e, dunque, illegittimamente adottata, poiché in violazione dell'art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c..

Le censure di parte ricorrente fanno ricorso, invece, proprio ad elementi esterni (consulenza tecnica di parte richiamata nella comparsa di costituzione e risposta in appello: cfr. 19/22 del ricorso) alla stessa motivazione resa dal giudice di appello, così da mostrarsi costruite, piuttosto, come doglianze che veicolano (inammissibilmente) il vizio motivazionale di cui alla previgente formulazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c..

Peraltro, pur restando assorbenti le considerazioni che precedono, occorre rilevare che le argomentazioni addotte dal giudice di appello a giustificazione della decisione - giacché danno evidenza, sia pure sinteticamente, delle ragioni per cui, secondo il criterio del "più probabile che non", non sussiste il nesso di causalità tra condotta del sanitario e il danno subito dalla paziente - sono, di per sé, affatto intelligibili e prive di insanabili contraddizioni intrinseche e, dunque, si palesano rispettose del c.d. minimo costituzionale della motivazione, che segna il perimetro entro il quale può svolgersi il sindacato di legittimità al riguardo (Cass., S.U., n. 8053/2014).

12.3. - È, invece, infondata la censura prospettata - sia con il secondo, che con il terzo motivo -, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. in relazione al profilo della omessa vigilanza postoperatoria e all'ulteriore danno concernente la patologia interessante il tendine rotuleo destro.

12.3.1. - Giova rammentare, anzitutto, che il vigente art. 360, comma primo, n. 5, c.p.c., prevede l'omesso esame come riferito ad "un fatto decisivo per il giudizio", ossia ad un preciso accadimento o una precisa circostanza in senso storico-naturalistico (non assimilabile, quindi, in alcun modo a "questioni" o "argomentazioni" che, pertanto, risultano irrilevanti), avente portata idonea a determinare direttamente l'esito del giudizio, nel senso che il "fatto" trascurato avrebbe condotto con certezza ad un diverso esito della controversia (tra le molte: Cass., S.U., n. 8053/2014; Cass. n. 2268/2022; Cass. n. 107/2024).

Occorre, altresì, precisare, sotto diverso (ma, nel caso, connesso) profilo, che, alla luce dell'ormai consolidato orientamento di questa Corte (tra le molte: Cass. n. 18392/2017; Cass. n. 3704/2018; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 10050/2022), **nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.**

Orientamento, questo, che ha superato il precedente indirizzo secondo cui l'attore danneggiato era onerato di provare soltanto l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si fosse verificato, ovvero che esso non fosse stato causa del danno, con la conseguenza che qualora, all'esito del giudizio, permanesse incertezza sull'esistenza del nesso causale fra condotta del medico e danno, questa ricadeva sul debitore (tra le altre: Cass., S.U., n. 577/2008; Cass. n. 27855/2013; Cass. n. 20547/2014).

12.3.2. - Ciò premesso, la stessa ricorrente trascrive in ricorso (pp.24/28) il par. 4 della CTU medico-legale che costituisce il dato rilevante (anche ai fini del rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 366, primo comma, n. 4 e n. 6, c.p.c.) per la decisione sulle proposte censure ex n. 5 dell'art. 360 c.p.c..

Dalla CTU si evince, però, che la circostanza per cui "la complicanza" concernente la ingravescente "tendinite del rotuleo" a carico della A.A. - siccome "causata anche solamente dall'impossibilità della paziente a muovere il ginocchio per il deficit nervoso, e per una concomitante algodistrofia ..., assolutamente prevedibile e spiegabile con una lesione nervosa ed un prolungato deficit funzionale" - costituiva solo una "ipotesi" ed ipotesi solo "possibile" (e così ancora la CTU: "... la complicanza può avere una spiegazione anche solo ipotizzando come conseguenza del deficit funzionale certamente presente in quella fase"). Ipotesi che è stata contrapposta, in sede di CTU, a quella della lesione indotta direttamente dall'operatore chirurgico (con il "passaggio intratendineo dell'artroscopio") e che lo stesso consulente tecnico ha ritenuto "seppure teoricamente possibile", comunque "non . dimostrabile con i dati disponibili, e non . sostenibile con probabilità sulla base della evoluzione della vicenda clinica, dei dati strumentali e dei dati clinici".

La sentenza di primo grado ha affermato (pp. 6/8), a sua volta, che il fatto per cui il "CTU ritenga questo (ossia, la flogosi al tendine rotuleo causata "da un errato accesso con l'atroscopio") non certo anzi ritenga più probabile che la causa della tendinite sia da ravvisarsi in una conseguenza della situazione dell'arto dopo la lesione del nervo femorale, giuridicamente non sposta i termini della questione, risultando incerta, in ultima analisi, la causa della tendinite e risultando tale incertezza impediente della qualificazione ex art. 1218 c.c. della causa della tendinite quale causa non imputabile al chirurgo".

Ed ancora lo stesso giudice di primo grado (pp. 7 e 8 della relativa sentenza) ha evidenziato - allorquando ha ritenuto la responsabilità di entrambi i medici per la "carenza di vigilanza postoperatoria" - che la "immediata diagnosi della lesione al nervo femorale, se questa fosse stata davvero la causa certa del problema al tendine, avrebbe consentito di evitare proprio la sua complicanza al tendine, cioè l'evoluzione patologica che prospetta il CTU quale a suo avviso più probabile" (p. 7 sentenza del Tribunale).

12.3.3. - Pertanto - come, del resto, ritenuto dallo stesso Tribunale, che, infine, ha fatto applicazione dell'orientamento giurisprudenziale che, all'epoca della adottata decisione costituiva, "diritto vivente" (ossia, di quello che faceva ridondare la c.d. "causa incerta" in danno del debitore-danneggiante) - che la causa della tendinite del rotuleo a carico dell'attrice è da ritenersi, in base alla stessa CTU medico-legale, una causa "incerta", avendo il consulente tecnico ipotizzata come soltanto "possibile" (e non già "più probabile che non") quella derivante "dall'impossibilità di muovere il ginocchio per il deficit nervoso" rispetto ad altra ipotesi meno probabile ancora, ossia quella della lesione intraoperatoria del tendine.

Con la conseguenza che l'incertezza sul nesso eziologico tra la condotta del sanitario il danno iatrogeno, secondo il criterio

del "più probabile che non", non consentirebbe, comunque, di accogliere la domanda risarcitoria del danneggiato.
12.3.4. - Sicché, seppure il fatto della sussistenza di una patologia tendinea all'esito dell'intervento chirurgico sia stato omesso dalla Corte territoriale ciò non integra "fatto decisivo" ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., in quanto, per le ragioni anzidette, l'esame del "fatto" trascurato non condurrebbe ad un diverso esito della controversia.
E tanto vale non solo in riferimento alla censura svolta con il terzo motivo, ma anche in relazione alla doglianza proposta con il secondo motivo, giacché il "fatto" della vigilanza post-operatoria sulla A.A. è correlato proprio alla circostanza che il primo giudice aveva affermato la responsabilità anche del chirurgo B.B. sul presupposto che "l'immediata diagnosi della lesione al nervo femorale (...) avrebbe consentito di evitare proprio la sua complicanza al tendine, cioè l'evoluzione patologica che prospetta il CTU quale a suo avviso più probabile" (p. 8 sentenza del Tribunale).
Complicanza, questa, che, come detto, non può essere ascritta, secondo il criterio del "più probabile che non", come derivante dalla lesione del nervo femorale.
13. - Deve ora procedersi all'esame del quinto motivo: esso è fondato e ciò comporta l'assorbimento delle censure svolte con il quarto motivo.
13.1. - Questa Corte ha precisato che **là dove la sofferenza soggettiva arrecata da un determinato evento della vita, non contenendosi sul piano di un'abituale, normale o comprensibile, alterazione dell'equilibrio affettivo-emotivo del danneggiato, degeneri al punto tale da assumere una configurazione medicalmente accertabile alla stregua di una vera e propria lesione della propria integrità psicologica, non più di un danno morale avrà a discorrersi, bensì di un vero e proprio danno biologico, medicalmente accertabile come conseguenza di una lesione psicologica idonea ad esplicare un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato (Cass. n. 6443/2023; Cass. n. 18056/2019).**
13.2. - Nella specie, lo stesso giudice di appello ha riconosciuto (p. 7 della sentenza impugnata), condividendo quanto già accertato dal primo giudice, che le conseguenze derivate all'attrice dal decorso post-operatorio si sono tradotte in un "disturbo di adattamento con umore depresso di tipo cronico", ossia in una situazione che ha trasceso il piano della sofferenza soggettiva, tale da mutare in una condizione psicologica di tipo patologico.
La Corte territoriale ha dunque errato nel ricondurre lo "stato psicopatologico depressivo" tra i presupposti della "personalizzazione del danno" non patrimoniale e "in una misura proporzionata al profilo psico esistenziale, di una persona che all'epoca svolgeva un'attività lavorativa di impiegata con una ordinaria sfera di vita personale, indubbiamente penalizzata", giacché avrebbe dovuto, ai fini della liquidazione complessiva del danno biologico, altresì prendere in considerazione il danno psichico allegato e provato dalla A.A..
13.3. - **A tal fine, essendosi in presenza di lesioni monocrone coesistenti - e cioè, di lesioni plurime riguardanti organi e funzioni diverse derivate da un medesimo evento dannoso - il giudice di secondo grado dovrà, quindi, tenere conto che il danno biologico è unitario, per cui la valutazione medico-legale delle singole menomazioni, che determinano un peggioramento globale della salute, deve essere complessiva (Cass. n. 8286/1996; Cass. n. 18328/2019).**
In tal senso, non potrà, quindi, addivenirsi ad una mera sommatoria algebrica delle percentuali di invalidità previste per il singolo organo o apparato, ma ad un apprezzamento funzionale e, per l'appunto, complessivo delle singole invalidità, attraverso un corretto criterio medico-legale e in base ad un "barème" redatto con criteri di scientificità (Cass. n. 11724/2021; Cass. n. 19229/2022).
In siffatto contesto, poi, il giudice di merito dovrà considerare che il risarcimento spettante al danneggiato per il danno biologico -ordinariamente liquidato con il metodo c.d. tabellare in relazione, come detto, a un "barème" medico legale che esprime in misura percentuale la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione presumibilmente riverbera sullo svolgimento delle attività comuni ad ogni persona - può essere incrementato in via di "personalizzazione" solo in presenza di conseguenze anomale o del tutto peculiari (tempestivamente allegate e provate dal danneggiato), mentre le conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età non giustificano alcuna "personalizzazione" in aumento (tra le altre: Cass. n. 27482/2018; Cass. n. 28988/2019; Cass. n. 5865/2021).
14. - L'esito dello scrutinio del quinto motivo, come detto, assorbe l'esame del quarto motivo, giacché implica una riliquidazione complessiva del danno biologico, in tutte le sue componenti (temporanea e permanente), in ragione della coesistenza, a carico dell'attrice, della lesione del nervo femorale e della patologia depressiva.
15. - Il sesto motivo - con cui è censurato il mancato riconoscimento del danno emergente per le spese mediche sostenute (e sostenende) in relazione alla lesione del tendine rotuleo - è inammissibile alla luce degli esiti dello scrutinio del secondo e terzo motivo, in forza del quale si è escluso, con effetti di giudicato, che di detta lesione possano ritenersi responsabili gli originari convenuti.
16. - Il settimo motivo è infondato.
La Corte territoriale ha rigettato la richiesta di ampliamento delle spese mediche future sino ai 40 anni successivi alla causazione del danno (2005), confermando la decisione del Tribunale che già ne estendeva (rispetto a quanto indicato nella CTU) la debenza per i successivi 30 anni, in ragione del fatto che il limite dei 68 anni era da considerarsi "adeguato per il mantenimento di un morfismo funzionale ad una vita normalmente attiva" (p. 7 della sentenza impugnata).
La motivazione adottata dal giudice di appello, ancorché sintetica, non è tale da integrare il vizio della motivazione apparente (sulla cui portata cfr. par. 12.2, che precede e al quale si rinvia), giacché la stessa rende pienamente intelligibili le ragioni del decisum e il percorso logico-giuridico che le sorregge.
17. - L'ottavo motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.
17.1. - È, anzitutto, inammissibile - prima ancora che infondato -, quanto alla censura che denuncia un vizio di motivazione al di sotto del "minimo costituzionale".
A tal riguardo, come già evidenziato al par. 12.2 che precede (e cui si rinvia), detto vizio non può essere veicolato in base al confronto con le risultanze processuali (per tutte: Cass., S.U., n. 8053/2014), ciò che, invece, fa la ricorrente mediante il richiamo di atti e documenti del processo (c.t.u.; atti difensivi; documentazione relativa alla posizione lavorativa: cfr. pp. 62/69 del ricorso).
In ogni caso, le doglianze sono infondate.

A tal riguardo, infatti, la sentenza dà conto (pp. 7/9, nonché sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa") del rigetto del motivo di gravame sul mancato accoglimento della domanda di risarcimento del danno da perdita della capacità lavorativa specifica, in quanto "sfornita di prova", non integrata da una consulenza di parte e dalla "valutazione della Commissione per l'handicap".
Il giudice di appello ha evidenziato al riguardo che l'attrice, la quale lavorava part-time al momento dell'intervento chirurgico, aveva poi rinunciato al posto di dirigente scolastico assegnatole presso il plesso di Forlì per "scelte di carattere strettamente personali" e non già per ragioni riconducibili, "neppure presuntivamente, alla sussistenza di una lesione del tendine di un ginocchio" e tanto era da ritenersi anche in relazione alla dedotta perdita di chances presso la Regione e per "ulteriori avanzamenti di funzioni", essendo anche il passaggio dall'impiego part-time a quello full-time "era riconducibile a ragioni personali per assistenza al padre anziano malato".
Trattasi di motivazione che è ben lungi dal porsi al di sotto del "minimo costituzionale" e che si presta, invece, a rendere affatto comprensibile, senza intrinseche contraddizioni, l'iter logico-giuridico che ha seguito la Corte territoriale.
17.2. - Sono infondate anche le doglianze che deducono errori, da parte della Corte territoriale, nell'applicazione dei principi che disciplinano la prova per presunzioni al fine di riconoscere come sussistente il danno lamentato.
Alla luce della giurisprudenza di questa Corte, la denuncia, in cassazione, di violazione o falsa applicazione del citato art. 2729 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3, c.p.c., può prospettarsi allorquando il giudice di merito affermi che il ragionamento presuntivo venga a fondarsi su presunzioni non gravi, precise e concordanti ovvero basi la presunzione su un fatto storico privo di gravità o precisione o concordanza ai fini dell'inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota e non anche quando la critica si concreti nella diversa ricostruzione delle circostanze fattuali o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta e applicata dal giudice di merito o senza spiegare i motivi della violazione dei paradigmi della norma. Sicché, il requisito della "precisione" è riferito al fatto noto, che deve essere determinato nella realtà storica, quello della "gravità" al grado di probabilità della sussistenza del fatto ignoto desumibile da quello noto, mentre quello della "concordanza", richiamato solo in caso di pluralità di elementi presuntivi, richiede che il fatto ignoto sia - di regola -desunto da una pluralità di indizi gravi, precisi e univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza, e ad articolare il procedimento logico nei due momenti della previa analisi di tutti gli elementi indiziari, onde scartare quelli irrilevanti, e nella successiva valutazione complessiva di quelli così isolati, onde verificare se siano concordanti e se la loro combinazione consenta una valida prova presuntiva (c.d. convergenza del molteplice), non raggiungibile, invece, attraverso un'analisi atomistica degli stessi, (tra le molte: Cass. n. 11906/2003; Cass. n. 18611/2021; Cass. n. 9054/2022).
Dalla ricostruzione degli elementi acquisiti agli atti, evidenziati dalla Corte territoriale (p. 8 della sentenza impugnata), appare di tutta evidenza come essa non sarebbe potuta pervenire ad una conclusione differente da quella prospettata (mancanza di prova del danno da perdita di capacità lavorativa specifica e da perdita di chances lavorative) attraverso il ricorso a presunzioni; e ciò in ragione dell'assenza del requisito della concordanza di questi elementi.
In particolare, in disparte la corretta mancata valutazione dei dati concernenti la CTP e la valutazione della Commissione per l'handicap (sprovvisti di rilevanza ai fini del ragionamento presuntivo del fatto ignoto, perdita di capacità lavorativa specifica e perdita di chances, a partire dal fatto noto, concernente la copertura di un ruolo professionale deteriore rispetto alle proprie potenzialità lavorative), la Corte territoriale ha ritenuto (come già ricordato al par. 17.1, che precede) che non si potesse riconoscere, neanche in via presuntiva, che le scelte lavorative intraprese dalla A.A. a seguito dell'intervento fossero la conseguenza dell'infausto decorso post-operatorio, piuttosto che riconducibile a scelte di carattere personale. E ciò il giudice di appello ha reputato in quanto emergevano dai seguenti elementi, valutati complessivamente, profili di discordanza tali da non consentire la formazione di una prova presuntiva: a) la A.A. lavorava part-time al momento dell'intervento; b) il passaggio dal full time al part-time era riconducibile a ragioni personali di assistenza al padre malato; c) la lettera di dimissioni dal contratto part-time presso la Regione faceva riferimento a dimissioni derivanti da una giusta causa, cioè il demansionamento; d) tale demansionamento - come si evinceva dalla lettera di dimissioni - era causalmente riconducibile ad una riorganizzazione strutturale delle funzioni dell'ufficio che avrebbe privato la A.A. "delle funzioni di coordinamento svolte, con grave danno alla propria professionalità".
La mancata convergenza di tali elementi verso la ricostruzione del fatto noto ha condotto la Corte territoriale a ritenere sprovvista di prova la domanda di risarcimento del danno da perdita della capacità lavorativa specifica e di quello da perdita di chances, non potendosi presuntivamente affermare né che il demansionamento subito fosse riconducibile ad un demansionamento "di fatto" derivante dall'emarginazione dall'ambiente lavorativo conseguente alle sue difficoltà motorie, né che la rinunzia alla posizione dirigenziale presso la Regione fosse riconducibile al disagio fisico piuttosto che a scelte personali.
A fronte di un siffatto impianto argomentativo, rispettoso, dunque, delle anzidette coordinate giuridiche, si rivelano poi inammissibili i profili di doglianza (che, invero, sostanziano in buona parte l'intero motivo) che prospettano una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta e applicata dal giudice di merito.
18. - Il nono motivo è inammissibile.
Con esso non è impugnata, in modo specifico e congruente, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 366, primo comma, n. 4 e n. 6, c.p.c., la ratio decidendi della sentenza impugnata, autonoma e da sola in grado di reggere la decisione, secondo cui "in comparsa di costituzione di appello non vi era alcuna traccia di alcuna conclusione circa il danno biologico lamentato quale aggravamento ("ingravescente forma di discopatia quale conseguenza aggravante il deficit deambulatorio") ... non avendo riproposto la A.A., né formulato appello incidentale condizionato, su quanto attiene alla valutazione di un pregiudizio che nella conclusionale l'appellata afferma essere sorto nel 2008", avendo mancato anche di rappresentarlo in sede di c.t.u. nel 2010, né con la comparsa conclusionale di primo grado del 2011 (cfr. p. 9 della sentenza di appello e sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa").
La ricorrente, infatti, si limita a dedurre che, essendo l'aggravamento insorto soltanto nel 2015, quanto addotto dal giudice di appello sarebbe una "non-motivazione"; tuttavia, a fronte del ragionamento della Corte territoriale, pienamente

intelligibile e non affatto intrinsecamente contraddittorio, la A.A. contrappone, inammissibilmente, una propria versione dei fatti che, come tale, non è in grado di scalfire quella, diversa, accertata dal giudice del merito.

19. - Il decimo motivo è assorbito dall'accoglimento del quinto motivo, in quanto attinente alla statuizione sulle spese di lite, travolta, ai sensi dell'art. 336, primo comma, c.p.c., dalla cassazione della sentenza di appello, dovendo, quindi, il giudice del rinvio rinnovare la relativa regolamentazione alla stregua dell'esito finale della lite (tra le molte: Cass. n. 4887/2016).

20. - Va, dunque, accolto il quinto motivo, dichiarati assorbiti il quarto e il decimo motivo e rigettati i restanti motivi.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto e la causa rinviata alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione, anche per la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il quinto motivo, dichiara assorbiti il quarto e il decimo motivo e rigetta i restanti motivi del ricorso;

cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di A.A. ivi riportati.

Così deciso in Roma l'8 marzo 2024.

Depositata in Cancelleria il 22 aprile 2024.

Decesso del paziente e sofferenza del familiare superstite

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 23 aprile 2024, n. 10901; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello) è l'esistenza stessa del rapporto di parentela che fa presumere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sofferenza del familiare superstite, giacché tale conseguenza è, per comune esperienza, connaturale all'essere umano; trattandosi di una presunzione relativa sarà sempre possibile per il convenuto dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra vittima e superstite

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

Nel caso di specie, l'impugnazione di A.A. della sentenza di primo grado nella parte in cui ha accertato la sussistenza dell'errore medico nell'esecuzione dell'intervento chirurgico - e, quindi, segnatamente, per non aver egli effettuato l'accesso laparoscopico nella zona di Palmer - ha prodotto la devoluzione nel giudizio d'appello di questa questione e, di riflesso, di tutto il corredo istruttorio e probatorio di cui il giudice di primo grado si è avvalso per pervenire alla decisione; che, di conseguenza, diviene oggetto di cognizione del giudizio di appello.
Pertanto, proprio attraverso l'interpretazione della motivazione del Tribunale e una (ri)valutazione nel merito della CTU istruita in primo grado, il giudice di secondo grado è giunto ad affermare che "la imprudenza dello A.A., non è ravvisabile nel non avere egli effettuato l'accesso laparoscopico dalla zona di Palmer, ma nell'aver tentato di effettuarlo dalla zona periombelicale nonostante dovesse essere consapevole della presenza di aderenze in tale zona e nel non avere - dopo la conferma della presenza delle aderenze che avevano reso vano quel tentativo di accesso periombelicale e nonostante tale anomalia esecutiva aggravasse il rischio di lesioni intestinali, non agevolmente rilevabili in ambito laparoscopico - posto in essere e poi predisposto alcuno degli accorgimenti operatori e post operatori utili alla tempestiva rilevazione delle lesioni eventualmente (e, tutt'altro che imprevedibilmente) prodotte" (pp. 35 e 36 della sentenza d'appello).
La Corte territoriale si è, quindi, mossa entro i confini dell'oggetto del processo, così come perimetrato dai motivi che hanno originato l'atto d'appello e, nell'ambito delle allegazioni delle parti e del pertinente corredo probatorio acquisito agli atti, ha confermato il giudizio di responsabilità del medico sulla base di un giudizio fondato su elementi di fatto (relativi alla condotta operatoria e post-operatoria) diversi da quelli considerati dal primo giudice, ma individuati e specificati dallo stesso giudice di appello entro i limiti anzidetti, così da rivelarsi inconsistenti tutte le censure prospettate dai ricorrenti ai sensi degli articoli 112, 343 e 346 c.p.c.
5.1.2. - Le ulteriori censure svolte con i motivi in esame sono inammissibili.
Con esse, infatti, lungi dall'essere denunciati degli errores in iudicando, si mira a rappresentare una ricostruzione alternativa della quaestio facti rispetto a quella accertata dal giudice di appello, con l'obiettivo di escludere dalla valutazione del secondo giudice precisi fatti storici (mancato drenaggio; omessa vigilanza post-operatoria), considerati invece dalla Corte territoriale come inadempimenti imputati allo A.A. e, dunque, inseriti nel complessivo giudizio di responsabilità a suo carico.
5.2. - censure concernenti il riconoscimento del danno da perdita del rapporto parentale.
Esame dei motivi: a) quinto del ricorso principale A.A.; b) quarto del ricorso incidentale ASL n. 1.
I motivi sono infondati.
5.2.1. - **In tema di prova del danno da perdita del rapporto parentale è orientamento consolidato di questa Corte - cui il Collegio intende dare continuità - che spetta alla vittima dell'illecito dimostrare i fatti costitutivi della propria pretesa e, dunque, l'esistenza del pregiudizio subito: onere di allegazione che potrà essere soddisfatto anche ricorrendo a presunzioni semplici e massime di comune esperienza (Cass., S.U., n. 26792/2008).**
In particolare, poi, nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello) è l'esistenza stessa del rapporto di parentela che fa presumere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sofferenza del familiare superstite, giacché tale conseguenza è, per comune esperienza, connaturale all'essere umano; trattandosi di una presunzione relativa sarà sempre possibile per il convenuto dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra vittima e superstite (tra le altre: Cass. n. 12146/2016; Cass. n. 3767 del 2018; Cass. n. 31950/2018; Cass. n. 11212/2019).
Rimangono, in ogni caso, fermi i principi che presiedono all'identificazione delle condizioni di apprezzabilità minima del danno, nel senso di una rigorosa dimostrazione (come detto, anche in via presuntiva) della gravità e della serietà del pregiudizio e della sofferenza patita dal danneggiato, tanto sul piano morale-soggettivo, quanto su quello dinamico-relazionale, senza che tale serietà e apprezzabilità, peraltro, sconfini necessariamente in un vero e proprio radicale ed eccezionale sconvolgimento delle proprie abitudini di vita, che inciderà, se del caso, sulla personalizzazione del risarcimento, e che costituisce a sua volta onere dell'attore allegare e provare, in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche (Cass. n. 16992/2015; Cass. n. 21060/2016; Cass. n. 7748/2020; Cass. n. 26140/2023).
5.2.2. - Ciò posto, la Corte territoriale non ha fatto errata applicazione degli anzidetti principi, nella misura in cui, in ragione del legame di parentela venuto in rilievo (stretti congiunti) e dell'assenza di dimostrazione da parte dei convenuti che tra la vittima e i superstiti non intercorresse un rapporto effettivo tale da giustificarne il risarcimento, ha fatto ricorso allo strumento della prova per presunzioni.

Il giudice di appello ha, dunque, correttamente ritenuto sussistente l'an del danno da perdita del rapporto parentale presumendo lo stesso sussistente a partire dalle allegazioni, presenti nell'atto di citazione, con cui C.C., D.D. e B.B. hanno prospettato intime sofferenze soggettive, nonché alterazioni delle proprie abitudini di vita in conseguenza della morte di E.E., di essi, rispettivamente, marito e padre.

5.3. - censure concernenti la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale: la scelta del parametro tabellare di riferimento.

Esame dei motivi: a) sesto e settimo del ricorso principale A.A.; b) quinto e sesto del ricorso incidentale ASL n. 1.

I motivi sono infondati.

5.3.1. - Priva di consistenza è, anzitutto, la censura con cui i ricorrenti, adducendo che la sentenza di primo grado non era stata impugnata sul punto, prospettano il passaggio in giudicato del criterio di liquidazione del danno utilizzato dal Tribunale, ossia l'applicazione delle tabelle del Tribunale di Milano, in quanto con i motivi di impugnazione (sia dello A.A.: cfr. p. 22 del ricorso principale; sia di AmTrust: cfr. p. 9 del ricorso incidentale) si censurava proprio la errata liquidazione del danno individuata "immotivatamente" nella misura massima del range senza specificazione dei criteri equitativi seguiti e si era, pertanto, rimesso al giudice di appello di procedere nuovamente, e correttamente, alla liquidazione del danno non patrimoniale, spettando, quindi, al giudice investito della cognizione della relativa questione individuare il congruo criterio equitativo di riferimento.

Devoluta, dunque, in appello la questione concernente la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, nella individuazione di parametri tabellari sulla base dei quali procedere alla liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale non ha errato la Corte territoriale nel fare riferimento alle tabelle predisposte dal Tribunale di Roma.

Come evidenziato dalla più recente giurisprudenza di questa Corte (tra le altre: Cass. n. 10579/2021), soltanto un sistema tabellare fondato sul punto variabile costituisce idonea garanzia della funzione per la quale esso è stata concepito, che è quella dell'uniformità e prevedibilità delle decisioni a salvaguardia del principio di eguaglianza.

5.3.2. - È infondata anche l'ulteriore specifica censura con cui i ricorrenti denunciano la "scelta" della Corte territoriale di applicare le tabelle romane piuttosto che quelle milanesi.

Come precisato da Cass. n. 10579/2021, l'eccezionalità del caso può imporre una liquidazione del danno senza fare ricorso ad una tabella basata sul "sistema a punti", ma è necessario che il giudice del merito fornisca al riguardo adeguata motivazione; ciò che varrà segnatamente allorquando si sia pervenuti ad una quantificazione del risarcimento che, alla luce delle circostanze del caso concreto, risulti inferiore a quella cui si sarebbe giunti utilizzando la tabella anzidetta o, comunque, risulti sproporzionata rispetto alla quantificazione cui l'adozione dei parametri tratti da tale tabella avrebbe consentito di pervenire.

Pertanto, pur ritenendosi preferibile l'adozione di una tabella basata su un "sistema a punti" per le ragioni di prevedibilità e uniformità sopra evidenziate, il problema giuridico che emerge è piuttosto quello della concreta quantificazione del danno operata dal giudice alla luce di criteri adeguatamente esplicitati in motivazione.

E in tal senso soccorre il principio per cui la liquidazione equitativa, anche nella sua forma cd. "pura", consiste in un giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, sicché, pur nell'esercizio di un potere di carattere discrezionale, il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell'integralità del risarcimento.

Ne consegue che, allorché non siano indicate le ragioni dell'operato apprezzamento e non siano richiamati gli specifici criteri utilizzati nella liquidazione, la sentenza incorre sia nel vizio di nullità per difetto di motivazione (indebitamente ridotta al disotto del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost.) sia nel vizio di violazione dell'art. 1226 c.c. (Cass. n. 22272/2018; Cass. n. 18795/2021).

Nel caso di specie, l'anzidetta complessiva ponderazione è stata compiuta dalla Corte territoriale - là dove, invece, come precisato nella stessa sentenza impugnata (pp. 39 e 40), il giudice di primo grado aveva riconosciuto il range tabellare massimo al coniuge e ai due figli in assenza di qualsiasi motivazione in ordine ai criteri e alle eventuali particolari circostanze del caso concreto utilizzati -, la quale, pertanto, non ha errato nel procedere ad una (ri)determinazione del danno da perdita del rapporto parentale secondo i parametri tabellari fondati sul punto variabile allora esistenti, ovvero in base alle tabelle del Tribunale di Roma del 2016.

5.4. - censure concernenti la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale: il "quantum debeatur".

Esame dei motivi: a) ottavo del ricorso principale A.A.; b) primo del ricorso incidentale AmTrust.

I motivi sono inammissibili.

5.4.1. - L'ottavo motivo del ricorso dello A.A. è inammissibile, in quanto sottopone all'esame di questa Corte una ricostruzione del fatto alternativa rispetto a quella accertata dal giudice di merito.

La Corte territoriale ha escluso, con una valutazione insindacabile in tale sede, che le preesistenti condizioni cliniche del paziente potessero assumere una qualche rilevanza ai fini della liquidazione di un danno oltre i limiti tabellari, valorizzando, in merito al carcinoma della colecisti, la efficacia risolutiva della colecistectomia eseguita e, in merito alle pregresse patologie respiratorie ed epatiche del paziente, l'assenza di una loro incidenza rispetto alla riduzione delle aspettative di vita futura, tanto da essere state ritenute compatibili, sotto il profilo anestesiologico, con l'intervento stesso.

Per potersi parlare di concorso di cause, naturali e umane, rilevante ai fini della liquidazione del danno (in quanto le prime semmai incidenti soltanto sul piano della causalità giuridica) è, in ogni caso, necessario che le stesse - cause naturali preesistenti e condotta umana colpevole - si inseriscano nella medesima serie causale produttiva dell'evento di danno; circostanza che non emerge dalla motivazione della sentenza impugnata, che riconduce causalmente il decesso del paziente esclusivamente all'accertato errore medico la cui consistenza, indipendentemente dal pregresso quadro clinico, ha cagionato la morte del paziente.

Pertanto, la Corte non ha affatto errato - in sede di quantificazione del risarcimento del danno - nel reputare irrilevante il pregresso quadro clinico del paziente.

5.4.2. - In via preliminare all'esame del motivo di ricorso incidentale dell'AmTrust, va superata l'eccezione di inammissibilità del ricorso medesimo, prospettata dai controricorrenti D.D. e C.C. e B.B., per inesistenza della

notifica in quanto l'atto introduttivo del giudizio di cassazione sarebbe stato notificato a mezzo PEC ai rispettivi avvocati, anziché alle parti nel domicilio eletto presso lo studio dei rispettivi difensori.
Il vizio prospettato dai controricorrenti - come correttamente precisato anche da AmTrust con la memoria ex art. 380-bis.1 c.p.c. - deve essere anzitutto riqualificato in termini di nullità, attenendo lo stesso alle modalità con cui è stato portato a compimento il procedimento notificatolo.
In particolare, affinché la notifica di un atto possa ritenersi esistente, benché nulla, è necessario che la stessa acceda all'atto che si intende notificare; può poi accadere che la notifica sia nulla per le modalità con le quali viene portato a compimento il procedimento notificatorio, per l'irregolarità dello stesso e per l'inidoneità ad assicurare l'avvenuta comunicazione dell'atto che tuttavia ne deve costituire l'oggetto (Cass. n. 30044/2022).
Nella specie, l'Avv. Stefano Rossi - come confermato dalla relata di notifica a mezzo PEC allegata al ricorso - ha notificato il ricorso all'Avv. Guido Ponziani e all'Avv. Vincenzo Colaiacovo, quali procuratori costituiti in secondo grado, rispettivamente, di D.D. e di C.C. e B.B.;
notifica che, contenendo tutti i dati necessari per identificare la riferibilità della PEC al procedimento in cui sono coinvolti i loro assistiti, non avrebbe potuto ingenerare alcun tipo di confusione in ordine alle parti destinatarie della stessa.
Pertanto, la circostanza che l'atto introduttivo sia stato notificato a mezzo PEC utilizzando la seguente relata di notifica "all'avv. Guido Ponziani, quale procuratore costituito in secondo grado di D.D.", invece di essere notificato a "D.D. nel domicilio eletto presso lo studio del suo difensore", integra gli estremi di una mera irregolarità tale da non dispiegare alcun effetto in ordine a quello che è il fine dello strumento della notifica: portare a conoscenza delle parti coinvolte nel giudizio l'atto (nel caso, il ricorso) e il suo contenuto, affinché possa essere garantito il contraddittorio mediante l'eventuale proposizione delle pertinenti difese (nel caso, con il controricorso).
Peraltro, la effettuata notifica - indipendentemente anche dal vizio formale denunciato dalla parte - ha raggiunto il proprio scopo, essendo il ricorso a conoscenza delle parti, mediante i nominati difensori, e avendo le parti stesse proposto tempestivamente autonomi controricorsi, con la conseguenza che non è ravvisabile alcuna lesione del diritto alla difesa.
5.4.2.1. - Il motivo è inammissibile.
Con esso non è colta la ratio decidendi della sentenza impugnata, la quale, in riferimento alla liquidazione del danno non patrimoniale in favore dei figli superstiti di E.E., ha applicato in modo corretto la tabella romana non avendo affatto considerato i punti tabellari (4 nel massimo) relativi al profilo della "convivenza" con il padre, così da dar luogo, per l'appunto, ad un risarcimento non parametrato a detto criterio e, quindi, "abbattuto" rispetto a quello del coniuge del defunto, in cui il parametro della convivenza è stato considerato ed i punti sono stati assegnati nella misura massima.
5.5. - censura concernente la liquidazione del danno "iure hereditatis".
Esame del nono motivo del ricorso principale A.A.
Il motivo è infondato.
5.5.1. - La motivazione affetta da anomalia che la rende al di sotto del c.d. "minimo costituzionale", così da integrare violazione di legge (artt. 111, comma sesto, Cost., 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.), è vizio - attinente all'esistenza della motivazione in sé e deve risultare dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali - che si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione (tra le molte, Cass., S.U., n. 8053/2014).
In particolare, poi, la motivazione è solo "apparente" quando, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, giacché recante argomentazioni obbiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture. Cass., S.U., n. 22232/2016; Cass. n. 22022/2017; Cass. n. 21037/2018; Cass. n. 27112/2018).
Nella specie, la Corte territoriale (cfr. p. 44 della sentenza impugnata) ha ritenuto che il paziente ", lungi dall'essersi trovato in stato di incoscienza, ebbe piena contezza e percezione non solo della sofferenza fisica determinata dalla lesione intestinale e dalla infezione che da questa scaturì, ma anche del successivo aggravamento delle proprie condizioni di salute che ne compromise gradualmente varie funzioni (ma non anche quella cerebrale o cognitiva) fino a condurlo al decesso, esito del quale egli fu pienamente in grado di rappresentarsi l'imminenza". E tanto il giudice di appello ha, in particolar modo, desunto - nell'esercizio del potere riservatogli di valutazione delle prove agli atti del giudizio (delle quali ha indicato, in modo sufficiente, le rispettive fonti) - "oltre che dalla documentazione sanitaria, dalle testimonianze rese dalle infermiere cui, nelle ore successive all'intervento, il E.E. chiese la somministrazione di un antidolorifico accusando dolori all'addome".
La motivazione della sentenza impugnata si mostra, dunque, affatto intelligibile nel suo sviluppo logico, privo di insanabili contraddizioni (là dove anche la richiesta del paziente di un antidolorifico depone proprio per l'assenza di uno stato di incoscienza) e, dunque, rispettosa del c.d. "minimo costituzionale".
6. - Conclusioni.
Vanno, dunque, rigettati tutti i ricorsi, quello principale dello A.A. e quelli incidentali della Omissis Assicurazioni Spa e della ASL n. 1 Avezzano – Sulmona - L'Aquila.
Tutti i ricorrenti, in solido tra loro, devono essere condannati al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore delle parti controricorrenti, da un lato, D.D. e, dall'altro, C.C. e B.B., come liquidate in dispositivo, tenuto conto anche della sostanziale identità delle difese spiegate dai predetti controricorrenti avverso le proposte impugnazioni.
Vanno, invece, integralmente compensate le spese del presente giudizio tra tutti i ricorrenti e le compagnie di assicurazione controricorrenti, non essendo le impugnazioni rivolte contro quest'ultime e, quindi, essendo la notificazione dei ricorsi da reputarsi effettuata al mero scopo di Utis denuntiatio.

P.Q.M.

rigetta il ricorso principale ed entrambi i ricorsi incidentali;
condanna tutti i ricorrenti, in solido tra loro, pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida, in favore sia di D.D., che di C.C. e B.B., in euro 7.200,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge;
compensa integralmente le spese del giudizio di legittimità tra tutti i ricorrenti e le controricorrenti Omissis Insurance

Company (Europe) Ltd e Omissis Insurance Company (Europe) Ltd.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale e dei ricorrenti incidentali, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale e per i ricorsi incidentali, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di E.E. ivi riportati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, l'8 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria il 23 aprile 2024.

Responsabilità medica, il ruolo strategico della CTU

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11137; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

In materia di responsabilità medica l'impossibilità per il consulente tecnico di ufficio (percipiente) di accertare, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, un fatto principale sussiste solo se la parte non assolve l'onere di allegazione dello stesso a fondamento della domanda (o dell'eccezione, salvo, quanto a quest'ultime, che non si tratti di fatto principale rilevabile d'ufficio), poiché, in difetto di tale allegazione, sarebbe violato il principio dispositivo in senso materiale, risultando indebitamente ampliati i limiti della domanda.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. Con il primo motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. in relazione all'art. 360 comma 1, n. 3 c.p.c.; Violazione e falsa applicazione degli artt. 99, 101, 112, 115 e 116 c.p.c., nonché degli artt. 62, 194 cpc e 90 disp. att. cpc, dell'art. 111 Cost. (principio del giusto processo) in relazione all'art. 360 comma 1, n. 4 c.p.c.".
Il ricorrente censura la sentenza d'appello per avere fondato la sua decisione unicamente sulla relazione della consulenza tecnica d'ufficio svolta in primo grado, così indebitamente ritenendo provati l'inadempimento del medico e il nesso causale con le lesioni lamentate dalla paziente, sulla base di un atto (la CTU) che non potrebbe costituire fonte di prova, se non nei limiti in cui essa, nelle forme della consulenza percipiente, sia indispensabile all'acquisizione di fatti impossibili da provare per le parti, poiché verificabili solo con il possesso di specifiche cognizioni tecnico-scientifiche.
Osserva che il CTU, alla stregua del prevalso orientamento giurisprudenziale, non potrebbe mai indagare su questioni non prospettate dalle parti, né accertare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, perché violerebbe il principio che addossa alle parti l'onere della prova, salva l'ipotesi dell'impossibilità assoluta ed oggettiva, per le parti, di provare quei fatti se non con il ricorso alla consulenza tecnica.
Sostiene che nella CTU svolta in primo grado si rinverrebbero, invece, "deduzioni e presunzioni" dei consulenti - recepite nella sentenza impugnata -su fatti posti a fondamento della domanda dell'attrice e delle eccezioni del convenuto (in particolare: l'omessa o errata esecuzione della c.d. manovra di "pinzamento" nella fase progettuale dell'intervento; le potenziali cause o concause delle lesioni, costituite dal comportamento della paziente; la completezza del consenso informato da essa acquisito per l'intervento al seno) il cui accertamento non competeva ai CTU, ma era onere delle parti provare, trattandosi di circostanze storiche accertabili con i tradizionali mezzi di prova.
Afferma che la violazione, da parte del consulente, del principio dispositivo e delle preclusioni assertive ed istruttorie, concreterebbe nullità assoluta della CTU, rilevabile d'ufficio, di cui invoca la declaratoria.
1.1. Il motivo è infondato.
In via generale, va ribadito il principio (sul quale cfr., ad es., Cass. 08/02/2019, n. 3717 e Cass. 24/06/2020, n. 12387), secondo cui la consulenza tecnica d'ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Questi, peraltro, può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente); pertanto la consulenza tecnica d'ufficio è un atto processuale che svolge sì la funzione di ausilio del giudice nella valutazione dei fatti e degli elementi acquisiti (consulenza c.d. deducente), ma che, in determinati casi (come nell'ambito della responsabilità sanitaria, in cui si iscrive la fattispecie in esame), costituisce fonte di prova per l'accertamento dei fatti (consulenza c.d. percipiente).
Con riguardo alla questione del rispetto del principio dispositivo e delle preclusioni assertive ed istruttorie in relazione ai fatti principali, va poi, più in particolare, osservato che è necessario ma anche sufficiente, a tal fine, che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche.
Pertanto, **l'impossibilità per il consulente percipiente di accertare, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, un fatto principale sussiste solo se la parte non assolve l'onere di allegazione dello stesso a fondamento della domanda (o dell'eccezione, salvo, quanto a quest'ultime, che non si tratti di fatto principale rilevabile d'ufficio), poiché, in difetto di tale allegazione, sarebbe volato il principio dispositivo in senso materiale, risultando indebitamente ampliati i limiti della domanda (Cass. 01/02/2022, n. 3086, Rv. 663786 - 02).**
Quando, invece, l'onere di allegazione del fatto principale sia stato assolto, il limite all'attività del consulente concerne l'acquisizione delle prove documentali non dedotte dalle parti nel rispetto delle preclusioni istruttorie, in quanto è onere delle parti provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni (salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio) e in quanto, in difetto dell'allegazione probatoria di parte, sarebbe volato il principio dispositivo in senso formale, ponendosi a fondamento della decisione prove non dedotte dalle parti; pertanto l'acquisizione "officiosa" del consulente, prescindendo dall'allegazione probatoria delle parti e dalle preclusioni istruttorie vigenti a loro carico, è circoscritta, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, ai documenti diretti provare fatti diversi dai fatti principali (Cass. 01/02/2022, n. 3086, Rv. 663786 - 03).
Nella fattispecie in esame, lo stesso ricorrente espone che con la domanda introduttiva B.B. aveva allegato di aver riportato, a causa dell'imperita esecuzione dell'intervento di mastoplastica addominale -"problematiche nel decorso post-operatorio costituite da una tensione della parete addominale, sofferenza tissutale a livello della cicatrice sovra pubica e della cute periombelicale, evolutasi in necrosi", nonché

"disestesie persistenti in sede cicatriziale" (p.5 del ricorso); evidenzia, inoltre, che egli, nell'invocare il rigetto della domanda, aveva eccepito "di aver svolto l'attività chirurgica dopo aver eseguito disegni preoperatori anche sotto trazione (cd. "pinzamento")" e che "la complicanza verificatasi nella zona sotto e sopra ombelicale era da attribuirsi in via esclusiva alla paziente ... all'esito della ridotta irrorazione dei vasi che aveva generato una necrosi locale dei tessuti per (a) eccesso di tensione locale a causa dell'errata applicazione della fascia contenitiva utilizzata da parte della paziente nella fase post intervento senza il rispetto delle istruzioni fornite al momento della sua applicazione in sede di dimissione, nonché di quelle presenti nella stessa confezione acquistata dalla paziente; (b) fumo di tabacco della paziente (30 sigarette die), non interrotto nella fase pre e post intervento in violazione dalle indicazioni cliniche fornite dal medico" (pp.5-6 del ricorso).

Pertanto, sia l'omessa o errata esecuzione della c.d. manovra di "pinzamento" nella fase progettuale dell'intervento, sia le potenziali cause o concause delle lesioni, costituite dal comportamento della paziente, erano circostanze rientranti nei fatti principali già posti a fondamento della domanda e delle eccezioni, dovendosi pure ricordare, con precipuo riferimento alle fattispecie di responsabilità sanitaria, che, sebbene gravi sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie in ordine all'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario (Cass. 19/05/2004, n. 9471; v. anche Cass.26/07/2012, n. 13269 e, da ultimo, Cass.15/0372024, n. 7074).

Il rilievo dell'assoluzione dell'onere di allegazione dei fatti principali posti a fondamento della domanda, induce a concludere che la CTU percipiente disposta dal giudice di primo grado ben poteva procedere, senza violare il principio dispositivo in senso materiale, all'accertamento di tali fatti, non essendo dubbio, tra l'altro, che l'apprezzamento del carattere imperito dell'esecuzione della manovra di "pinzamento" e, più in generale, delle cause dell'inestetismo addominale lamentato dalla attrice (salvo quanto si dirà, infra, in relazione al consenso informato) richiedesse specifiche cognizioni tecniche.

Il primo motivo di ricorso va dunque rigettato.

2. Con il secondo motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione degli artt. 115, 116, 342, 346 e 359 c.p.c., in relazione all'art. 360 comma 1, n. 4 c.p.c.".

La sentenza impugnata è censurata per non avere ammesso le istanze istruttorie dedotte da A.A. (già rigettate in primo grado e reiterate in appello), aventi ad oggetto l'interrogatorio formale dell'attrice e una prova per testimoni su "circostanze rilevanti per la decisione della causa, sia relativamente all'esistenza o meno del nesso causale tra l'asserita colpa del chirurgo e gli esiti dell'intervento, sia per l'accertamento dell'errore medico nella fase preparatoria dell'intervento (disegno e "pinzamento"), nonché in merito alla pretesa insufficienza del consenso informato" (p.26 del ricorso).

2.1. Il motivo è inammissibile, in quanto diretto a censurare l'insindacabile giudizio del giudice del merito sulla irrilevanza delle prove dedotte (in tema cfr. Cass. 06/11/2023, n. 30810), dal momento che la reiezione delle istanze istruttorie è stata fondata, oltre che sulla presunta mancata riproduzione dei capitoli nell'atto introduttivo del giudizio di secondo grado (circostanza contestata dal ricorrente, che ha invece sostenuto di aver "riprodotto" i capitoli di prova da 2 a 16 nell'atto di appello: p.27 del ricorso), anche sul rilievo che non era stato specificamente censurato il diniego del primo giudice, fondato sulla natura tecnica delle questioni, nonché sul consequenziale rilievo che la prova testimoniale non poteva avere ad oggetto valutazioni tecniche.

3. Con il terzo motivo viene denunciata "Violazione e falsa applicazione degli artt. 99, 101, 112 e 132 c.p.c., in riferimento all'art. 360 n. 4 c.p.c.; Violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1226, 2043, 2056 e 2697 cod. civ. in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c.".

La decisione d'appello è censurata perché - pur avendo accertato, da un lato, "l'assenza di responsabilità del chirurgo per gli inestetismi residuati al seno"e pur avendo preso atto, dall'altro, "che l'indicazione della misura di danno biologico fornita dai CTU - e recepita in sentenza - si riferisse effettivamente al complesso degli inestetismi rilevati (seno più addome)", ha nondimeno confermato l'operata valutazione del danno biologico imputabile al professionista nella misura del 12% "in "conseguenza del rilievo di deficit informativo nei confronti della paziente, limitatamente all'intervento al seno, che si è risolto nel giudizio di responsabilità del chirurgo anche per tale complicanza"" (p.29 del ricorso).

Il ricorrente ricorda, in linea generale, il principio secondo il quale l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente è autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico, comportando la violazione di due distinti diritti, l'uno relativo alla libertà di autodeterminazione e l'altro alla salute; con la conseguenza che la violazione del principio del consenso informato sotto il profilo della lesione del diritto all'informazione e della libera e consapevole autodeterminazione, ex art. 32 Cost., costituisce un'autonoma e differente causa petendi della pretesa risarcitoria azionata.

Osserva che, nella fattispecie (come, del resto, "certificato" dalla sentenza di primo grado), l'attrice B.B. non aveva proposto autonoma e specifica domanda di risarcimento del danno per lesione del diritto all'autodeterminazione conseguente a violazione del dovere informativo del medico, né aveva allegato o provato che, se correttamente informata, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento.

Sostiene che, pertanto, la sentenza d'appello, per un verso, ha riconosciuto, in violazione delle norme di diritto sostanziale indicate in rubrica, un risarcimento non dovuto per gli esiti di un intervento (quello al seno) correttamente eseguito; per altro verso, agganciando tale risarcimento all'accertata violazione dell'obbligo informativo, ha pronunciato oltre i limiti della domanda, incorrendo nel vizio di extra-petizione.

Soggiunge che, inoltre, la decisione impugnata presenterebbe anche un vizio di motivazione costituzionalmente rilevante, con conseguente nullità ex art. 132 n.4, cod. proc. civ., recando, da un lato, l'affermazione che gli inestetismi al seno non erano imputabili a colpa medica e, dall'altro, la contraddittoria affermazione (in irriducibile contrasto con la prima) che tali inestetismi concretavano un pregiudizio risarcibile per difetto di consenso.

Conclude che, per non incorrere in consimili vizi, la Corte territoriale avrebbe dovuto - previa riconvocazione dei CTU o rinnovazione della perizia -scomputare gli esiti dell'intervento al seno dal danno biologico-estetico complessivamente valutato nella misura del 12%, liquidando, a titolo risarcitorio, i soli postumi dell'intervento all'addome, che, all'esito del detto scomputo, avrebbero potuto essere quantificati "in misura compresa nelle micropermanenti regolate dal DM

Salute 03.07.2003 (Tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra 1 e 9 punti di invalidità, all. 14 fascicoletto), con sensibile ridimensionamento nella liquidazione del danno".

3.1. Il motivo è fondato.

La violazione del dovere di informare il paziente può costituire il presupposto sia del risarcimento di conseguenze dannose della lesione del diritto all'autodeterminazione, ex art.32 Cost., sia del risarcimento di conseguenze dannose della lesione del diritto alla salute (ex aliis, Cass. 11/11/2019, n. 28985 e, da ultimo, Cass.12/06/2023, n. 16633).

Peraltro, la liquidazione tanto delle prime quanto delle seconde presuppone - prima ancora della prova, gravante sul danneggiato, della circostanza che, se correttamente informato, egli avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti - la specifica allegazione della violazione del principio del consenso informato, quale lesione del diritto all'informazione, come fatto posto a fondamento della domanda, costituendo, essa violazione, una causa petendi della pretesa risarcitoria diversa da quella fondata sull'inadeguatezza tecnica dell'intervento praticato in esecuzione della prestazione professionale.

Nel caso di specie, risulta non solo che l'attrice B.B. aveva allegato, quali conseguenze dannose non patrimoniali riportate in seguito al dedotto inadempimento di A.A., esclusivamente quelle biologico-estetiche (non anche quelle derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione); ma risulta altresì che il danno biologico-estetico era imputato unicamente alla violazione delle leges artis della prestazione professionale e non anche alla violazione dell'obbligo informativo, causa petendi del tutto estranea all'originaria domanda risarcitoria.

La stessa sentenza impugnata pone in evidenza, al riguardo, che il giudice di primo grado aveva escluso che una domanda risarcitoria per violazione del dovere informativo fosse stata proposta (p.6, in fine).

Tale statuizione, sfavorevole all'attrice, in mancanza di impugnazione da parte di quest'ultima, aveva acquisito efficacia di giudicato, sicché indebitamente è stata rimessa in discussione in grado d'appello, con l'osservazione - da reputarsi svolta non solo extra petita ma anche in violazione del principio del giudicato - che "la tematica del consenso informato" era stata "introdotta in giudizio" ed era "entrata nel contraddittorio" (p.19 della sentenza impugnata) a seguito delle eccezioni del convenuto, cui l'attrice aveva replicato con la memoria di cui all'art.183, sesto comma, cod. proc. civ..

Esclusa la proposizione di una domanda risarcitoria fondata sulla violazione dell'obbligo del medico di informare il paziente (tanto per far valere conseguenze derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, tanto per far valere conseguenze derivanti dalla lesione del diritto alla salute), la Corte d'appello non poteva quindi fondare su tale violazione l'accertamento del diritto al risarcimento del pregiudizio biologico-estetico conseguito all'intervento al seno; piuttosto, una volta accertato che tale intervento era stato correttamente eseguito nell'osservanza delle regole della tecnica chirurgica, avrebbe dovuto scomputare, dal danno biologico complessivo risarcibile, quello imputabile al detto intervento, liquidando il risarcimento sulla base dei soli postumi dell'intervento all'addome.

Il motivo di ricorso in esame è, dunque, fondato e deve essere accolto.

4. Con il quarto motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. in riferimento all'art. 360 n. 4 c.p.c.; Violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1226, 1227, 2043 e 2058 cod. civ. in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c.".

La decisione d'appello è censurata per avere omesso di provvedere sul motivo di gravame con cui era stata impugnata la statuizione del primo giudice diretta ad escludere la riduzione del risarcimento in applicazione del principio (asseritamente fondato sugli artt. 1227 e 2058 cod. civ.), secondo cui, ove la lesione sia emendabile con un successivo trattamento medico, va liquidato il minore importo tra il danno biologico complessivo originario e quello costituito dalla somma tra il costo dell'intervento riparatore e l'eventuale danno biologico residuato.

Il ricorrente premette che, in sede peritale, era stata accertata la (relativa) emendabilità, con successivi interventi chirurgici, sia dei postumi al seno (nella misura dell'80-90% con un costo pari a circa 7.000,00 Euro), sia dei postumi all'addome (nella misura del 20-30% con un costo di 3.000-6.000 Euro).

Soggiunge che, ove si fosse tenuto conto del principio per cui il danno biologico non può essere liquidato in misura maggiore rispetto all'importo necessario per la riparazione dello stesso (atteso che, diversamente, si creerebbe un ingiusto danno a carico dell'obbligato), già il giudice di prime cure avrebbe dovuto ridurre il risarcimento, scomputando dal danno complessivo del 12% il grado di inabilità permanente residuando all'esito degli interventi riparatori (valutabile intorno al 9% e, quindi, liquidabile - in applicazione delle tabelle sulle lesioni micropermanenti di cui al DM 3 luglio 2003 - nella somma di Euro 15.619,28), cui avrebbe dovuto aggiungere il costo degli interventi riparatori (valutabile, nella sua entità massima, in Euro 13.000).

Conclude che la statuizione del primo giudice, diretta a negare la riduzione del risarcimento in applicazione dell'invocato principio, era stata specificamente impugnata dinanzi alla Corte d'appello, la quale, ove avesse debitamente svolto la predetta operazione nel giudizio di secondo grado, avrebbe liquidato alla sig.ra B.B., anziché la somma di Euro 35.793,00 (soggetta dapprima a devalutazione e quindi ad aumento per rivalutazione ed interessi legali), la minor somma di Euro 28.619,28, derivante dalla sommatoria dell'importo di Euro 15.619,28 (danno pari al 9% per persona di 23 anni al fatto) con l'importo di Euro 13.000,00 (costo massimo per gli interventi riparatori ove svolti separatamente).

4.1. Il motivo è infondato.

Va premesso che non sussiste il denunciato vizio di omessa pronuncia, poiché la Corte d'appello non ha omesso di provvedere sul motivo di gravame (il quinto, stando all'illustrazione contenuta nella sentenza impugnata: p.22), con cui era stato censurato il rigetto dell'invocato contenimento della liquidazione del danno biologico entro i limiti dell'importo necessario per la riparazione dello stesso.

La Corte territoriale, infatti, ha preso in esame questo motivo di appello, ma ha ritenuto che esso non fosse diretto ad invocare il contenimento del quantum debeatur nei limiti della minor somma tra quella risultante dalla liquidazione del danno biologico originario e quella risultante dalla liquidazione del danno biologico successivo agli interventi riparatori, aumentata dell'importo pari al costo di tali interventi; la Corte di merito ha infatti statuito che "non è ... possibile da un lato escludere il ristoro per i costi dell'eventuale re-intervento dal novero delle spese risarcibili e, dall'altra, contestualmente ridurre anche la percentuale di danno biologico liquidabile a quella inferiore eventualmente residuale all'intervento

riparatore", così mostrando di intendere la doglianza come diretta a ridurre il risarcimento al solo danno residuo, ponendo a carico della danneggiata i costi degli interventi riparatori.
Così intesa la censura, la Corte d'appello l'ha reputata infondata, sul rilievo che, appunto, l'appellante non aveva invocato "la necessità di effettuare una comparazione fra liquidazione pecuniaria del danno biologico assoluto e liquidazione del danno residuale agli interventi riparatori + costo di tali interventi onde liquidare il minor danno, ma solo la riduzione della percentuale di danno biologico".
La Corte territoriale ha, però, aggiunto anche un'ulteriore ratio decidendi alla statuizione di reiezione del motivo di gravame, fondata sul rilievo che l'"appellata" non aveva "proposto appello incidentale volto ad ottenere la liquidazione del danno patrimoniale relativo al costo degli interventi riparatori, piuttosto che la liquidazione del danno biologico attuale".
Questa ulteriore ratio decidendi è idonea a rispondere al quinto motivo d'appello inteso nel senso oggi precisato dal ricorrente, quale censura diretta a sindacare la reiezione, da parte del primo giudice, dell'invocata riduzione del risarcimento in applicazione di un principio che troverebbe il suo fondamento nella combinazione dell'istituto del risarcimento in forma specifica (art.2058 cod. civ.) con quello che impone al danneggiato di evitare l'aggravamento del danno (art.1227, secondo comma, cod. civ.).
La pretesa formulata dal ricorrente - di liquidazione del minor danno tra quello biologico immediatamente conseguente al trattamento sanitario e quello costituito dal costo degli interventi necessari per la sua eliminazione, sommato all'eventuale danno biologico residuale -, in quanto basata sui predetti istituti, era infatti infondata nel caso di specie: atteso, da un lato, che - come esattamente ricordato dalla Corte territoriale con la seconda ratio decidendi del rigetto del quinto motivo di gravame - la legittimazione a chiedere il risarcimento in forma specifica compete al danneggiato; e considerato, soprattutto, dall'altro lato (ed in tal senso va corretta, in via integrativa, la motivazione del giudice d'appello), che il fondamento del dovere del danneggiato di evitare l'aggravamento del danno risiede nel principio di buona fede oggettiva, quale principio specificantesi, in particolare, nel canone di salvaguardia dell'utilità della controparte nei limiti del proprio sacrificio personale o economico: limiti che sarebbero violati se, per adempiere a tale dovere, si imponesse al danneggiato di sottoporsi ad un intervento chirurgico.
Il quarto motivo di ricorso, pertanto, deve essere rigettato.
5. Con il quinto motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione degli artt. 99, 101 e 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360 n. 4 c.p.c.; Violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1225, 1226, 1227, 2043 e 2056 cod. civ. in riferimento all'art. 360 n. 3 c.p.c.".
La sentenza impugnata è censurata per avere compreso, nella determinazione della misura del danno risarcibile, oltre al danno biologico, anche il costo di tutte le spese mediche pagate dalla paziente alle strutture sanitarie (in particolare, La clinique-Cosmesurge), non citate in giudizio, complessivamente indicate nella CTU in Euro 11.765,00.
Questa statuizione sarebbe illegittima, in quanto: a) l'attrice non avrebbe formulato una domanda restitutoria delle spese mediche nell'ambito di un'azione di risoluzione contrattuale proposta nei confronti della struttura, sua controparte negoziale; b) essa non avrebbe domandato il risarcimento del danno patrimoniale nell'ambito della domanda risarcitoria formulata nei confronti del chirurgo, circoscritta al danno non patrimoniale; c) anche ove avesse esteso alle spese mediche la domanda risarcitoria, sarebbero difettati i presupposti dell'ingiustizia del danno, della riferibilità all'operato del chirurgo e della loro prevedibilità, necessari per riconoscere il diritto al risarcimento di tale voce di danno patrimoniale; d) in ogni caso, essa voce di danno non avrebbe dovuto essere riconosciuta alla paziente, in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza, ex art. 1227, secondo comma, cod. civ., mediante domanda di risoluzione del contratto nei confronti della struttura sanitaria, con richiesta di ripetizione delle somme ad essa versate.
5.1. Il motivo è infondato e, in parte, persino inammissibile.
Non rileva la mancata proposizione del rimedio della risoluzione del contratto con annessa domanda restitutoria nei confronti della struttura sanitaria, poiché la somma corrispondente alle spese mediche sostenute (corrispettivo versato alla struttura e spese per esami diagnostici e farmaci) è stata liquidata all'attrice quale danno patrimoniale conseguente all'inesatto adempimento della prestazione professionale da parte del chirurgo; dunque, in accoglimento della domanda risarcitoria proposta nei confronti del professionista.
Le spese inutilmente affrontate dal danneggiato per l'ottenimento di una prestazione rimasta inadempiuta costituiscono una evidente ipotesi di danno emergente che si pone in rapporto di conseguenzialità immediata e diretta con l'evento dannoso derivato dall'inadempimento, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., sicché risulta infondato il rilievo sul difetto dell'"ingiustizia" del danno, della "riferibilità all'operato del chirurgo" e della "prevedibilità".
Parimenti infondata è la deduzione circa la mancata ricomprensione del danno patrimoniale da spese mediche nella domanda risarcitoria originariamente formulata da B.B., atteso che dalla dettagliata illustrazione del contenuto della citazione introduttiva del primo grado di giudizio, compiuto dalla sentenza impugnata (p.5), risulta che l'attrice aveva domandato - oltre al danno biologico, permanente e temporaneo, e alla "personalizzazione" - anche le spese mediche, quantificandole nella somma di Euro 12.036,00.
Quanto, infine, all'eventuale violazione, da parte dell'attrice, del dovere di evitare l'aggravamento del danno, la specifica doglianza è persino inammissibile, poiché - integrando la violazione di tale dovere, da parte del danneggiato, l'oggetto di una eccezione in senso stretto: v. già Cass. 02/04/2001, n. 4799; più recentemente, Cass. 19/07/2018, n. 19218), il ricorrente avrebbe dovuto indicare espressamente, eventualmente mediante trascrizione in ricorso, l'atto processuale in cui aveva tempestivamente sollevato tale eccezione.
Il quinto motivo di ricorso, dunque, va complessivamente rigettato.
6. Con il sesto motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 132 c.p.c., in riferimento all'art. 360 n. 4 c.p.c.; Violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1226, 2043 e 2056 cod. civ. e del D.M. Salute 03/07/2003".
La sentenza impugnata è censurata per avere escluso l'applicabilità del D.M. 3 luglio 2003, recante le "Tabelle delle menomazioni all'integrità psicofisica compresa tra 1 e 9 punti di invalidità".
Secondo il ricorrente, questa tabella avrebbe dovuto essere applicata, in considerazione della "tipologia di danno estetico subito dalla paziente", specificamente disciplinata nel detto decreto ministeriale, il quale, nel descrivere il pregiudizio estetico lieve liquidabile fino al 5% , vi ricomprendeva le "cicatrici lineari anche di grandi dimensioni al tronco o agli

arti" e, nel descrivere il pregiudizio estetico da lieve a moderato, con una liquidazione dal 6% al 9%, vi ricomprendeva le "estese aree cicatriziali al tronco o agli arti"; pertanto, "per inestetismi come quelli residuati alla paziente", il DM 3 luglio 2003 aveva "previsto percentuali di danno liquidabili non oltre i 9 punti percentuali complessivi" con conseguente non condivisibilità della "diversa valutazione medico legale della lesione in termini percentuali", operata dal CTU nella maggior misura del 12% (pp.38-39 del ricorso).

6.1. Il motivo è manifestamente inammissibile, impingendo nella valutazione di fatto sull'entità del danno biologico-estetico, formulata dal giudice del merito all'esito della disposta ed espletata consulenza medico-legale.

7. In definitiva, va accolto il terzo motivo; vanno rigettati il primo, il quarto e il quinto; vanno dichiarati inammissibili il secondo e il sesto.

La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto con rinvio alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, che provvederà a rinnovare la liquidazione del risarcimento del danno spettante a B.B., previa esclusione dei postumi non patrimoniali specificamente derivanti dall'intervento di mastopessi e mastoplastica additiva al seno. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità (art. 385, terzo comma, cod. proc. civ.).

8. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, si dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi del ricorrente, della controricorrente e delle altre persone in esso menzionate.

P.Q.M.

la Corte accoglie il terzo motivo di ricorso; rigetta il primo, il quarto e il quinto; dichiara inammissibili il secondo e il sesto. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi del ricorrente, della controricorrente e delle altre persone in esso menzionate.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 8 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria il 24 aprile 2024.

Responsabilità medica, successione delle leggi nel tempo e riparto dell'onere della prova

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11166; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

In tema di responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni professionali (tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica, anteriormente alla L. n. 24/2017), è onere del creditore-danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua inimputabilità all'agente.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. - Le signore A.A., B.B., C.C., D.D.,, con il primo motivo di ricorso, denunciano la violazione e falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360, comma primo, numero 3 c.p.c., nonché di disposizioni in tema di funzionamento del giudizio ai sensi dell'art. 360, primo comma, numero 4 c.p.c. e la violazione dell'art. 132, secondo comma, numero 4 c.p.c. con conseguente violazione del principio che regola il giusto processo.

Le ricorrenti sostengono che la motivazione della Corte d'appello sia meramente apparente, non fornisca in realtà nessuna risposta alle critiche mosse dalle appellanti alla decisione di primo grado, limitandosi a condividere le osservazioni a chiarimenti svolte dal consulente tecnico. Sottolineano che la sentenza impugnata non ha considerato che si trattava di un intervento classificato di routine, con conseguente inversione dell'onere probatorio, spettando al professionista, in caso prestazione professionale medico chirurgica di routine, superare la presunzione secondo la quale le eventuali complicanze si siano verificate per omessa o insufficiente diligenza professionale o per imperizia, essendo a suo carico l'onere di dimostrare che le stesse siano derivate da un evento imprevisto e imprevedibile sulla base della diligenza qualificata che ci si poteva attendere dal medico e sulla base delle conoscenze scientifiche del momento.

Lamentano che la corte d'appello, non rispettando le regole di ripartizione degli oneri probatori, si sarebbe limitata ad escludere la responsabilità dei sanitari affermando che erano insorte complicanze postoperatorie.

Aggiungono le ricorrenti che le operazioni cosiddette routinarie andrebbero inquadrate nelle obbligazioni di risultato, spettando al sanitario, in caso di mancato buon esito dell'intervento, fornire la prova di aver agito secondo la diligenza e la perizia richieste nel caso concreto.

2. - Il motivo è del tutto generico, e complessivamente inammissibile.

Esso non si confronta affatto con la motivazione della sentenza impugnata, la cui ricostruzione dei fatti ed il cui percorso motivazionale non riporta neppure, dando per scontata la propria ricostruzione in fatto del tutto scissa di riferimenti sia al provvedimento impugnato che alle evidenze istruttorie, non richiamando neppure la propria c.t. di parte o gli atti del processo.

La stessa ricostruzione dei fatti per come riportata dalle ricorrenti è a tal punto lacunosa che non consente di comprendere la reale dinamica degli eventi.

La motivazione della sentenza impugnata, per contro, è tutt'altro che apparente ed anzi accurata, contrariamente al ricorso, nel descrivere le condizioni del paziente, del quale si dice che, presentatosi nel marzo 2009 in ospedale per il ricovero, presentava una anamnesi positiva alla ricomparsa di angina da sforzo con test ergometrico positivo ad elevato carico nonché alcuni fattori di rischio cardiovascolare quali dislipidemia, diabete di tipo secondo ed ipertensione. Si aggiunge che veniva programmato un intervento di rivascolarizzare della funzione miocardica eseguito il 20 marzo 2009. La sentenza prosegue descrivendo gli aggravamenti postoperatori della condizione del paziente, tra i quali una sofferenza addominale diffusa e infine l'insorgenza della grave disfunzione multiorgano che porta alla morte il I.I. il (Omissis).

La decisione impugnata dà atto che sia stato scelto un tipo di intervento appropriato alle condizioni effettive del paziente, risultanti dalla coronografia preoperatoria, che aveva mostrato una severissima ostruzione del tronco comune dell'albero coronarico con rigurgito ed inversione di flusso all'ostacolo ostiale, il che rendeva l'intervento di rivascolarizzare indifferibile per poter preservare la vita del paziente. La causa della morte viene individuata dal CTU, la cui ricostruzione è condivisa e fatta propria dalla corte d'appello, nella disfunzione multipla multiorgano, che il consulente mette in correlazione con l'intervento cardiochirurgico eseguito e con una progressiva insufficienza renale irreversibile nonostante gli apporti terapeutici. L'insufficienza renale determinava a sua volta il progressivo decadimento di tutte le altre funzioni, respiratoria, nervosa, epatica, fino al verificarsi del deficit multiorgano.

La Corte d'appello ricorda inoltre che il CTU ha ricondotto l'evento letale alle complicanze post operatorie che possono derivare da ogni intervento cardiochirurgico di rivascolarizzazione miocardica in un paziente delle condizioni generali complesse quali quelle del defunto signor I.I.: sessantacinquenne affetto da severa cardiopatia ostruttiva traversale, già portatore di esiti di infarto miocardico a sede inferiore subito tredici anni prima degli eventi, portatore di fattori di rischio vascolare con comparsa di recidiva di angina da sforzo.

Aggiunge, condividendo le affermazioni del c.t.u., che l'esecuzione dell'intervento senza attendere un lasso di tempo di cinque giorni dalla sospensione degli anticoagulanti,

periodo di sospensione che abitualmente si osserva, era da considerarsi corretta in relazione alle specifiche condizioni del paziente, ricordando che le linee guida sono indicazioni di carattere generale che vanno poi rimodulate in relazione al caso concreto e alle condizioni del singolo paziente. Nel caso di specie, procrastinare l'intervento per un possibile aumento del rischio emorragico non avrebbe comportato dei vantaggi ma esclusivamente dei rischi aggiuntivi. Sulla base di questa approfondita valutazione, ritiene corretta la scelta di intervenire immediatamente, aggiungendo, a riprova della correttezza della scelta medico chirurgica, che il sanguinamento intra e post operatorio fu nella norma e non ebbe alcuna incidenza sulla morte del paziente. Conclude motivatamente nel senso che i trattamenti sanitari sono stati corretti e che l'evento morte non è riconducibile al comportamento dei sanitari.

A fronte dunque di un motivo di ricorso inammissibile nella sua genericità, **vi è una motivazione accurata, che si uniforma peraltro ai principi recentemente espressi da questa Corte in tema di linee guida da seguire per gli interventi chirurgici, delle quali si è precisato che non hanno rilevanza normativa o "parascriminante", non essendo né tassative, né vincolanti, ma rappresentano un parametro utile nell'accertamento dei profili di colpa medica, e non valgono ad eliminare la discrezionalità del giudice di valutare se le circostanze del caso concreto esigano una condotta diversa da quella prescritta nelle medesime linee guida (da ultimo, sul tema, v. Cass. n. 34516 del 2023, Cass. n. 13150 del 2022)**

3. - Con il secondo motivo, le ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e dell'art. 5 e seguenti della Convenzione di Oviedo, ratificata dall'Italia tramite L. del 28 Marzo 2001 n. 145 nonché dell'art. 1325 c.c. Denunciano la violazione delle norme sul consenso informato perché il paziente avrebbe prestato il consenso per una prestazione medico chirurgica diversa rispetto a quella poi eseguita e perché l'intervento effettivamente eseguito sarebbe stato posto in essere senza avere rispettato le linee guida.

Allegano che paziente aveva prestato il consenso rispetto ad un intervento descritto come routinario, dal rischio medio basso, che avrebbe dovuto essere preceduto dalla necessaria sospensione della terapia anticoagulante. Invece, denunciano che il paziente sia stato sottoposto all'intervento prima che fossero trascorsi i cinque giorni di sospensione necessaria della terapia anticoagulante e senza aver prestato il consenso all'anticipazione dell'intervento.

Ipotizzano quindi una doppia violazione del consenso: l'intervento sarebbe stato anticipato senza consenso del paziente (e senza aver rispettato i cinque giorni di sospensione della terapia anticoagulante), senza spiegargli le caratteristiche del nuovo intervento e le conseguenze negative che potevano derivare dall'aver accelerato i tempi prima che fossero trascorsi i giorni di necessaria sospensione della terapia anticoagulante.

Richiamano i principi, trasfusi in legge contenuti nella convenzione di Oviedo e il principio espresso nell'art. 3 della carta di Nizza.

4. - Anche il secondo motivo è inammissibile per la sua genericità.

Le ricorrenti non riproducono infatti il testo del modulo di consenso sottoscritto, né ne indicano la collocazione in atti oer consentirne un'autonoma verifica. Denunciano quindi, inammissibilmente, una grave violazione del diritto di autodeterminazione del paziente, correlata alla lesione del suo diritto alla salute, senza riprodurre il contenuto della dichiarazione di consenso che ebbe a prestare il paziente né richiamarne la collocazione in atti, né richiamare alcun altro dato oggettivo.

Peraltro la sentenza impugnata motiva accuratamente in riferimento al consenso prestato dal paziente, escludendo ogni comportamento colpevolmente omissivo in capo ai sanitari: accerta che le caratteristiche dell'intervento necessario furono ben spiegate al I.I. dal medico chirurgo, gli furono spiegati i rischi, venne aggiunto a penna che l'intervento avrebbe potuto comportare anche il rischio di morte e le potenziali conseguenze neurologiche renali e emorragiche legate alla esecuzione del tipo di rivascolarizzazione chirurgica che si rendeva necessaria e accerta che il I.I. firmò il modulo del consenso, in questo modo personalizzato, nella piena consapevolezza dei rischi del trattamento. La decisione impugnata aggiunge che nella cartella clinica è indicato che il chirurgo aveva effettuato un bilancio rischi-benefici dell'operazione, inquadrando dettagliatamente le possibili complicanze alle quali avrebbe potuto andare incontro il I.I. alla luce del proprio quadro clinico e dell'anamnesi pregressa. La sentenza impugnata esclude anche che si trattasse di un'operazione a rischio medio basso, trattandosi comunque di operazione cardiochirurgica, in sé complessa e comunque indifferibile: l'intervento eseguito sul I.I. non era qualificabile quindi come intervento routinario o di semplice esecuzione e anche l'anestesista classificò il rischio anestesiologico come elevato.

Peraltro, le ricorrenti non allegano neppure che il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento se meglio informato o che si sarebbe rivolto ad altra struttura.

5 - Con il terzo motivo denunciano la violazione dei principi in materia di responsabilità contrattuale.

Sostengono che la sentenza stessa avrebbe ricostruito i fatti ritenendo che fosse stata fornita la prova del nesso eziologico tra l'intervento e la morte del paziente ma poi, incoerentemente, avrebbe rigettato ugualmente la domanda dei congiunti ritenendo che non vi fosse prova della responsabilità dei sanitari.

Assumono invece le ricorrenti che, una volta fornita la prova del nesso eziologico esistente tra la morte del paziente e il trattamento medico chirurgico effettivamente eseguito dai sanitari, spettava alla clinica e al personale medico coinvolto dare la prova liberatoria della propria responsabilità, trattandosi di responsabilità contrattuale con onere probatorio in capo al danneggiante se non addirittura di prestazione sanitaria di routine, con onere della prova liberatoria in capo al sanitario in caso di esito infausto.

6. - La censura è anch'essa inammissibile in quanto del tutto generica e fondata su affermazioni contrastanti, tra di loro e con gli accertamenti emergenti dal provvedimento impugnato, che non pongono efficacemente in discussione sotto l'unico profilo considerabile in sede di legittimità, ovvero quello dei principi di diritto applicati per inquadrare e decidere la fattispecie. Essa formula censure gravi sull'operato dei medici in modo del tutto generico, non confrontandosi mai con la sentenza impugnata, con i principi e le norme evocate e neppure con le evidenze istruttorie, che non richiama mai in modo che l'esattezza della loro ricostruzione, al fine di supportare le tesi della ricorrente, sia verificabile.

Quanto alla richiamata categoria delle prestazioni medico chirurgiche di routine, l'affermazione, contenuta in Cass. n. 975 del 2009, secondo la quale in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione

sanitaria, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del nesso di causalità, dispensando l'attore dal fornirne la prova, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non", è stata superata già da Cass. n. 10743 del 2009 e da tutta la successiva evoluzione giurisprudenziale di legittimità, che colloca in capo all'attore la prova del nesso di causalità materiale tra il fatto e l'evento dannoso, secondo il principio per cui in tema di responsabilità contrattuale per inadempimento delle obbligazioni professionali (tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica, anteriormente alla l. n. 24 del 2017), è onere del creditore-danneggiato provare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), il nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta al professionista dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile, da intendersi nel senso oggettivo della sua inimputabilità all'agente (Cass. n. 10050 del 2022).

7. - Amissima Assicurazioni Spa, già Carige Assicurazioni Spa, resiste con controricorso proponendo a sua volta tre motivi di ricorso incidentale.

Con il primo motivo denuncia la violazione degli articoli 91 e 92 c.p.c., nonché degli articoli 115 e 116 c.p.c. e l'omesso esame di un fatto decisivo, per aver la corte d'appello respinto la domanda di condanna alle spese in favore delle chiamate in causa.

In particolare, la ricorrente incidentale lamenta che:

- la corte d'appello non abbia ritenuto manifestamente infondata e arbitraria la chiamata in causa dell'anestesista dott. H.H. da parte della casa di cura;
- la corte d'appello abbia respinto la domanda di condanna alle spese della chiamante casa di cura nei confronti dell'H.H. e della sua assicuratrice Amissima.

8. - Il motivo è infondato.

Sotto il primo profilo, è accertamento in fatto la verifica della arbitrarietà o meno di una chiamata in causa, ovvero della proposizione di una chiamata in causa su fondamenti manifestamente inconsistenti, in quanto è una valutazione di merito del contenuto della domanda proposta dal convenuto/chiamante (Cass. n. 31889 del 2019). Spetta pertanto al giudice di merito compierla e, ovviamente, esternarla con una motivazione costituzionalmente sufficiente. Nel caso in esame, invero, ciò è stato adempiuto dalla corte territoriale, e il motivo, in ultima analisi, persegue dal giudice di legittimità una revisione nel merito.

Inoltre, la corte d'appello non ha rigettato la domanda di condanna alle spese della casa di cura nei confronti del chiamato H.H. e della sua compagnia assicuratrice, bensì ha ritenuto di compensarle, con valutazione non attaccata sotto questo profilo.

9. - Con il secondo motivo di ricorso incidentale l'Amissima denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'articolo 112 c.p.c., per non aver pronunciato sulla domanda subordinata di condanna alle spese delle appellanti principali contenuta nell'appello incidentale della Amissima Assicurazioni, dopo aver respinto la domanda principale di condanna alle spese della chiamante in causa Maria Cecilia Hospital.

10. - Infine, con il terzo motivo di ricorso incidentale proposto -in subordine rispetto al secondo motivo- la società di assicurazioni denuncia la nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 n. 4 c.p.c. per avere implicitamente respinto, senza alcuna motivazione, la domanda subordinata di condanna alle spese delle appellanti principali contenuta nell'appello incidentale della Amissima Assicurazioni dopo aver respinto la domanda principale di condanna alle spese della chiamante in causa Maria Cecilia Hospital.

11. – Il secondo e il terzo motivo del ricorso incidentale Amissima sono invece fondati e vanno accolti.

Quanto alla liquidazione delle spese di lite:

- la sentenza di primo grado condannava le attrici, soccombenti, a pagare le spese alla sola casa di cura convenuta, e compensava le spese tra casa di cura e terzi chiamati. Non applicava quindi il principio di causalità, lasciando che le spese dei chiamati ricadessero esclusivamente sulla chiamante, e disponendo la compensazione delle spese nei rapporti tra la chiamante e i terzi;
- le appellanti signore A.A., B.B., C.C., D.D.,provvedevano a notificare l'appello a tutte le controparti, e non risulta né è indicato che esso sia notificato ad alcune di loro ai meri fini di litis denuntiatio.

La corte d'appello, dopo aver confermato il rigetto della domanda, regolava le spese come il giudice di primo grado: condannava le appellanti a pagare le spese nei confronti della sola casa di cura Santa Maria Cecilia Hospital, da loro originariamente evocata in giudizio, e regolava le spese tra la casa di cura e le sue originarie chiamate in causa disponendo, come già il giudice di primo grado, la compensazione, nei rapporti tra la casa di cura e chiamati. Anch'essa non applicava, quindi, il principio di causalità, secondo il quale in caso di rigetto della domanda principale, le spese sostenute dal terzo chiamato devono essere poste a carico dell'attore soccombente che ha provocato e giustificato la chiamata in causa, anche al di fuori dei casi di chiamata in garanzia, mentre restano a carico del chiamante quando la sua iniziativa si riveli manifestamente infondata o palesemente arbitraria, purché non vi sia stata estensione della domanda principale dell'attore nei confronti del terzo chiamato (da ultimo, Cass. n. 6144 del 2024), omettendo di pronunciare sulla domanda proposta in tal senso dalla compagnia di assicurazioni (che può far valere, in questa sede, solo le censure relative alla sua posizione in giudizio, e non anche le censure che avrebbe potuto far valere l'assicurato, che non ha proposto ricorso). In tal modo, la corte d'appello ha commesso una violazione dell'art. 112 c.p.c.

La decisione impugnata contiene anche un salto logico e una patente contraddizione tra motivazione e dispositivo, perché nella motivazione si dà atto del principio di causazione, e quindi si enuncia un principio giuridico corretto (a proposito della chiamata del dottor H.H., l'unico a sollevare la questione proponendo appello incidentale in merito alla mancata liquidazione, a carico delle attrici, delle spese del primo grado), mentre poi nel dispositivo si regolano le spese solo nel rapporto tra originaria chiamante e chiamati e non nel rapporto determinatosi in appello tra appellante e tutti gli appellati.

In accoglimento del secondo e del terzo motivo di ricorso incidentale della Amissima Ass.ni Spa, la sentenza d'appello deve essere cassata.

11.1. - Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto la Corte, onde evitare l'inutile appesantimento dell'attività

processuale, può decidere la causa nel merito sul punto, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 384, secondo comma, c.p.c.
In applicazione del principio di causalità e del criterio della soccombenza, espressi nella loro correlazione dal principio secondo il quale "Le spese di giudizio sostenute dal terzo chiamato in garanzia, una volta che sia stata rigettata la domanda principale, vanno poste a carico della parte che, rimasta soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia, trovando tale statuizione adeguata giustificazione nel principio di causalità, che governa la regolamentazione delle spese di lite, anche se l'attore soccombente non abbia formulato alcuna domanda nei confronti del terzo, salvo che l'iniziativa del chiamante si riveli palesemente arbitraria" (Cass. n. 23123 del 2019), devono essere regolate le spese di lite sostenute in grado di appello dalla Amissima Ass.ni Spa, originariamente terza chiamata ed appellata dalle A.A., B.B., C.C., D.D., ponendole a carico delle appellanti signore A.A., B.B., C.C., D.D.,, soccombenti in appello, liquidando in favore di Amissima Ass.ni Spa le spese del giudizio di appello da questa sostenute, nella misura di Euro 4.500,00 per compensi, oltre 200,00 per esborsi, contributo spese generali ed accessori.
12. - Anche l'impugnazione incidentale dei dottori F.F. e G.G. concerne la liquidazione delle spese di lite ed è fondata, analogamente all'impugnazione incidentale di Amissima.
Essi denunciano, in via incidentale, la violazione dell'articolo 91 c.p.c., là dove la Corte d'appello, pur avendo accertato l'infondatezza della impugnazione delle A.A., B.B., C.C., D.D., ha omesso di condannare le appellanti al pagamento delle spese di lite anche in favore dei medici terzi originariamente chiamati in causa dalla casa di cura e evocati in giudizio in appello dalle A.A., B.B., C.C., D.D., la cui chiamata in causa era stata provocata dalla iniziativa giudiziaria dei A.A., B.B., C.C., D.D., riconosciuta come infondata.
Anche il motivo di ricorso incidentale proposto dai F.F. e G.G. è fondato e va accolto, per le stesse ragioni espresse a proposito del ricorso incidentale Amissima: pur avendo la corte d'appello correttamente richiamato, nella parte motiva, il principio di causalità, e pur avendo accertato l'infondatezza della domanda principale, non ne ha fatto poi discendere la naturale conseguenza, ovvero ha del tutto omesso di regolare le spese di lite nel rapporto tra le appellanti, soccombenti, e gli appellati F.F. e G.G., originariamente chiamati in causa dalla casa di cura in ragione della domanda di accertamento della responsabilità sanitaria dei medici che avevano operato il signor I.I. e di condanna della casa di cura sanitaria al risarcimento dei danni per l'operato dei suoi sanitari, proposta dalle A.A., B.B., C.C., D.D.
12.1. - Anche in relazione alla posizione dei ricorrenti incidentali F.F. e G.G., in accoglimento del motivo di ricorso incidentale sul punto della liquidazione delle spese di lite in appello, la Corte può decidere la causa nel merito, non essendo necessari accertamenti in fatto, avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 384, secondo comma, c.p.c.
Devono essere regolate le spese di lite sostenute in grado di appello da F.F. e G.G., originariamente terzi chiamati ed appellati dalle A.A., B.B., C.C., D.D., ponendole a carico delle appellanti signore A.A., B.B., C.C., D.D., soccombenti in appello, liquidando in loro favore le spese del giudizio di appello sostenute, nella misura di Euro 4.500,00 per compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, contributo spese generali ed accessori.
13. - Conclusivamente, il ricorso principale è inammissibile, il primo motivo di ricorso incidentale Amissima è rigettato, il secondo e il terzo sono accolti, la sentenza è cassata e la causa è decisa nel merito come al precedente par. 11.1.; il ricorso incidentale di F.F. e G.G. è accolto, la sentenza è cassata e la causa è decisa nel merito sul punto come al precedente par. 12.1.
Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come al dispositivo.
Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell' art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002,se dovuto.

P.Q.M.
La Corte:
- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- rigetta il primo motivo del ricorso incidentale Amissima, accoglie il secondo e il terzo motivo del medesimo ricorso incidentale;
- cassa in relazione la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, liquida in favore di Amissima Ass.ni Spa le spese del giudizio di appello nella misura di Euro 4.500,00 per compensi, oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori;
- accoglie il ricorso incidentaleF.F. e G.G., cassa in relazione la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, liquida in favore di F.F. e G.G. le spese del giudizio di appello nella misura di Euro 4.500,00 per compensi, oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori;
- pone a carico delle soccombenti A.A., B.B., C.C., D.D. le spese del giudizio di legittimità sostenute dai controricorrenti e le liquida in Euro 3.500,00 per compensi in favore di ciascuna parte controricorrente, oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori;
- dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte delle ricorrenti di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, se dovuto.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Corte di cassazione, il 5 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 24 aprile 2024.

Decesso del paziente, rilevanti le notizie desumibili dalla cartella clinica

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 aprile 2024, n. 11224; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Le notizie normalmente desumibili dalla cartella clinica sulla evoluzione della patologia, sull'attività diagnostica, clinica e strumentale espletata dai sanitari e, soprattutto, sulla causa del decesso del paziente, sono fondamentali per la formulazione del giudizio sulla sussistenza del nesso causale tra il decesso medesimo e l'ipotizzata negligenza o imperizia dei medici, soprattutto in fattispecie in cui la stessa patologia ipotizzata e formalmente certificata nell'atto necroscopico (ma non sostanzialmente accertata) può assumere una duplice tipologia, l'una trattabile chirurgicamente, l'altra trattabile farmacologicamente, con diverse probabilità di successo nelle due ipotesi.

... Omissis ...
Motivi della decisione

2. I vizi prospettati con i motivi di ricorso - da esaminare congiuntamente stante l'evidente connessione - sussistono ed inficiano funditus la sentenza impugnata.
La Corte territoriale, infatti - pur movendo dall'esatta premessa in iure per cui sarebbe spettato agli attori provare il nesso causale tra il decesso della loro congiunta e l'ipotizzato inadempimento dei sanitari, mentre sarebbe spettato a quest'ultimi provare l'esatto adempimento o la causa non imputabile dell'inesatta esecuzione della prestazione -, ha tuttavia formulato il relativo giudizio di merito (escludendo la dimostrazione del primo elemento e reputando provato il secondo) incorrendo in diversi errori, sia in iudicando che in procedendo, ed omettendo la considerazione di fatti storici decisivi e discussi.
2.1. In primo luogo, pur dandone atto nella motivazione della sentenza, il giudice d'appello non ha attribuito alcun peso alla circostanza, reiteratamente e vigorosamente evidenziata nella relazione di CTU, che la documentazione sanitaria, nonché carente, era quasi del tutto inesistente, riducendosi alla consulenza cardiologica acquisita in Pronto Soccorso e al certificato di morte, cosicché non solo non si era potuta adeguatamente ricostruire l'evoluzione clinica della patologia che aveva afflitto C.C. (né si era potuto fare piena luce sull'attività clinica, diagnostica e strumentale svolta dai sanitari), ma la stessa causa del decesso era rimasta incerta, sebbene essa fosse stata formalmente (ma non del tutto affidabilmente) indicata, nel predetto certificato necroscopico, in un aneurisma disseccante dell'aorta.
È del tutto evidente che **le notizie, normalmente desumibili dalla cartella clinica, sulla evoluzione della patologia, sull'attività diagnostica, clinica e strumentale espletata dai sanitari e, soprattutto, sulla causa del decesso del paziente, sono fondamentali per la formulazione del giudizio sulla sussistenza del nesso causale tra il decesso medesimo e l'ipotizzata negligenza o imperizia dei medici, soprattutto in fattispecie, come quella in esame, in cui la stessa patologia ipotizzata e formalmente certificata nell'atto necroscopico (ma non sostanzialmente accertata) può assumere una duplice tipologia, l'una trattabile chirurgicamente, l'altra trattabile farmacologicamente, con diverse probabilità di successo nelle due ipotesi.**
Un primo errore in iure della Corte d'appello è, dunque, consistito nel non tenere conto di tale rilevata e palese carenza documentale in funzione della formulazione del giudizio di responsabilità (od irresponsabilità) della struttura sanitaria: in tal modo, infatti, è stato violato il principio - fondato sul rilievo che la carenza della documentazione sanitaria acquisibile presso la struttura non può ridondare a detrimento del paziente - secondo cui, **in tema di responsabilità medica, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido legame causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente allorché proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare la lesione** (ex multis, Cass. n.12218/2015; Cass. n. 27561/2017; Cass. n. 26248/2020).
2.2. Anziché prendere atto, in funzione del giudizio sull'assoluzione dell'onere probatorio gravante sui danneggiati, della circostanza che l'incompletezza della cartella clinica aveva reso impossibile persino l'individuazione della causa mortis, la Corte territoriale ha reputato che tale lacuna fosse surrogabile dalle risultanze probatorie e indiziarie desumibili aliunde, che avrebbero determinato un "quadro probatorio e indiziario univocamente favorevole all'assenza di responsabilità medica e di nesso causale".
Tale statuizione non costituisce un mero apprezzamento di merito sulle risultanze istruttorie (come tale, incensurabile in sede di legittimità), ma si traduce in un ulteriore vizio della sentenza, in quanto fondata su una motivazione apparente e perplessa, emergente dal testo stesso della decisione.
Infatti, la Corte d'appello, pur facendo riferimento ad un quadro indiziario e probatorio asseritamente in grado di surrogare la carenza quasi assoluta della documentazione sanitaria, non spiega da quali fonti, mezzi ed esperimenti istruttori tali inferenze probatorie sarebbero state tratte; anzi, seguendo lo sviluppo della motivazione, il "quadro probatorio e indiziario univocamente favorevole all'assenza di responsabilità medica e di nesso causale" finisce per identificarsi con (e per esaurirsi nel) "racconto" reso da D.D. ai Carabinieri di M. (pp.9-10 della sentenza impugnata).
La Corte territoriale, pur affermando che le dichiarazioni contenute nella querela presentata dalla sorella della vittima nella quasi immediatezza della disgrazia familiare vissuta e del lutto subìto fossero idonee a "sopperire alle insufficienze della documentazione sanitaria in atti" (p.10 della sentenza), non spiega tuttavia come esse dichiarazioni (evidentemente circoscritte alle notizie apprese dai concitati dialoghi con i medici e dalle confidenze ricevute dalla sorella sofferente nelle ore precedenti il decesso) abbiano potuto surrogare la lacunosità della documentazione sanitaria in ordine alla natura ed evoluzione della patologia e all'attività clinica, diagnostica e strumentale effettuata, in quelle stesse ore, dai sanitari dell'Ospedale di M..

Sotto tale profilo, la motivazione, in quanto perplessa e meramente apparente, si pone al di sotto del "minimo costituzionale", concretando il vizio, debitamente denunciato con i motivi di ricorso, di nullità della sentenza.

2.3. Nel valorizzare - immotivatamente, per quanto si è appena detto - le dichiarazioni di D.D. in funzione "surrogatola" della carenza della cartella clinica - e nel porre tali dichiarazioni a fondamento del giudizio di esatto adempimento della struttura sanitaria - la Corte territoriale è incorsa, inoltre, nel vizio di omesso esame di fatto decisivo e discusso, pure questo fondatamente denunciato dai ricorrenti.

Infatti, movendo dai rilievi peritali di cui si dà atto nella stessa sentenza, secondo cui la necessità di anticipare o meno gli esami strumentali funzionali all'accertamento della patologia aortica (rispetto all'esito finale di quelli per l'esclusione della malattia miocardica) sarebbe dipesa dalla persistenza, o meno, del dolore toracico con le medesime caratteristiche, la Corte di merito ha attribuito rilievo determinante alla circostanza - appunto riferita nella querela presentata ai Carabinieri dalla sorella della vittima - che C.C. aveva detto che i dolori si erano fatti "più sopportabili". Decontestualizzando tale espressione, però, la Corte ha omesso di esaminare la diversa circostanza - desumibile da una considerazione meno atomistica delle predette dichiarazioni - che, in realtà, C.C., nelle lunghe ore in cui era stata lasciata nella sala di medicheria, aveva confidato alla sorella che i dolori allo sterno erano persistiti, anche se, prima di tornare ad aumentare, si erano attenuati.

Ebbene, una volta deciso di attribuire peso determinante alle circostanze riferite in sede di denuncia-querela dalla sorella della vittima (addirittura ritenute in grado di surrogare la carenza quasi assoluta della cartella clinica), la Corte d'appello non avrebbe dovuto omettere l'esame della circostanza storica -assolutamente decisiva in funzione della formulazione del predetto giudizio di esatto o inesatto adempimento, avuto riguardo alle conclusioni dei CTU - relativa alla "persistenza" della sintomatologia algica, la quale era verosimilmente diminuita durante l'intervallo temporale in cui il Toradol aveva prodotto i suoi effetti, per poi tornare ad aumentare.

2.4. La Corte d'appello è incorsa, poi, nuovamente in un error in iudicando, oltre che in omesso esame di fatto decisivo e discusso, nel momento in cui ha ritenuto che, anche ammettendo un tempestivo approccio al percorso diagnostico strumentale finalizzato all'accertamento della (eventuale) patologia aortica, tale percorso avrebbe comportato la necessità di eseguire esami "non certo di routine", i quali non sarebbero stati "probabilmente nemmeno disponibili in un presidio ospedaliero di secondaria importanza come quello di M." (p.9 della sentenza).

Queste argomentazioni sono illegittime per molteplici ragioni: in primo luogo, perché non tengono conto della circostanza che, alla stregua delle osservazioni formulate dai periti (debitamente evidenziate in ricorso), la diagnosi di dissezione dell'aorta, sebbene conseguibile con maggiore certezza con esami effettivamente complessi ed invasivi (quali la ecocardiografia transesofagea e l'angio-TAC), avrebbe tuttavia potuto essere formulata anche sulla base di accertamenti ordinari, quali l'ecocardiogramma o la RX del torace; in secondo luogo perché il rilievo circa la mancanza di mezzi e di personale è stato formulato sulla base di una mera congettura, in difetto di allegazioni delle parti; in terzo luogo, perché la mancanza di mezzi o di personale qualificato della struttura sanitaria, lungi dal costituire una esimente di responsabilità, può integrare una tipica ipotesi di inadempimento, dal momento che, per dare la prova liberatoria, la struttura deve dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa ad essa non imputabile, la quale non può evidentemente essere costituita da una colpevole deficienza organizzativa.

2.5. Analoghe considerazioni, infine, vanno svolte con riguardo all'argomentazione diretta ad escludere la responsabilità della struttura in ragione della ritenuta verosimile impossibilità di effettuare l'eventuale operazione chirurgica.

Al rilievo dell'illegittimo carattere congetturale della supposizione formulata dalla Corte di merito, deve qui aggiungersi che essa si fonda nuovamente sull'omissione di una circostanza rilevante, evidenziata in sede peritale, ove si era dato atto che il trattamento chirurgico (complesso, ma avente una rilevante probabilità di riuscita, con sopravvivenza del 75% dei pazienti sottoposti, secondo i CTU) sarebbe stato necessario solo in presenza di un certo tipo di dissezione aortica, altrimenti trattabile con successo con terapia farmacologica.

L'argomentazione della Corte territoriale, poi, oltre che infrangersi sulla già formulata considerazione che la deficienza organizzativa della struttura sanitaria non costituisce esimente di responsabilità, è viziata nella parte in cui omette di considerare se, data l'impossibilità di eseguire l'operazione chirurgica a M., l'eventuale anticipazione degli esami finalizzati ad accertare la patologia aortica avrebbe consentito di disporre tempestivamente il trasporto della paziente in una struttura maggiormente attrezzata.

In altri termini, la Corte di merito avrebbe dovuto chiedersi se, nell'ipotesi in cui i sanitari dell'Ospedale di M., anziché mantenere C.C. in attesa per circa sette ore (dal momento del suo ingresso al Pronto Soccorso al momento dell'aggravamento irreversibile), non ostante la persistenza del dolore toracico da essa accusato, e anziché adagiarsi sulla rassicurante diagnosi di patologia gastrica ed attendere passivamente l'esito degli esami enzimatici, pur correttamente disposti ed eseguiti, avessero tempestivamente indagato anche le eventuali cause alternative dei suoi sintomi, accertando, anche mediante esami strumentali routinari (RX o ecocardiogramma) la sussistenza della dissezione aortica in atto, il problema della mancanza di mezzi e uomini per l'eventuale (ma non necessariamente richiesto) trattamento chirurgico, ove pure esistente, sarebbe stato o meno superabile con il tempestivo trasferimento della paziente.

3. Avuto riguardo alle plurime ragioni di illegittimità della sentenza d'appello, fondatamente denunciate con i motivi di ricorso per cassazione, questo deve essere accolto e, cassata la pronuncia impugnata, la causa deve essere rinviata alla Corte territoriale di Lecce in diversa composizione.

Il giudice del rinvio rinnoverà la valutazione di merito circa la prova del nesso causale (gravante sugli attori) e quella dell'esatto adempimento (o, in alternativa, della causa non imputabile che ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione sanitaria), gravante sulla ASL convenuta.

Nel compiere tale valutazione il giudice del rinvio terrà conto: a) della pressoché totale inesistenza della cartella clinica, che aveva reso impossibile la ricostruzione dell'evoluzione clinica della patologia, nonché delle attività diagnostiche, strumentali e cliniche svolte dai sanitari, dall'entrata di Omissis in Pronto Soccorso (poco dopo le 18.00 del 23 dicembre 2012) al momento del suo decesso (verosimilmente circa alle ore 1.00 del 24 dicembre 2012), e che aveva reso incerta la stessa individuazione della causa precisa della morte, pur formalmente indicata in un aneurisma disseccante dell'aorta in sede di certificato necroscopico; b) della circostanza di fatto,

la cui considerazione è stata in precedenza illegittimamente omessa, che il dolore toracico lacerante e lancinante avvertito da C.C. al momento dell'ingresso nel Pronto Soccorso era "persistito" durante le molte ore in cui era stata lasciata in attesa con la sola effettuazione di una terapia antidolorifica che ne aveva determinato la momentanea attenuazione; c) del fatto che le indagini diagnostiche finalizzate ad accertare l'eventuale dissezione aortica - le quali, secondo le conclusioni peritali, in caso di persistenza di dolore toracico, avrebbero dovuto, secondo le regulae artis, essere tempestivamente compiute, senza attendere l'esito definitivo di quelle, pur prioritarie, dirette ad escludere la patologia miocardica - avrebbero potuto essere avviate anche mediante accertamenti strumentali non eccessivamente complessi e invasivi, quali l'ecocardiogramma e la radiografia del torace, pur con margini di incertezza maggiore rispetto ai più approfonditi accertamenti conseguibili mediante l'ecocardiografia transesofagea e l'angio-TAC; d) del fatto che, ove fosse stata tempestivamente diagnosticata una dissezione aortica in corso, la paziente avrebbe potuto essere avviata, a seconda della tipologia della lesione, ad una terapia farmacologica o ad un trattamento chirurgico, eventualmente previo tempestivo trasferimento in struttura più attrezzata, in entrambi casi con rilevanti possibilità di sopravvivenza.

Infine, il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità (art. 385, terzo comma, cod. proc. civ.).

10. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, si dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti, della controricorrente e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Lecce in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti, della controricorrente e delle altre persone in esso menzionate.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 8 marzo 2024.

Depositata in Cancelleria il 26 aprile 2024.

Accertamento della responsabilità per infezioni nosocomiali

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 3 maggio 2024, n. 12015; Pres. Scrima; Rel. Porreca

In tema di infezioni nosocomiali, l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria dev'essere effettuato sulla base dei criteri temporale (relativo al numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale prima della contrazione della patologia), topografico (correlato all'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento, in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. probabilità prevalente) e clinico (in ragione del quale, a seconda della specificità dell'infezione, dev'essere verificato quali misure di prevenzione sarebbe stato necessario adottare da parte della struttura sanitaria).

... Omissis ...
Motivi della decisione

il primo motivo di ricorso è infondato;
la Corte territoriale non ha motivato in modo contraddittorio poiché, a ben vedere, ha sostanzialmente correlato eziologicamente l'infezione all'intervento medico posto in essere, in aderenza a quanto complessivamente ma espressamente indicato dal consulente tecnico d'ufficio;
nella perizia, quale richiamata e condivisa dalla sentenza impugnata in questa sede, si discorre in questo senso di "conseguenze settiche a séguito di osteosintesi" (pag. 7 della decisione di secondo grado), pertanto riconoscendo la correlazione causale;
la precisazione per cui non era necessario ed era anzi "diabolico" "risalire al motivo primo, causa dell'infezione" (stessa pagina) va correttamente intesa nel senso dell'inutilità, nella prospettiva ricostruttiva acquisita, di accertare lo specifico, singolo fattore causale, attesa in particolare l'esclusione di ogni profilo di colpa;
così ricostruita la ragione decisoria, non vi è contraddizione o indecifrabilità motivazionale;
il secondo motivo è fondato per quanto di ragione, come pure argomentato dal Pubblico Ministero;
va subito chiarito che la Corte di appello non ha affermato che la statistica delle complicanze era tale a prescindere dalla correttezza o meno della condotta medica, anzi ragionando nel senso che quella frequenza di complicazioni settiche era tale nonostante la corretta condotta medica risultata, ossia nonostante la patologia fosse stata "opportunamente trattata ... secondo le leges artis" (pag. 7);
quello che la Corte di merito non spiega affatto, effettivamente violando l'art. 132 (n. 4) cod. proc. civ., è a cosa si riferissero quelle "leggi mediche", e così le conclusioni peritali condivise ma riaffermate apoditticamente richiamando il conforto della "bibliografia scientifica" (stessa pagina), ovvero senza chiarire se fosse stato accertato o meno e con quale significato istruttorio e relativa sussunzione giuridica, l'espletamento della corretta asepsi del luogo dell'intervento chirurgico e dei mezzi utilizzati, secondo quanto allegato dall'attore sia in primo grado (pag. 24 del ricorso per cassazione, e pag. 2 dell'atto di citazione originario) che in appello (pag. 8 del ricorso, e pag. 18 dell'atto di appello), come da atti processuali prodotti in uno all'odierno gravame e in questi termini verificabili;
in relazione ai fatti in delibazione, non bastava, cioè, motivare in ordine alla correttezza della tecnica chirurgica e ortopedica, ma avrebbe dovuto motivarsi altresì in ordine alle procedure atte a garantire l'asetticità del luogo ospedaliero d'intervento;
sul punto dev'essere rammentato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, infatti, **l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria dev'essere effettuato sulla base dei criteri temporale (relativo al numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale prima della contrazione della patologia), topografico (correlato all'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento, in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. probabilità prevalente) e clinico (in ragione del quale, a seconda della specificità dell'infezione, dev'essere verificato quali misure di prevenzione sarebbe stato necessario adottare da parte della struttura sanitaria)** (Cass., 3/03/2023, n. 6386, e in séguito Cass., 13/06/2023, n. 16900);
in coerenza con la logica fatta propria anche dal Collegio di merito, a fronte delle riassunte allegazioni e risultanze, era e sarebbe all'azienda ospedaliera medesima che dovrebbe imputarsi l'eventuale mancanza di dimostrazione dell'esclusione di tale possibile profilo di colpa (cfr. Cass., 11/11/2019, n. 28991, e succ. conf.);
la descritta radicale carenza motivazionale, che, come tale, non è inibita dalla doppia decisione conforme dei giudici di merito (art. 348-ter, quinto comma, cod. proc. civ., "ratione temporis" applicabile), segna la misura della fondatezza della censura, che la deduce sia per richiamo all'articolo del codice di rito civile in rilievo, sia nella complessiva esposizione della critica;
il terzo motivo è inammissibile;
va innanzi tutto chiarito che la censura ora in scrutinio non è assorbita dal precisato accoglimento della precedente, poiché tende a far affermare un diverso profilo di eventuale colpa concorrente, quello dell'ipotizzato ritardo diagnostico dell'infezione;
ora, la Corte di appello ha accertato in fatto che "a fronte dei dolori lamentati dall'A.A. nel mese di maggio 2014..." era risultato un secondo ricovero a distanza di tre mesi nello stesso nosocomio, con esame colturale e antibiogramma, modifica della terapia antibiotica, con positivi risultati prima che il paziente decidesse di recarsi presso la clinica in M, dove era seguito altro intervento non immediato bensì a distanza di un altro mese e mezzo;
la censura propone una rilettura del quadro istruttorio in termini di diverso apprezzamento delle presunzioni da correlare, come pure visto, allo stato diabetico e scarsamente compensato del paziente, ma lo fa da una parte apoditticamente, dall'altra sollecitando, conclusivamente, una differente accertamento di fatto, estraneo perciò alla presente sede di legittimità;

va ribadito che sono riservate al giudice del merito l'interpretazione e la valutazione del materiale probatorio, il controllo dell'attendibilità e della concludenza delle prove, la scelta, tra le risultanze probatorie, di quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione, nonché la scelta delle prove ritenute idonee alla formazione del proprio convincimento, sicché risulta insindacabile, in sede di legittimità, il "peso probatorio" di alcune prove rispetto ad altre, in base al quale il giudice di secondo grado sia pervenuto a un giudizio logicamente motivato (Cass., 8/08/2019, n. 21187);
in coerenza, il giudice di merito è quindi libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove o risultanze di prova che ritenga più attendibili e idonee alla formazione dello stesso, né gli è richiesto di dar conto, nella motivazione, dell'esame di tutte le allegazioni e prospettazioni delle parti e di tutte le prove acquisite al processo, essendo sufficiente che egli esponga - in maniera concisa purché logicamente compiuta - gli elementi in fatto e in diritto posti a fondamento della sua decisione e le prove ritenute idonee a confortarla, dovendo reputarsi implicitamente disattesi, in questo quadro, tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, seppure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con l'"iter" argomentativo svolto (Cass., 29/12/2020, n. 29730);
spese al giudice del rinvio;
va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi del ricorrente;

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, inammissibile il terzo, accoglie per quanto di ragione il secondo, cassa in relazione alle censure accolte la decisione impugnata e rinvia alla Corte di appello di Napoli perché, in diversa composizione, pronunci anche sulle spese del giudizio di legittimità. Oscuramento dei dati come in motivazione.
Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 3 maggio 2024.

Responsabilità medico-chirurgica e risarcibilità del danno inferto alla salute e al diritto all'autodeterminazione

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 6 maggio 2024, n. 12244; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Nell'ambito della responsabilità medico-chirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi.

... Omissis ...
Motivi della decisione

questa Corte di recente ha ribadito che **nell'ambito della responsabilità medico-chirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi: I) se ricorrono a) il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico, è risarcibile il solo danno alla salute del paziente, nella sua duplice componente relazionale e morale, conseguente alla non corretta esecuzione, inadempiente o colposa, della prestazione sanitaria; II) se ricorrono a) il dissenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, è risarcibile sia, per intero, il danno, biologico e morale, da lesione del diritto alla salute, sia il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, cioè le conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, allegate e provate (anche per presunzioni); III) se ricorrono sia il dissenso presunto, sia il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), è risarcibile la sola violazione del diritto all'autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - dev'essere valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento e il preesistente stato patologico invalidante del soggetto; IV) se ricorre il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall'intervento, non è dovuto alcun risarcimento; V) se ricorrono il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi, anche per presunzioni, che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente (Cass., 12/06/2023, n. 16633: nella fattispecie, in relazione a un caso di asportazione di ernia discale con aggravamento della sintomatologia dolorosa causata da fibromi e aderenze cicatriziali, è stata confermata la decisione di merito che, ravvisando un consenso presunto, aveva riconosciuto un risarcimento equitativo per la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; cfr. anche Cass., 11/11/2019, n. 28985);**
nel caso ora in esame, da sussumere nell'ipotesi V), la Corte territoriale, per un verso, ha escluso che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento qualora debitamente informato, come pacificamente non accadde, mentre, per altro verso, ha esplicitamente affermato, escludendo la tardività della domanda affermata sul punto dal Tribunale, che "nella fattispecie il A.A. sin dall'atto di citazione aveva evidenziato l'assenza di richiesta da parte del medico del consenso informato per la tipologia dell'intervento ponendola in relazione con il danno biologico subito - non essendo stati allegati pregiudizi diversi dal danno alla salute - e tale affermazione sostanziava, ad avviso di questa Corte, una allegazione sufficiente a far ritenere compresa nella domanda risarcitoria formulata anche la richiesta di danno per la mancata prestazione del consenso informato, come poi argomentata negli atti successivi" (pag. 13);
pertanto, il giudice di seconde cure ha escluso che con la domanda da violazione del diritto al consenso informato siano state fatte allegazioni di "pregiudizi diversi" da quelli correlabili alla salute;
tale affermazione è censurata sintetizzando diffusamente l'atto di appello (pagg. 6-7) ma senza riportarlo come necessario per renderne possibile il congruo vaglio nel rispetto del principio di specificità del ricorso per cassazione, e senza peraltro localizzarlo premettendone la verifica, in violazione dell'art. 366, n. 6, cod. proc. civ., "ratione temporis" applicabile (Cass., Sez. Un., 27/12/2019, n. 34469);
si rimarca che nel fascicolo, sia cartaceo che telematico, non è presente l'atto di appello, così come non è riportato nell'indice depositato;
il secondo motivo è infondato;

la capitolazione di prova orale riportata con la censura, nel rispetto del requisito di ammissibilità di cui all'art. 366, n. 6, cod. proc. civ., non risulta avere alcuna potenziale decisività in ordine alla dimostrazione della sussistenza di un dissenso presunto;
il fatto che il deducente si fosse sottoposto a terapia infiltrante, non ha alcun nesso logico in termini di necessaria implicazione con quanto preteso, tanto più che quella differente pratica terapeutica si era poi palesata inutile, sicché nessun capitolo ha per oggetto anche indiretto, ma specifico, il possibile dissenso presunto;
la Corte di appello ha invece congruamente spiegato, apprezzando il materiale istruttorio incidente, che "nel giudizio "era" risultata, pur presuntiva, la prova "del consenso presunto" desunta dalla stessa prospettazione attorea (il dolore inguinale descritto come particolarmente intenso dopo qualsiasi piccolo sforzo necessitante di riposo assoluto di qualche giorno; di tipo urente dopo i rapporti sessuali, algie che persuasero il A.A. al compimento degli interventi) e soprattutto dalla circostanza . che il A.A. per eliminare il severo dolore inguinale progressivamente ingravescente, si fosse comunque determinato a sottoporsi nel 2014 al terzo intervento in Milano, pur acquisendo conoscenza dei maggiori rischi poi concretizzatisi" (pag. 13 della sentenza gravata);
quanto alla mancata compensazione delle spese di lite, pure lamentata con il motivo all'esame (v. ricorso p. 15), la prospettazione della censura è infondata;
secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte la facoltà di disporre tale compensazione tra le parti rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale non è tenuto a dare ragione con una espressa motivazione del mancato uso di tale sua facoltà, con la conseguenza che la pronuncia di condanna alle spese, anche se adottata senza prendere in esame l'eventualità di una compensazione, non può essere censurata in cassazione, neppure sotto il profilo della mancanza di motivazione (cfr., solo ad esempio, Cass., 26/04/2019, n. 11329);
il terzo, quarto e quinto motivo, da esaminare congiuntamente per connessione, sono inammissibili;
parte ricorrente non si misura compiutamente con la ragione decisoria per cui:
a) le cartelle erano state prodotte dallo stesso odierno ricorrente in copia autentica;

b) non vi erano state comunque contestazioni sulla conformità delle copie all'originale;
c) non era ammissibile perché meramente esplorativa la domanda di acquisizione degli originali per verificare solo "eventuali anomalie";
anche in questa sede parte ricorrente ripropone l'allegazione della mera eventualità d'irregolarità delle cartelle, eccetto che per le deduzioni afferenti all'intestazione nominativa, oltre che alla carenza di alcune sottoscrizioni e all'identificazione numerica, che però non incidono sull'accertata riferibilità fattuale univoca delle stesse ai singoli interventi operatori: ne residua un conclusivo tentativo di rilettura istruttoria estraneo alla presente sede di legittimità;
va sul punto sottolineato, per completezza, che non è stato neppure dimostrato, nel ricorso, quando sarebbe stato allegato e come sarebbe risultato che il professor C.C. sarebbe succeduto a B.B. dopo il pensionamento di quest'ultimo, nella stessa carica di direttore di quel reparto;
ciò posto, risultano del tutto irrilevanti i riferimenti alla mancanza di motivazione sulla riferibilità della persistenza del dolore al primo o secondo intervento, così come sulla rimozione dei residui cicatriziali e dei filamenti nervosi, pur indicati come corresponsabili della sintomatologia dolorosa, poiché, sempre in fatto, il Collegio di merito ha accertato che quelli che la parte definisce "meri dati statistici", indicano oggettivamente un apprezzabile rischio ovvero incidenza della complicanza in parola nel senso, così spiegato dalla decisione qui impugnata, che "il dolore post intervento "costituiva" una complicanza prevedibile e non prevenibile indipendente dalla tecnica chirurgica adottata dal prof. B.B. - peraltro ritenuta il Gold Standard nel trattamento dell'ernia eseguita anche con l'uso di reti composite consigliate dalle linee guida europee - ... fermo rimanendo che, nella genesi del dolore stesso, "potevano essere" rientra"te" sia cause neuropatiche che non neuropatiche, alcune caratteristiche intrinseche al paziente", con conseguente necessità di "mantenere anche corretta distanza da un ragionamento ex post, che faceva apparire l'intervento di neurectomia come risolutivo, in tal modo spiegando anche le ragioni della cessazione del dolore dopo il terzo intervento";
in altri termini:
i) il doppio intervento aveva seguìto le linee guida relative alla patologia, risultando correttamente proposto ed eseguito;
ii) la persistenza del dolore, dopo il primo e secondo intervento, rientrava negli esiti percentuali possibili;
iii) l'esito risolutivo del terzo intervento resosi necessario non incideva sulle due precedenti constatazioni e ricostruzioni;
a fronte di ciò, nulla sposta, logicamente, la riferibilità della persistenza del dolore alla prima o seconda operazione, così come l'indicazione della rimozione cicatriziale e filamentosa evocata;
ancora una volta residua un'inammissibile sollecitazione alla revisione dell'accertamento fattuale operato nei precedenti gradi;
non deve provvedersi sulle spese in mancanza di difese delle parti intimate;
va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi di parte ricorrente;

P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso.
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte ricorrente, se dovuto e nella misura dovuta, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.
Oscuramento dei dati come in motivazione.
Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2024.
Depositato in Cancelleria il 6 maggio 2024.

Modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis"

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12462; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art. 1917, I, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, II, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, I, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale.

... Omissis ...

Motivi della decisione

muovendo dal ricorso principale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132, comma 2, n. 4 e 277 cod. proc. civ., 5 D.Lgs. n. 28 del 2010, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che, contrariamente a quanto affermato dalla corte territoriale, Zurich Insurance aveva eccepito alla prima udienza l'improcedibilità della domanda per il mancato esperimento della mediazione.

Il motivo è manifestamente infondato. All'epoca di introduzione del giudizio (10 ottobre 2010) le disposizioni di cui all'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 28 del 2010 non avevano ancora acquistato efficacia, giusta il disposto dell'art. 25 del medesimo provvedimento legislativo.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 132, comma 2, n. 4 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che il giudice di appello ha disposto la graduazione delle colpe senza che A.A. avesse proposto un motivo di appello (né avrebbe egli potuto invocare per sé una maggiore responsabilità).

Il motivo è inammissibile.

La censura è priva di decisività in quanto inidonea ad incidere sulla ratio decidendi: pur riconoscendo che un motivo di appello sulla questione della graduazione delle colpe non sia mai stato proposto dal ricorrente, il contenuto della decisione, di accoglimento al riguardo dell'impugnazione di un'altra parte, non cambierebbe.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132, comma 2, n. 4 e 277 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha omesso di pronunciare sul motivo di appello con cui si censura la decisione del Tribunale per: non avere correttamente ricostruito il quadro sanitario in cui si collocava la prestazione dell'appellante; non avere correttamente valutato la detta prestazione; avere accertato una responsabilità professionale inesistente alla luce del disposto dell'art. 2236 cod. civ. Aggiunge che con l'appello era stato esposto che l'intervento non era differibile per la presenza di patologia tumorale e che fu correttamente eseguito, mentre l'insorgenza dell'emiparesi non fu determinata dalla cattiva esecuzione dell'intervento.

Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132, comma 2, n. 4 e 277 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha omesso di pronunciare sul motivo di appello con cui si denunciava l'erroneità della quantificazione dell'invalidità permanente nei termini dell'80%, essendo la percentuale esatta pari al 70%.

Con il quinto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132, comma 2, n. 4 e 277 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha omesso di pronunciare sul motivo di appello con cui si denunciava l'erronea determinazione del danno non patrimoniale per l'omessa valutazione dell'incidenza del danno iatrogeno.

I motivi dal terzo al quinto sono fondati. Il ricorrente ha assolto l'onere processuale di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c. È di tutta evidenza l'omessa pronuncia da parte della corte territoriale in relazione ai motivi di impugnazione indicati nelle tre censure in esame.

Con il sesto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione 112, cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che vi è vizio di ultrapetizione perché non è stata proposta la domanda riconvenzionale di ripartizione delle responsabilità, la quale è stata introdotta di propria iniziativa dalla CTU.

Il motivo è inammissibile.

Va premesso che ai fini della pronuncia sulla graduazione delle colpe è sufficiente che uno o più dei condebitori abbia chiesto il relativo accertamento, anche al solo scopo di esercitare in altra sede l'azione di regresso (cfr. fra le tante Cass. n. 10042 del 2006). La censura non può essere scrutinata, ed il motivo è pertanto inammissibile, perché in violazione dell'art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c il ricorrente ha omesso di indicare lo specifico contenuto delle conclusioni delle comparse di costituzione di primo grado, al fine di acclarare se un accertamento di graduazione delle colpe sia stato chiesto. L'esposizione sommaria dei fatti causa, che risulta dal ricorso, non è sufficiente in relazione allo scopo indicato. Ad ogni buon conto, è appena il caso di aggiungere che nella parte in fatto della sentenza impugnata, là dove risulta trascritta la motivazione della sentenza del Tribunale, si dà atto che da parte di Unipol era stato chiesto, in sede di costituzione, l'accertamento della colpa attribuibile alla propria assicurata (D.D.).

Con il settimo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 132, comma 2, n. 4 cod. proc. civ., 1298 e 2055 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente, con riferimento alla ripartizione delle responsabilità, che la corte territoriale ha recepito acriticamente la relazione di CTU ove, sul presupposto della sola anzianità professionale del dott. A.A. e della qualifica di primario del reparto di neurochirurgia, e

senza indagare circa gli effettivi compiti svolti, si è supposta una sua reale conduzione dell'intervento, laddove invece costui aveva svolto la mera assistenza della C.C. (primo operatore) e della D.D. (aiuto chirurgo), facendo così un mal governo della presunzione di corresponsabilità. Aggiunge che nella specie non si verte in un'ipotesi di responsabilità del primario per omesso o inadeguato esercizio dell'obbligo di direzione e controllo dell'operato dei suoi sottoposti, avendo il A.A. condiviso con gli altri chirurghi le medesime scelte sul come procedere nell'intervento chirurgico.

Il motivo è fondato.

Nell'articolata censura viene denunciato anche il malgoverno delle regole sulla presunzione. Qualora il giudice di merito sussuma erroneamente sotto i tre caratteri individuatori della presunzione (gravità, precisione, concordanza) fatti concreti che non sono invece rispondenti a quei requisiti, il relativo ragionamento è censurabile in base all'art. 360, n. 3, c.p.c., competendo alla Corte di cassazione controllare se la norma dell'art. 2729 c.c., oltre ad essere applicata esattamente a livello di declamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione concreta (fra le tante da ultimo, Cass. n. 18611 del 2021).

L'accertamento della corte territoriale è stato nel senso che, in relazione al livello di esperienza e di competenza di ciascun componente dell'equipe chirurgica, la responsabilità per il danno dovesse essere ascritta a A.A. nella misura dell'80%, a C.C. nella misura del 15% e a D.D. nella misura del 5%. Il fatto noto, dunque, da cui è stato desunto il fatto ignoto è il livello di esperienza e di competenza di ciascuno dei medici. Il fatto ignoto che doveva desumersi era il contributo causale di ciascuno all'evento dannoso. Stante questo fatto ignoto, quello noto del livello di esperienza e di competenza di ciascuno dei medici appare inidoneo ad essere sussunto nell'indice presuntivo dotato di gravità, precisione, concordanza in quanto privo di ogni relazione con il concreto svolgimento dei fatti, in termini di contributo causale del singolo medico all'evento dannoso in relazione al quale è stato promosso il giudizio. Ed invero, in mancanza di altri indici, vi è un salto logico fra la competenza ed esperienza del medico in astratto, e quanto in concreto sia stato dal medesimo in concreto compiuto nell'intervento chirurgico in questione.

Trattasi di salto logico rilevante ai fini anche della sussistenza del requisito della motivazione, di cui pure è stata denunciata in rubrica l'inesistenza, posto che non si coglie la ratio decidendi di un giudizio di responsabilità, in termini di distribuzione delle diverse responsabilità, sulla base del mero dato della competenza ed esperienza del singolo medico.

Il riferimento alla CTU, con la precisazione "sul punto non contestata", è talmente generico da non consentire di colmare il salto logico e l'apparenza di motivazione evidenziati.

Passando al ricorso incidentale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che, nonostante fosse stato con l'appello denunciata la non operatività dell'assicurazione per essere stato denunciato il sinistro, in regime di claims made, dopo che il rapporto assicurativo era cessato, la corte territoriale ha omesso di pronunciare sul motivo.

Il motivo è infondato.

La corte territoriale ha chiaramente pronunciato sul motivo di appello, rilevando la nullità della clausola di previsione di un termine di decadenza per la denuncia dell'evento dannoso, non dipendente dalla volontà dell'assicurato.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1917, 1932 e 1322 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che, contrariamente a quanto affermato dalla corte territoriale, è valida la clausola claims made in questione, la quale, oggetto di specifica contrattazione fra le parti, escludeva le richieste di risarcimento pervenute successivamente alla cessazione del contratto per qualsiasi motivo, pur in presenza di comportamento colposo posto in essere in costanza di efficacia della clausola, con previsione di un premio assicurativo molto basso rispetto al massimale assicurato per ciascun sinistro.

Il motivo è fondato.

Il rilievo di nullità della clausola in questione è stato basato dalla corte territoriale sull'arresto di questa Corte n. 8894 del 2020. Trattasi di precedente rimasto isolato nella giurisprudenza di legittimità. **L'indirizzo cui va data continuità è quello secondo cui in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola claims made" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "genus" dell'assicurazione contro i danni ex art. 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "clams made" è pienamente partecipe (Cass. n. 12908 del 2022).**

Come affermato dalle sezioni unite di questa Corte, **il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. L'indagine che il giudice del merito deve compiere riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati** (Cass. Sez. U. n. 22437 del 2018).

A tale principio di diritto deve adeguarsi il giudice del merito in sede di rinvio.

Con il terzo motivo si denuncia omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha omesso di esaminare la circostanza della clausola oggetto di specifica contrattazione fra le parti, escludente le richieste di risarcimento pervenute successivamente alla cessazione del contratto per qualsiasi motivo, pur in presenza di comportamento colposo posto in

essere in costanza di efficacia della clausola, con previsione di un premio assicurativo molto basso rispetto al massimale assicurato per ciascun sinistro.
L'accoglimento del precedente motivo determina l'assorbimento del motivo.

P.Q.M.

accoglie il terzo, quarto, quinto e settimo motivo del ricorso principale, rigettandolo per il resto; accoglie il secondo motivo del ricorso incidentale, con rigetto del primo motivo ed assorbimento del terzo; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma il giorno 22 aprile 2024.
Depositato in Cancelleria l'8 maggio 2024.

Decesso del paziente e danno patrimoniale subito dai figli economicamente indipendenti

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12497; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Il fatto che i figli di un paziente deceduto in seguito ad un fatto illecito siano maggiorenni ed economicamente indipendenti non esclude la configurabilità, e la conseguente risarcibilità, del danno patrimoniale da essi subito per effetto del venir meno delle provvidenze aggiuntive che il genitore destinava loro, posto che la sufficienza dei redditi del figlio esclude l'obbligo giuridico del genitore di incrementarli, ma non il beneficio di un sostegno durevole, prolungato e spontaneo, sicché la perdita conseguente si risolve in un danno patrimoniale, corrispondente al minor reddito per chi ne sia stato beneficato.

... Omissis ...
Motivi della decisione

muovendo dal ricorso principale, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente, in relazione al mancato riconoscimento del danno patrimoniale in favore di A.A., che la corte territoriale, in luogo dell'art. 2043, ha applicato l'art. 147 c.c., posto che la questione è quella della perdita del sostegno economico di cui la figlia beneficiava pur in assenza di un obbligo giuridico, spettando il risarcimento anche in favore del figlio maggiorenne economicamente indipendente.
Il motivo è fondato.
Il fatto che i figli di persona deceduta in seguito ad un fatto illecito siano maggiorenni ed economicamente indipendenti non esclude la configurabilità, e la conseguente risarcibilità, del danno patrimoniale da essi subito per effetto del venir meno delle provvidenze aggiuntive che il genitore destinava loro, posto che la sufficienza dei redditi del figlio esclude l'obbligo giuridico del genitore di incrementarli, ma non il beneficio di un sostegno durevole, prolungato e spontaneo, sicché la perdita conseguente si risolve in un danno patrimoniale, corrispondente al minor reddito per chi ne sia stato beneficato (Cass. n. 24802 del 2008; n. 4253 del 2012).
A tale principio di diritto dovrà attenersi il giudice del merito.
Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che il giudice di appello ha erroneamente recepito le risultanze istruttorie relative al nipote L.L., ove si consideri il contenuto dei capitoli di prova testimoniale e che non era condivisibile l'affermazione secondo cui la tenera età non consentiva di stabilire un rapporto con il nonno.
Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che le testimonianze in atti hanno dimostrato il radicale sconvolgimento di vita che la morte del padre aveva provocato per i due figli e che non vi era stato alcun esame delle risultanze istruttorie.
I due motivi, da trattare congiuntamente in quanto attinti dal medesimo vizio, sono inammissibili. Attraverso i motivi in esame viene censurato il giudizio di fatto in ordine alle risultanze processuali, riservato al giudice del merito e non sindacabile in sede di legittimità.
Peraltro, quanto al secondo motivo, la ratio decidendi non è incentrata sull'età del minore, ma sulla mancata prova di una soglia di rapporti di affetto e solidarietà con il familiare defunto tale da giustificare il risarcimento. Quanto al terzo motivo, le circostanze di fatto sono state valutate dal giudice del merito e sono state considerate, in base al suo non sindacabile giudizio di merito, come deponenti nel senso di una fisiologia di rapporti non meritevole di personalizzazione.
Passando al ricorso incidentale proposto da M.M., quale erede di I.I., con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 354 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360,comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che non è stato valutato che M.M. avesse ignorato dell'esistenza del giudizio promosso nei confronti della premorta figlia I.I., avendone appreso solo a seguito della lettera del legale della USL di Latina, e che, disattesa dal Tribunale l'istanza di rimessione in termini per la chiamata in causa dell'assicuratore, la corte territoriale non ha valutato le circostanze di una inconsapevole ignoranza circa il processo.
Il motivo è inammissibile.
In violazione dell'art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c. non risulta specificatamente indicato se ed in quali termini sia stato proposto un motivo di appello sulla questione oggetto di censura, né se ed in quali termini nella sentenza del Tribunale vi fosse una statuizione di rigetto dell'istanza di rimessione in termini in relazione alla decadenza della parte dalla facoltà di chiamare un terzo in causa, facoltà da esercitare nel termine per la costituzione in giudizio (Cass. n. 12490 del 2007). In mancanza dell'assolvimento di tale onere processuale, il motivo non è scrutinabile.
Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 310, 115, 116 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 4, cod. proc. civ. Premette la parte ricorrente che, diversamente da quanto affermato dalla corte territoriale, nella sentenza del Tribunale di Latina, relativa al giudizio promosso dalla moglie della persona deceduta, la responsabilità, sulla base della consulenza tecnica disposta dal PM nel procedimento penale, è stata ascritta al presidio ospedaliero di P. Osserva che gli atti relativi alle indagini preliminari erano già presenti negli atti processuali in quanto depositati dalla parte attrice e che nella perizia penale disposta in appello si evidenziava il carattere di mera complicanza della perforazione del duodeno, non del tutto prevedibile. Aggiunge che la motivazione non può essere limitata al profilo della tardività del deposito, senza indicazione delle ragioni di diritto, e che vi è stato riconoscimento della responsabilità sulla base del criterio del più probabile che non senza giudizio controfattuale.

Il motivo è inammissibile.
In primo luogo va evidenziata l'inidoneità dell'impugnazione della ratio decidendi rappresentata dalla tardività del deposito documentale. In violazione dell'art. 366, comma 1, n. c.p.c. non risulta specificatamente indicata la sede di ingresso nel processo di merito degli atti relativi alle indagini preliminari nel procedimento penale, essendo stata genericamente evocata una produzione da parte attorea. Quanto alla perizia disposta nella fase penale di appello è stata specificatamente rilevata la tardività del deposito dal parte della Azienda USL. In ogni caso, vi è l'ulteriore ratio decidendi che concerne il giudizio di fatto relativo alla riconosciuta responsabilità, avendo il giudice del merito reputato l'irrilevanza delle risultanze penali sulla base del diverso criterio (civilistico) del più probabile che non ed avendo poi svolto il relativo giudizio di fatto quanto alla mancanza di prova di una causa, imprevedibile ed inevitabile, che avrebbe reso impossibile la corretta prestazione sanitaria.
Peraltro, la corte territoriale ha correttamente fatto applicazione del principio di diritto secondo cui nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile (Cass. n. 35024 del 2022).
Con il terzo motivo si denuncia violazione dell'art. 132 cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la ricorrente, premesso che nella sentenza del Tribunale di Latina relativa al giudizio promosso dalla moglie della persona deceduta era stata esclusa la responsabilità della I.I. ed ascritto a complicanza la perforazione duodenale, che la motivazione è contraddittoria, e pertanto apparente, per le seguenti ragioni: da una parte si contesta l'incompletezza della cartella clinica, dall'altra si dice che i sanitari di P erano ben al corrente della storia clinica di K.K.; da una parte si afferma, quanto alla I.I., che non è sufficiente dimostrare il carattere di complicanza dell'evento dannoso, dall'altra si dice, quanto ai sanitari del presidio di P, che avrebbero dovuto considerare la possibile complicanza dell'intervento; inoltre si afferma che la tempestiva diagnosi sarebbe stata risolutiva rispetto all'aggravarsi dello K.K. e avrebbe molto probabilmente escluso l'evento morte.
Il motivo è infondato.
Va preliminarmente rilevata l'inammissibilità della censura per vizio motivazionale (peraltro irritualmente formulata) ai sensi dell'art. 348-ter c.p.c., stante la doppia conforme e la mancata dimostrazione di una divergenza circa le ragioni di fatto alla base delle due decisioni di merito (non vi è, peraltro, specifica illustrazione della motivazione della sentenza del Tribunale).
Quanto alla denuncia di motivazione apparente, vanno premessi in modo succinto i principi di diritto vigenti nella materia della causalità materiale, secondo la giurisprudenza di questa Corte (ex multis, Cass. 7355/2022, Cass. 10046/2022, Cass. 10050/2022, Cass.30496/2022).

L'accertamento giudiziario (che non coincide con il concetto di certezza naturalistica dell'accadimento di un fatto) della causalità materiale si fonda sull'applicazione del principio di cui all'art. 40 c.p.c. e sulla regola con-causale di cui all'art. 41 c.p. Principi causali strutturali adottati dalla giurisprudenza civilistica (a differenza di quella penalistica, a tutt'oggi fondata sulla teoria condizionalistica) sono quelli della regolarità causale, integrata, se del caso, in relazione alle singole fattispecie concrete, da quelli dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata. Principi causali funzionali (id. est, di causalità specifica del caso concreto, operanti sul piano della prova) di causalità materiale sono quelli (a loro volta difformi da quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, nella sostanza trasfusi ex lege nell'art. 533 c.p.p.), della probabilità prevalente e del più probabile che non. Il primo criterio (la probabilità prevalente, che può essere più correttamente definito come quello della prevalenza relativa) implica che, rispetto ad ogni enunciato, venga considerata l'eventualità che esso possa essere vero o falso, e che l'ipotesi positiva venga scelta come alternativa razionale quando è logicamente più probabile di altre ipotesi positive, in particolare di quella/e contraria/e (senza che la relativa valutazione risulti in alcun modo legata ad una concezione meramente statistico/quantitativa della probabilità), per essere viceversa scartata quando le prove disponibili le attribuiscano un grado di conferma "debole" (tale, cioè, da farla ritenere scarsamente credibile rispetto alle altre). Il secondo criterio (il più probabile che non) comporta che il giudice, in assenza di altri fatti positivi, scelga l'ipotesi fattuale che riceve un grado di conferma maggiormente probabile rispetto all'ipotesi negativa. In entrambi i casi, il termine "probabilità" non viene riferito al concetto di frequenza statistica, bensì al grado di conferma logica che la relazione tra fatti ha ricevuto sulla base dei fatti storici acquisiti al processo.
Ciò premesso sulla causalità materiale in generale, e venendo al tema del concorso di cause, cui è pertinente la denuncia di motivazione apparente, va rammentato che in presenza di una pluralità di fatti imputabili a più persone, coevi o succedentisi nel tempo, a tutti deve essere riconosciuta un'efficacia causativa del danno, se abbiano determinato una situazione tale che, senza l'uno o l'altro di essi, l'evento non si sarebbe verificato, mentre deve attribuirsi il rango di causa efficiente esclusiva ad uno solo dei fatti imputabili o quando, inserendosi questo quale causa sopravvenuta nella serie causale, spezzi il nesso eziologico tra l'evento dannoso e gli altri fatti, ovvero quando, esaurendo sin dall'origine e per forza propria la serie causale, riveli l'inesistenza, negli altri fatti, del valore di concausa e li releghi al rango di occasioni estranee. Pertanto, ai fini della determinazione del nesso di causalità, in presenza di una pluralità di fatti riferibili a più persone, si deve a tutti riconoscere - di regola - una efficienza causativa ove abbiano determinato una situazione tale che senza di essi l'evento non si sarebbe determinato; tuttavia tale regola non trova applicazione allorquando la causa per ultima sopravvenuta, per la sua intrinseca idoneità ed autonomia si sganci dalle concause anteriori ed assurga a causa determinante esclusiva dell'evento; per causa sopravvenuta e sufficiente da sola a causare l'evento, ai sensi dell'art. 41, comma 2, cod. pen., deve intendersi quella indipendente dal fatto del presunto responsabile, avulsa dalla sua condotta ed operante con

assoluta autonomia così da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità di quello; si ha interruzione del nesso causale, per effetto del comportamento sopravvenuto di altro soggetto, soltanto quando il fatto di costui si ponga come unica ed esclusiva causa dell'evento di danno, sì da privare di efficienza causale e da rendere giuridicamente irrilevante il precedente comportamento dell'autore dell'illecito mentre non si ha interruzione del nesso causale quando, essendo ancora in atto ed in sviluppo il processo produttivo del danno avviato dal fatto illecito dell'agente, nella situazione di potenzialità dannosa da questi creata si inserisca un comportamento di altro soggetto che sia preordinato proprio al fine di fronteggiare e, se possibile, di neutralizzare le conseguenze di quell'illecito; illecito che resta, in tal caso, unico fatto generatore sia della situazione di pericolo sia del danno derivante dalla adozione di misure difensive e reattive a quella situazione, sempreché rispetto ad essa coerenti ed adeguate (Cass. n. 19180 del 2018; n. 18094 del 2005).

Alla luce di tali principi di diritto, la ratio decidendi della sentenza, oltre ad essere ad essi conforme, è chiaramente percepibile. Alla stregua del principio appena richiamato, il primo comportamento illecito (l'intervento di rimozione dei calcoli) sarebbe da considerare unico fatto generatore del danno se, nel corso della fase successiva a tale situazione pregiudizievole, fossero state assunte misure idonee per reagire alla detta situazione e ciononostante fosse rimasto permanente l'evento di danno. Il giudice del merito ha invece accertato che da parte dei sanitari successivamente intervenuti non vi è stata tempestiva diagnosi. A fronte dell'inadeguatezza del successivo intervento, il giudice del merito, coerentemente ai principi di diritto richiamati, ha considerato fatti generatori dell'evento dannoso sia la condotta dell'operatore, che quella dei sanitari successivamente intervenuti. Del resto si tratta di fatti relativi alla violazione della medesima regola cautelare, posto che entrambi hanno concorso a concretizzare il rischio alla cui prevenzione la detta regola era deputata. Al cospetto di tale ratio decidendi, alla motivazione non può essere attribuito il carattere dell'apparenza.

Passando al ricorso incidentale proposto da Unipolsai Assicurazioni Spa, con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss., 1322, 1341 e 1917 c.c. Osserva la ricorrente, premesso che la richiesta risarcitoria era pervenuta dopo lo spirare del periodo di efficacia dell'assicurazione, che Cass. Sez. U. n. 22437 del 2018 ha ritenuto valida la clausola claims made, mentre è rimasta isolata Cass. n. 8894 del 2020.

Il motivo è fondato.

La giurisprudenza di questa Corte, alla luce degli arresti delle sezioni unite, è giunta alla conclusione che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla Legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati (Cass. Sez. U. n. 22437 del 2018; conforme, da ultimo, Cass. n. 12981 del 2022).

Nell'ottica dell'indagine sulla causa concreta, le sezioni unite hanno chiarito quanto segue: "l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (tale da superare le criticità innanzi ricordate: p. 17), là dove l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica. Ciò in quanto, come già affermato da questa Corte, la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni (Cass., 30 aprile 2010, n. 10596; ma, in forza di analoga prospettiva, anche Cass., S.U., 28 febbraio 2007, n. 4631). Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l'equilibrio economico delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale, ma occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "on claims made basis" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacchè, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale. Del resto, una significativa chiave interpretativa in tal senso è fornita dal considerando n. 19 della direttiva 93/13/CEE, che, sebbene abbia riguardo specificamente alla tutela del consumatore, esprime, tuttavia, un principio di carattere più generale, che trae linfa proprio dall'anzidetta relazione oggettiva rischio/premio, sterilizzando la valutazione di abusività della clausola di delimitazione del rischio assicurativo e dell'impegno dell'assicuratore "qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore"".

In questo quadro, richiamando l'estraneità del disposto dell'art. 2965 cod. civ. al giudizio relativo alla clausola claims made, la quale costituisce una delimitazione dell'oggetto del contratto, secondo quanto affermato dalle sezioni unite (Cass. Sez. U. n. 9140 del 2016 e poi la stessa Cass. Sez. U. n. 22437 del 2018), è stato affermato che "non può essere affetta da nullità, ex art. 2965 c.c., la clausola claims made "perché fa dipendere la decadenza dalla scelta di un terzo", giacché l'atteggiarsi della richiesta del terzo, quale evento futuro, imprevisto ed imprevedibile, è del tutto coerente con la struttura propria del contratto di assicurazione contro i danni (nel cui ambito, come detto, è da ricondursi la polizza con clausola claims made), in cui l'operatività della copertura deve dipendere da fatto non dell'assicurato" (Cass. n. 12908 del

2022 - diversamente si era orientata sulla questione dell'art. 2965 c.c. Cass. 8894 del 2020, rimasta isolata, come si afferma nel motivo di ricorso, ma si veda, in senso contrario, già Cass. n. 30309 del 2019).
Al fine dell'indagine in ordine alla causa concreta, il giudice del merito deve pertanto svolgere l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo, dando valore alle circostanze rilevanti, quale quella, invero determinante, del premio di polizza. Spetta così al giudice del merito, facendo applicazione dei suddetti principi di diritto, giudicare dell'assenza o presenza di squilibrio sinallagmatico dal punto di vista del giudizio di fatto.
Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss., 1910, 1891, 1917, 2697, 2727 c.c., 210 c.p.c. Osserva la ricorrente, in relazione alla mancata valutazione dell'operatività della clausola a secondo rischio, che l'obbligo della ASL di assicurare i dipendenti costituisce presunzione ai sensi dell'art. 2727 e che l'ordine di esibizione ai sensi dell'art. 210, rispetto al quale Unipolsai non disponeva di altro mezzo per acquisire la polizza "a primo rischio", non richiedeva l'indicazione degli estremi della polizza.
Il motivo è inammissibile. Costituisce autonoma ratio decidendi della sentenza impugnata il richiamo al principio di diritto enunciato da Cass. n. 30314 del 2019: la polizza stipulata da una casa di cura "per conto proprio" a copertura della responsabilità civile (tanto per il fatto proprio quanto per quello altrui) non può "operare in eccesso" rispetto all'assicurazione "personale" del medico che in essa operi, poiché i due contratti, che sono diversi e riguardano soggetti differenti, non coprono il medesimo rischio. (in applicazione dell'enunciato principio, la Corte ha cassato la sentenza di appello, affermando che presupposto necessario perché possano sussistere una coassicurazione, una assicurazione plurima od una copertura "a secondo rischio" è proprio l'identità del rischio coperto). Tale ratio decidendi non è stata impugnata, da cui la non decisività della censura, la quale risulta comunque formulata nei termini, non consentiti in sede di legittimità, di confutazione del giudizio di fatto.
Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss. c.c. Osserva la ricorrente, in relazione alla mancata considerazione della franchigia, che la clausola negoziale è chiara nel senso che, in assenza di altre coperture assicurative, quella prestata da Unipol garantiva soltanto i danni causati dall'assicurato in eccedenza all'importo di Euro 500.000,00.
Il motivo è inammissibile. Circa la previsione secondo cui "qualora l'altra assicurazione venga annullata o sia inefficiente parzialmente o totalmente, rimarrà comunque a carico dell'assicurato la somma di Euro 500.000,00 per ogni sinistro" O.O., il giudice del merito ha accertato che si tratta di previsione inserita nella clausola disciplinante l'esclusa copertura a secondo rischio (e non di una previsione di franchigia) e dunque non operativa, per essere rimasta indimostrata l'esistenza di una polizza a primo rischio. Trattasi di un giudizio di fatto, integrante il risultato dell'ermeneutica svolta della clausola negoziale, non sindacabile in sede di legittimità. Nel motivo di ricorso non vi è specifica denuncia di violazione delle regole ermeneutiche, al di là del richiamo normativo in rubrica, ma vi è solo l'impugnazione del risultato interpretativo, non sindacabile in sede di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo del ricorso principale, dichiarando inammissibili gli altri motivi; rigetta il ricorso incidentale proposto da M.M., quale erede di I.I.; accoglie il primo motivo del ricorso incidentale proposto da Unipolsai Assicurazioni Spa, dichiarando inammissibili gli altri motivi;
cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti;
rinvia alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma il giorno 22 aprile 2024.
Depositato in Cancelleria l'8 maggio 2024.

Responsabilità professionale sanitaria e rilevanza dell'incompletezza della cartella clinica

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12633; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il Giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

1.1.1. - Giova premettere, in punto di diritto, che, alla luce dell'ormai consolidato orientamento di questa Corte (tra le molte: Cass. n. 18392/2017; Cass. n. 3704/2018; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 21530/2021; Cass. n. 10050/2022; Cass. n. 34027/2022), **nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non" (giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)), causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.**
Va, inoltre, precisato (tra le altre: Cass. n. 4439/2014; Cass. n. 13096/2017; Cass. n. 9985/2019) che è censurabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., l'errore compiuto dal giudice di merito nell'individuare la regola giuridica in base alla quale accertare la sussistenza del nesso causale tra fatto illecito ed evento, mentre l'eventuale errore nell'individuazione delle conseguenze che sono derivate dall'illecito, alla luce della regola giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale sottratta al sindacato di legittimità, se non negli stretti limiti in cui è consentita la denuncia del vizio di omesso esame di cui al vigente art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.
1.1.2. - La Corte territoriale ha fatto buon governo dei principi anzidetti - con i quali le censure di parte ricorrente mal si confrontano - avendo ritenuto, sulla scorta delle risultanze della CTU, in applicazione della regola probatoria del "più probabile che non", considerando anche le circostanze del caso concreto (c.d. probabilità logica), insussistente il nesso causale tra intempestiva diagnosi e ritardata cura (a base di somministrazione di CoQ10) della malattia genetica a carico della piccola paziente e aggravamento della patologia dalla stessa subito, con postumi invalidanti del 100% (cfr. in tal senso la sintesi al par. 2 del "Ritenuto che", cui si rinvia, e pp. 13/16 della sentenza di appello).
Non vi è, dunque, alcun errore del giudice del merito nell'interpretazione e applicazione dei principi in materia di causalità, né della regola sul riparto dell'onere di prova, essendo le doglianze dei ricorrenti (in disparte quelle già di per sé inammissibili perché non attinenti al tema di prova del nesso causale, su cui è soltanto incentrata la ratio decidendi della sentenza impugnata) volte, piuttosto, a criticare una asserita erronea e contraddittoria lettura della CTU, sostituendosi inammissibilmente al giudice del merito nella valutazione la quaestio facti e sollecitando questa Corte (anche con le argomentazioni svolte in sede di memoria ex art. 380-bis 1 c.p.c., ammissibili solo là dove aventi funzione illustrativa, e non già emendativa e/o innovativa, delle censure originariamente proposte: tra le molte, Cass. n. 12657/2017) ad un sindacato che non le è consentito.
Né, in ogni caso, le censure sarebbero scrutinabili sotto la lente del c.d. travisamento della prova, il quale richiede, per essere ammissibilmente denunciato, che venga prospettata non già una verifica logica della riconducibilità dell'informazione probatoria al fatto probatorio controverso, ma una mera svista percettiva del giudice di merito in ordine al contenuto informativo oggettivo della prova in forza della quale ha assunto la decisione e che una tale svista sia affatto decisiva (Cass., S.U., n. 5792/2024).
Nella specie, non è dedotta alcuna mera svista percettiva del contenuto oggettivo della CTU, bensì una diversa interpretazione delle conclusioni alle quali i consulenti sono giunti, in particolar modo assumendo centralità, sotto questo profilo, la portata semantica del termine "verosimiglianza".
Ciò che, per un verso, rende del tutto evidente di come non sussistano i presupposti neppure per denunciare un travisamento della prova.
2. - Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112, 113, 115, 116, 356 c.p.c., 1176, 2236, 1218, 1223, 1225, 1228, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., 40 e 41 c.p., per aver la Corte territoriale ritenuto erroneamente che le incompletezze della cartella clinica (relative al mancato ritrovamento del referto della biopsia cutanea del marzo 2003 e il mancato ritrovamento della cartella clinica del ricovero dell'agosto 2003) fossero "irrilevanti per il giudizio", in quanto valorizzabili solo per sostenere la tardività della diagnosi e della cura, ma non già ai fini della prova del nesso causale.
I ricorrenti deducono che, contrariamente a quanto reputato dal giudice di appello, la mancanza dei predetti documenti avrebbe una "duplice rilevanza": a) di integrare "per sé ulteriore specifico profilo di responsabilità per la struttura sanitaria", avendo la stessa fatto venire meno "informazioni di fondamentale importanza per il trattamento e la cura della paziente"; b) di consentire la prova del nesso causale, non potendo la difettosa tenuta della cartella clinica andare a detrimento del paziente e, quindi, portare ad escludere il nesso di causa tra la condotta dei sanitari e il danno che ne è derivato.
Infine, la sentenza impugnata sarebbe censurabile anche per non aver provveduto sulle istanze istruttorie e per aver rigettato l'istanza di rinnovazione della c.t.u. pur essendovi

"l'esigenza di una attualizzazione dei danni, anche in considerazione del tempo trascorso".

2.1. - Il motivo è inammissibile.

In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (Cass. n. 27561/2017; Cass. n. 26428/2020).

Nella specie, tuttavia, la Corte territoriale ha ritenuto che le lacune della cartella clinica non fossero pertinenti al fine di provare il nesso eziologico tra condotta dei sanitari e danno iatrogeno, avendo invece rilievo sotto il diverso profilo della connotazione imperita e negligente di quella condotta.

Tale ratio decidendi non è colta dalle censure di parte ricorrente, che si limitano a richiamare principi giuridici (sull'obbligo di tenere correttamente la cartella clinica e sul fatto che la relativa incompletezza non può ridondare in danno del paziente) che, rispetto a detta specifica ratio, non sono affatto concludenti.

Sono, altresì, inammissibili le ulteriori censure sulla mancata ammissione dei richiesti mezzi istruttori (segnatamente, prove orali), dei quali non si dà contezza in ordine ai fatti che gli stessi intendevano provare e se, pertanto, fossero o meno decisivi (e ancor prima pertinenti) rispetto al tema probatorio del nesso eziologico tra condotta dei sanitari e danno iatrogeno.

Ed è inammissibile, infine, anche la doglianza sul rigetto di rinnovazione della CTU - che la Corte territoriale ha motivato ritenendola sorretta da "argomentazioni generiche", in forza delle quali si sosteneva anche "che i consulenti abbiano accertato un nesso di causa fra l'omissione medica e l'aggravamento della patologia" -, giacché i ricorrenti, mancando di aggredire questa stessa ratio decidendi, si dolgono che la consulenza tecnica avrebbe consentito "una attualizzazione dei danni"; rendendo, quindi, affatto palese la irrilevanza della stessa CTU (come già, del resto, evidenziato dal giudice di appello) in assenza della prova sull'anzidetto nesso di causa, quale necessario presupposto per poter passare alla delibazione sulla consistenza del danno.

3. - Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1176, 2236, 1218, 1223, 1225, 1228, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., per aver la Corte territoriale affermato "laconicamente, ... senza alcuna motivazione, che sarebbe corretto escludere "ogni negligenza nel comportamento dei sanitari"", là dove, peraltro, emergeva dal compendio probatorio e dalle risultanze della CTU la condotta gravemente colposa degli stessi medici per la tardività della diagnosi e, comunque, per la intempestività della cura a base di CoQ10.

3.1. - Il motivo è inammissibile, giacché le doglianze con esso veicolate riguardano il profilo dell'inadempimento dei sanitari, mentre la ratio decidendi che sorregge la decisione del giudice di appello si incentra, come detto, sulla assenza di prova del nesso di causalità materiale tra l'omissione medica e l'aggravamento della patologia a carico della paziente.

4. - Con il quarto mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 99, 112, 113, 183, 189, 190, 345 c.p.c., 1176, 2236, 1218, 1223, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente ritenuto domanda nuova in appello, inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c., quella relativa al risarcimento da perdita di chance, che, invece, era stata proposta tempestivamente con l'atto introduttivo del giudizio (pp. 26 e 27 atto di citazione) là dove era stato dedotto: "In coerenza con tutte le premesse di cui sopra, la conclusione del consulente medico di parte è chiara: sotto il profilo medicolegale possiamo affermare che la predetta mancata tempestiva somministrazione terapeutica di coenzima Q10, riconducibile alle carenze professionali e strutturali del reparto di Pediatria dell'ospedale di P, ha provocato l'instaurarsi di lesioni cerebrali, muscolari e retiniche e ha, quanto meno, grandemente ridotto le chance terapeutiche di migliore evoluzione delle lesioni renali. Di conseguenza, la gran parte della predetta invalidità permanente, pari all'80%, è da ricondursi causalmente alle predette carenze di assistenza".

Infine, i ricorrenti sostengono che avrebbe errato il giudice di secondo grado ad applicare l'art. 345 c.p.c., posto che le conclusioni formulate nel giudizio di appello erano "coincidenti con quelle formulate dagli attori in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado" (udienza del 12 febbraio 2019), là dove essi instavano, in via gradata, per il risarcimento dei danni conseguenti ad "una gravissima perdita di chance di guarigione" della figlia minore.

4.1. - Il motivo è manifestamente infondato.

Giova rammentare, anzitutto, che, in tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica; sicché, è da ritenersi nuova e, dunque, inammissibile la domanda risarcitoria per perdita di chance avanzata per la prima volta in appello (tra le altre: Cass. n. 25886/2022).

La decisione del giudice di appello ha, dunque, correttamente applicato detto principio, giacché, come già rilevato con la proposta ex art. 380-bis c.p.c., "il richiamo alla chance nel passo trascritto a pag. 42 del ricorso è inidoneo a costituire un'autonoma ratio decidendi, tale da integrare un'ulteriore domanda, alla luce dell'inciso che vi segue subito ("di conseguenza, la gran parte della predetta invalidità permanente pari all'80%, è da ricondursi causalmente alle predette carenze di assistenza"), il quale rinvia all'ordinario nesso eziologico fra la condotta e il danno evento in termini di patologia".

Né, del resto, è concludente la censura che assume essere tempestiva e, dunque, ammissibile la domanda risarcitoria per perdita di chance avanzata in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado e solo ribadita in sede di gravame, giacché, nella vigenza del regime giuridico delle preclusioni introdotto dalla L. n. 353 del 1990, la novità della domanda formulata nel corso del giudizio è rilevabile anche d'ufficio da parte del giudice, trattandosi di una questione sottratta alla disponibilità delle parti, in virtù del principio secondo cui il thema decidendum è modificabile soltanto nei limiti e nei termini a tal fine previsti (art. 183 c.p.c.), con la conseguenza che, ove in primo grado tali condizioni non siano state rispettate (come nella specie), l'inammissibilità della domanda può essere fatta valere anche in sede di gravame e pure in sede di legittimità, senza che rilevi, in contrario, che l'appellato abbia accettato il contraddittorio sulla domanda anzidetta

(Cass. n. 4318/2016; Cass. n. 13769/2017; Cass. n. 24040/2019).
5. - Il ricorso va, dunque, rigettato e i ricorrenti condannati, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali del giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo.
6. - La decisione assunta dal Collegio è conforme alla proposta di definizione accelerata formulata ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c.
Avendo la Corte definito il giudizio in conformità alla proposta ex art. 380-bis c.p.c., trovano applicazione le previsioni di cui all'art. 96, terzo e quarto comma, c.p.c., sulla condanna della parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata e, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad Euro 500 e non superiore ad Euro 5.000.
L'art. 380-bis, comma terzo, c.p.c. (come novellato dal D.Lgs. n. 149 del 2022) - che, nei casi di definizione del giudizio in conformità alla proposta, contiene una valutazione legale tipica della sussistenza dei presupposti per la condanna ai sensi del terzo e del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. - codifica, infatti, un'ipotesi normativa di abuso del processo, poiché il non attenersi ad una valutazione del proponente, poi confermata nella decisione definitiva, lascia presumere una responsabilità aggravata del ricorrente (Cass., S.U., n. 27195/2023; Cass., S.U., n. 28540/2023).
I ricorrenti, dunque, vanno, altresì, condannati al pagamento della somma, equitativamente determinata, di Euro 500,00 in favore della controparte e di una ulteriore somma di Euro 500,00 in favore della Cassa delle Ammende.

P.Q.M.
Rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 2.500,00, per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge;
condanna, altresì, i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento della somma di Euro 500,00, in favore della parte controricorrente e al pagamento dell'ulteriore importo di Euro 500,00 in favore della Cassa delle Ammende.
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.
Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di A.A., D.D., E.E. e F.F., ivi riportati.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 25 marzo 2024.
Depositato in Cancelleria in data 8 maggio 2024.

Exitus imminente e diritto di scelta del paziente

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 22 maggio 2024, n. 14245; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Può dirsi autonomamente risarcibile la perdita di quel ventaglio di opzioni tra le quali il paziente ha il diritto di scegliere dinanzi alla prospettiva di un exitus imminente, ovvero non solo l'eventuale scelta di procedere all'attivazione di una strategia terapeutica, o la determinazione per la possibile ricerca di alternative d'indole meramente palliativa, ma anche la stessa scelta di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine, giacché, tutte queste scelte appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative esistenziali.

... Omissis ...

Motivi della decisione

... Omissis ...

Seppur con riferimento a fattispecie di omessa tempestiva diagnosi di patologie oncologiche ad esito, comunque, infausto è attuale nella giurisprudenza di questa Corte la considerazione per cui **è configurabile in termini di perdita diretta di un bene reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo quello correlato al diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto (così, in motivazione**, Cass. n. 7260/2018).

A prescindere dai profili attinenti al risarcimento del danno da perdita di chance indissolubilmente legati alla lesione del diritto alla salute per fatto illecito imputabile al terzo, per quel che rileva ai presenti fini occorre considerare **come può dirsi autonomamente risarcibile la perdita di quel ventaglio di opzioni tra le quali il paziente ha il diritto di scegliere dinanzi alla prospettiva di un exitus imminente, ovvero non solo l'eventuale scelta di procedere all'attivazione di una strategia terapeutica, o la determinazione per la possibile ricerca di alternative d'indole meramente palliativa, ma anche la stessa e ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine, giacché, tutte queste scelte "appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative esistenziali"** (Cass. n. 7260/2018; Cass. n. 10429/2019).

1.1.3. Ciò posto, non è incorsa in violazione la Corte territoriale nella parte in cui, previa individuazione della situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, cioè il diritto all'autodeterminazione della propria sfera personale, ha concluso nel senso della risarcibilità dei danni, sia patrimoniali che non patrimoniali, da tale lesione derivanti: a) nel primo caso, la liquidazione della somma di euro 500,00, corrispondente alla somma pagata a titolo di corrispettivo per il prodotto Biotex; b) nel secondo, la liquidazione della somma di euro 25.000,00 in favore di ciascuno dei congiunti, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito dai prossimi congiunti, sia iure proprio, come conseguenza in termini di sofferenza morale e disperazione circa il tradito affidamento sulla efficacia curativa ovvero palliativa del prodotto Biotex, sia iure hereditatis, in ragione dell'alterazione delle scelte personali effettuate da E.E. in prossimità dell'ultima (consapevole) fase della propria vita.

La Corte, in sede di quantificazione del danno -correttamente individuato in conformità della gravità della condotta perpetrata dal A.A. -, ha, infatti, preso in considerazione le conseguenze scaturenti dalla lesione del diritto alla autodeterminazione (danno evento) nei termini sopra descritti, ritenendoli meritevoli di risarcimento: a) il grave approfittamento da parte del A.A. e del G.G. della condizione di particolare soggezione psicologica ed emotiva in cui vennero a trovarsi il E.E. e i suoi congiunti di fronte all'infausta diagnosi di malattia tumorale; b) la protervia dei convenuti nell'agire illecito protrattosi nel tempo e con modalità sempre più subdole (somministrazione endovenosa); c) il profondo senso di frustrazione derivante dalle fraudolente promesse di guarigione; d) l'interruzione delle cure chemioterapiche e di morfina, su suggerimento dei predetti convenuti, che seppur non avrebbero determinato la guarigione, quantomeno ne avrebbero lenito il dolore derivante dal progredire della malattia.

Queste, dunque, le conseguenze patite iure proprio e in qualità di eredi del E.E. correttamente ascritte dalla Corte territoriale nell'alveo dei danni conseguenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione, individuato come perno del petitum. prima, in sede di interpretazione della domanda giudiziale, e del processo, poi.

... Omissis ...

P.Q.M.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di E.E. ivi riportati.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 5 aprile 2024.

Depositato in Cancelleria il 22 maggio 2024.

Rilevanza della transazione tra medico e danneggiato sull'accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 28 maggio 2024, n. 14846; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

Anche quando la domanda risarcitoria si fonda sull'erroneo operato del medico e non sui profili strutturali e organizzativi della struttura sanitaria, la transazione tra medico e danneggiato non impedisce l'esercizio dell'azione per l'accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera - che non ha natura di responsabilità per fatto altrui, bensì per fatto proprio e, pertanto, non viene meno in conseguenza della liberazione del medico dalla propria obbligazione risarcitoria - ma comporta unicamente che, nel compiere detto accertamento, il giudice debba indagare "incidenter tantum" sulla esistenza di una eventuale condotta colposa del sanitario.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1.1. Il motivo è inammissibile ai sensi dell'art. 360 bis n. 1 C.P.C. .

Il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di questa Corte e l'esame del motivo non offre elementi per mutare l'orientamento di legittimità.

Deve subito essere sgombrato il campo dalla questione del difetto di titolarità passiva del soggetto obbligato, che risulta adombrata al termine del motivo con il riferimento alle Aziende ospedaliere, perché, in violazione dell'onere di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 C.P.C., non risulta specificatamente indicato se un motivo di appello abbia avuto ad oggetto la detta questione.

Il rilievo di assenza di elementi per mutare la giurisprudenza di questa Corte discende dalla circostanza che la censura è essenzialmente basata su una giurisprudenza precedente a quella cui si fa riferimento nella sentenza impugnata, e cioè Cass. n. 6243 del 2015, alla cui motivazione si fa espresso rinvio nella presente sede.

Va comunque qui richiamata una parte significativa della motivazione di quest'ultima pronuncia, il cui perno è la norma fondamentale di cui all'art. 25, comma 3, legge n. 833 del 1978 ("l'assistenza medicogenerica e pediatrica è prestata dal personale dipendente o convenzionato del servizio sanitario nazionale operante nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza del cittadino").

"Il diritto soggettivo dell'utente del S.S.N. all'assistenza medicogenerica ed alla relativa prestazione curativa, nei limiti stabiliti normativamente (dapprima, dal piano sanitario nazionale e, poi, dai LEA), nasce, dunque, direttamente dalla legge ed è la legge stessa ad individuare la ASL come soggetto tenuto ad erogarla, avvalendosi di "personale" medico alle proprie dipendenze ovvero in rapporto di convenzionamento (avente natura di rapporto di lavoro autonomo "parasubordinato"). Il medico convenzionato, scelto dall'utente iscritto al S.S.N. nei confronti della ASL, in un novero di medici già selezionati nell'accesso al rapporto di convenzionamento e in un ambito territoriale delimitato, è obbligato (e non può rifiutarsi, salvo casi peculiari sorretti da giustificazione e, dunque, sindacabili dalla stessa ASL) a prestare l'assistenza medico-generica, e dunque la prestazione curativa, soltanto in forza ed in base al rapporto di convenzionamento (e non già in base ad un titolo legale o negoziale che costituisca un rapporto giuridico diretto con l'utente), il quale rappresenta altresì la fonte che legittima la sua remunerazione da parte, esclusivamente, della ASL (essendo vietato qualsiasi compenso da parte dell'utente). Le prestazioni di assistenza medico-generica, che sono parte dei livelli uniformi (e, poi, dei LEA) da garantirsi agli utenti del S.S.N., sono, infatti, finanziate dalla fiscalità generale, alla quale concorrono tutti i cittadini con il versamento di una imposta". In linea con la risalente e costante giurisprudenza di questa Corte, Cass. n. 6243 del 2015 qualifica il rapporto di convenzionamento in termini di parasubordinazione (fra le tante, da ultimo, Cass. n. 27782 del 2021).

Va così confermata la qualificazione della fattispecie di responsabilità in termini di responsabilità per fatto degli ausiliari di cui all'art. 1228 c.c., secondo quanto prospettato nella pronuncia del 2015.

Il soggetto pubblico, per l'adempimento dell'obbligazione di fornire l'assistenza medico-generica cui per legge è obbligato, si vale dell'opera del terzo, cioè di un esercente la professione sanitaria il quale non è dipendente del soggetto obbligato, ma costituisce personale "convenzionato" (in alternativa a quello "dipendente", secondo l'indicazione fornita dall'art. 25, comma 3, legge n. 833 del 1978).

Trattasi di una fattispecie di responsabilità, identificata in sede interpretativa dalla giurisprudenza, che è stata poi recepita dal legislatore con l'art. 7 legge n. 24 del 2017 ("1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie 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"), secondo una linea di continuità fra l'interpretazione giurisprudenziale

dell'ordinamento ed il successivo intervento legislativo, quale argomento ex post a sostegno della detta interpretazione (il primo comma del citato articolo 7 stabilisce chiaramente la correlazione fra la collocazione lavorativa dell'esercente ed il titolo di responsabilità: per il dipendente vale l'art. 1218, per il non dipendente l'art. 1228).

Non è elemento idoneo al mutamento della giurisprudenza l'ulteriore argomento secondo cui, riconoscendo la responsabilità dell'A.T.S. per l'attività del medico generico convenzionato, dovrebbe riconoscersi la responsabilità anche per l'attività delle farmacie e delle strutture sanitarie accreditate. Trattasi di argumentum ab inconvenienti che mira a confutare l'interpretazione della fattispecie in esame per le conseguenze che potrebbe eventualmente avere in relazione a fattispecie diverse da essa, e comunque estranee all'oggetto dell'odierno ricorso. L'estraneità delle fattispecie richiamate al principio di diritto qui recepito rende l'argomento non pertinente sul piano logico e perciò inidoneo al mutamento della giurisprudenza. In ogni caso, a distinguere la fattispecie in esame da quelle richiamate nel motivo, vi è il costante riferimento nella giurisprudenza di questa Corte alla parasubordinazione, che connota il rapporto di lavoro con il personale medico convenzionato.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 1965 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. Civ. . Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha omesso di considerare che gli attori hanno dichiarato di "accettare una somma omnicomprensiva a tacitazione totale e definitiva di ogni diritto e pretesa riferibile ai fatti per cui è causa e con l'effettivo incasso di quanto convenuto dichiarano di non aver più nulla a pretendere per qualsiasi titolo, ragione e/o causa", per cui, non vantando più alcun diritto i danti causa, il medico e Unipolsai non possono agire in alcun modo nei confronti dell'ATS, con inevitabile cessazione della materia del contendere per tutte le parti del giudizio, e che la rinuncia agli atti del giudizio doveva intendersi nei confronti di tutte le parti processuali.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione dell'art. 1916, comma 1, c.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. Civ. . Osserva la parte ricorrente, richiamato l'erroneo riferimento a Cass. n. 8620 del 2015 relativa al sinistro da circolazione stradale, che il diritto di surroga non può considerarsi operante non avendo mai gli attori esteso la domanda nei confronti dell'ATS e che, mentre l'indennizzo è la somma corrisposta dall'assicuratore, a titolo di reintegrazione patrimoniale, al verificarsi di un evento previsto dal contratto (infortunio, malattia, incendio), nel caso di specie Unipolsai ha corrisposto un vero e proprio risarcimento del danno, in forza del secondo comma dell'art. 1917.

3.1. Il secondo ed il terzo motivo, da valutare congiuntamente, sono infondati. Il fatto costitutivo del rapporto dedotto in giudizio da Unipolsai con l'atto di intervento è il diritto che, nell'ambito della transazione per la quale l'interventore quale assicuratore del convenuto ha pagato agli attori un determinato importo, è stato attribuito ad Unipolsai sia dagli attori, nei confronti dell'ATS, che dall'assicurato, nei confronti sempre dell'ATS nella qualità di coobligato destinatario dell'azione di regresso. L'attribuzione del diritto, così avvenuta, va diversamente qualificata, a seconda del dante causa.

Gli attori hanno ricevuto il pagamento da un terzo, non ricorrendo un rapporto obbligatorio fra costoro e l'assicuratore del convenuto.

Trattandosi di pagamento ricevuto da un terzo, essi, nella qualità di creditori, hanno surrogato il pagatore nei diritti nei confronti dell'ATS, ai sensi dell'art. 1201 c.c. . La circostanza della mancata estensione della domanda da parte degli attori nei confronti dell'ATS, secondo quanto si afferma nel terzo motivo, non ha rilevanza, posto che in questione è la vicenda di diritto sostanziale che Unipolsai ha dedotto in giudizio (per la prima volta) con l'atto di intervento. Quanto, invece, all'assicurato, costui ha ceduto all'assicuratore il diritto relativo all'azione di regresso esercitata nei confronti dell'ATS. In quest'ultimo caso, la cessione ha avuto effetto nei confronti dell'ATS con l'intervento in giudizio (come è noto, la notificazione della cessione di cui all'art. 1264 può verificarsi anche con l'evocazione in giudizio del debitore ceduto).

Alla luce di tale qualificazione giuridica, in funzione anche correttiva della motivazione della decisione impugnata ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 384 C.P.C., risulta evidente che non ha rilievo la circostanza della soddisfazione del credito degli attori con l'avvenuta transazione, trattandosi del presupposto della surrogazione per volontà del creditore, e che la rinuncia agli atti non poteva comportare l'estinzione del processo.

Si dà inoltre così continuità al principio di diritto secondo cui, **anche quando la domanda risarcitoria si fonda sull'erroneo operato del medico e non sui profili strutturali e organizzativi della struttura sanitaria, la transazione tra medico e danneggiato non impedisce l'esercizio dell'azione per l'accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera - che non ha natura di responsabilità per fatto altrui, bensì per fatto proprio e, pertanto, non viene meno in conseguenza della liberazione del medico dalla propria obbligazione risarcitoria -, ma comporta unicamente che, nel compiere detto accertamento, il giudice debba indagare "incidenter tantum" sulla esistenza di una eventuale condotta colposa del sanitario (Cass. n. 26118 del 2021).**

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione dell'art. 115 C.P.C., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, cod. proc. Civ. . Osserva la parte ricorrente che, ad essere generico, è l'atto transattivo e che non possono essere imputate all'ATS le spese per l'accertamento tecnico preventivo. Aggiunge che non vi sono stati danni da invalidità permanente, ma solo danni differenziali di carattere temporaneo e che contraddittoriamente per un verso si riconosce la perdita anticipata della capacità lavorativa specifica, per l'altro si evidenzia che, anche nel caso di un corretto iter diagnostico-terapeutico nell'agosto del 2013, vi sarebbe stata una compromissione dell'integrità psico-fisica pari al 40%. Precisa che la corte territoriale non ha considerato che nel novembre 2016, a seguito del trapianto renale, la percentuale di perdita era stata ridotta al 40%, che non vi era impedimento per lo svolgimento di altre tipologie di lavoro e che la riduzione della potenziale attitudine all'attività lavorativa è ricompresa nel risarcimento del danno biologico. Aggiunge che quest'ultima deve essere accertata in concreto attraverso la puntuale e precisa dimostrazione della mancanza della persistenza, dopo l'evento, di una capacità generica di attendere ad altri lavori (di qualunque genere) e che il coinvolgimento diretto della moglie nell'assistenza dell'attore è una mera asserzione priva di allegazioni e prove.

4.1. Il motivo è inammissibile. Sotto il profilo della denuncia del vizio motivazionale, la censura si scontra con il divieto di cui all'art. 348 ter C.P.C. in presenza di c.d. doppia conforme,

e senza che la ricorrente abbia dimostrato una divergenza delle ragioni di fatto alla base delle due decisioni di merito.
Sul resto delle censure, proposte in rubrica per violazione dell'art. 115 C.P.C., deve in primo luogo osservarsi che non risulta impugnata in modo idoneo la ratio decidendi in termini di difetto di specificità dei motivi di appello. La ricorrente si è limitata a negare il carattere di genericità dell'impugnazione, ma in violazione dell'onere di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 C.P.C. ha omesso di indicare in modo specifico il contenuto del motivo di appello in ordine da dimostrarne la conformità al paradigma dell'art. 342 C.P.C. Il giudizio di inammissibilità dell'appello resta così fermo all'esito del proposto motivo di ricorso.
In ogni caso le censure attingono il giudizio di fatto ed implicano pertanto una valutazione di merito preclusa nella presente sede di legittimità. L'art. 115 è stato così richiamato proprio al livello della valutazione della prova, riservata al giudice del merito, e non per profili rilevanti nella presente sede di legittimità.
5. Con il quinto motivo si denuncia violazione degli artt. 1228, 1298 e 2055 c. c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. Civ. .
Osserva la parte ricorrente che la corte territoriale ha statuito per la manleva la misura del 50% su base meramente presuntiva per un fatto imputabile al solo medico di base e che, mancando il contratto di spedalità, non vi è concorso nella produzione del fatto dannoso, per cui non può farsi luogo alla ripartizione dell'onere risarcitorio.
5.1. Il motivo è infondato.
Una volta che si assuma quale titolo di responsabilità l'art. 1228 c.c., correttamente la corte territoriale ha fatto applicazione del principio enunciato da questa Corte in relazione al rapporto interno fra struttura sanitaria e medico nel regime precedente l'intervento della legge n. 24 del 2017, ricorrendone il medesimo fondamento rappresentato dall'adempimento dell'obbligazione dell'assistenza medico-generica, sia pure non mediante personale dipendente, ma mediante personale convenzionato. In particolare, si è affermato che nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017 la responsabilità per i danni fra il medico e la struttura sanitaria deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale (Cass. n. 28987 del 2019; n. 29001 del 2021; n. 34516 del 2023). Alla luce di quanto osservato a proposito del primo motivo, irrilevante è l'assenza di un contratto di spedalità.
6. Con il sesto motivo si denuncia violazione dell'art. 1228 c. c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nonché omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. . Osserva la parte ricorrente che, se si ammette la responsabilità dell'ATS ai sensi dell'art. 1228, tale responsabilità è per fatto proprio, non per fatto altrui (Cass. n. 29001 del 2021), per cui in presenza di una responsabilità diretta per fatto proprio, per l'inadempimento all'obbligazione di prestare assistenza medico-generica, deve ritenersi sussistente la copertura assicurativa ai sensi dell'art. 2 della polizza e che l'art. 10 determina un'estensione di garanzia all'obbligazione principale derivante dalla responsabilità diretta dell'Ente. Aggiunge che l'obbligo assicurativo discende dalla responsabilità derivante dall'art. 1228.
Il motivo è inammissibile.
Non è in discussione che la responsabilità della struttura sanitaria integri, ai sensi dell'art.1228 c.c., una fattispecie di responsabilità diretta per fatto proprio, ma la questione che il motivo pone attiene esclusivamente all'interpretazione della volontà delle parti contrattuali. Il risultato ermeneutico raggiunto dal giudice del merito è nel senso dell'insussistenza della copertura assicurativa per il fatto, di cui l'ATS risponde direttamente, commesso da medico non a rapporto di dipendenza, nel caso di mancanza dell'obbligo per legge di copertura assicurativa. Accertando l'insussistenza di tale obbligo, la corte territoriale ha concluso nel senso della mancanza della copertura assicurativa.
Tale giudizio interpretativo non è stato impugnato sotto il profilo della violazione delle regole ermeneutiche previste dal codice civile, ma quale violazione dell'art. 1228, nonché quale vizio motivazionale. Sotto entrambi i profili si è fatto discendere l'esistenza dell'obbligo assicurativo dalla responsabilità ai sensi dell'art. 1228, ma trattasi di giudizio di fatto, in ordine al contenuto del contratto di assicurazione, che meramente si contrappone a quello del giudice del merito. Tale contrasto interpretativo sfugge al sindacato di legittimità.
Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.
Poiché il ricorso viene disatteso, sussistono le condizioni per dare atto, ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 - quater all'art. 13 del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento, da parte della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.
Rigetta il ricorso.
Condanna la ricorrente al pagamento, in favore di Unipolsai Assicurazioni Spa, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 3.500,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Condanna la ricorrente al pagamento, in favore di XL Insurance Company SE, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 4.500,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.
Così deciso in Roma il giorno 20 maggio 2024.
Depositato in Cancelleria il 28 maggio 2024.

Errore del medico-persona fisica e responsabilità dell'ospedale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 maggio 2024, n. 15216; Pres. De Stefano; Rel. Rubino

La responsabilità della struttura sanitaria per il fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 c.c., è una responsabilità per fatto proprio, non per fatto altrui; chi assume l'obbligazione di prestare al paziente assistenza e cura è l'ospedale, e l'eventuale errore commesso dal medico che di quell'ospedale sia ausiliario costituisce ipso facto inadempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'ospedale. L'errore del medico-persona fisica costituisce dunque un mero presupposto di fatto per il sorgere della responsabilità dell'ospedale: e come tutti i presupposti di fatto potrà essere accertato dal Giudice incidenter tantum, senza efficacia di giudicato nei confronti del medico.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

3. - Il primo motivo è fondato.
Come chiarito da Cass. S.U. 22437 del 2018, ai cui principi, già ripresi e sviluppati da numerose pronunce a sezioni semplici successive (basti citare Cass. n. 12981 del 2022, Cass. n. 6490 del 2024), va data continuità, **il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole ori claims made basis, quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale.**
Si è altresì chiarito che l'indagine di conformità del contratto concluso dalle parti al tipo negoziale indicato riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto - sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti - e non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle claims made) e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale on claims made basis vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati.
La giurisprudenza di legittimità ha indicato quindi, in relazione alle clausole claims made, che si è fuori dal giudizio di meritevolezza, che attiene alla sfera dei contratti atipici, mentre il giudizio verte su un complesso ed articolato apprezzamento della causa in concreto, con idonea considerazione, alla luce del generale modello legale, di ogni suo aspetto rilevante.
3.1. - La Corte territoriale, nella fattispecie in esame, premette una corretta affermazione teorica, in linea di principio, là dove afferma che si è fuori dell'ambito del giudizio di meritevolezza, relativo ai contratti atipici, dovendosi invece verificare la causa concreta di un contratto tipico, essendo il contratto in questione riconducibile alla tipologia del contratto di assicurazione contro i danni.
A pagg. 12 e 13 la sentenza impugnata riporta la clausola oggetto di contestazione, quindi passa alla valutazione di essa ed afferma, con motivazione molto sintetica a pag. 13, che il contratto sia carente di causa in concreto, in quanto esso da un lato formalmente prevede che nel suo ambito di operatività siano ricompresi anche eventi di danno verificatisi nei tre anni precedenti al periodo di vigenza (che va dal 7.5.2005 al 7.5.2008), ma poi ne esclude ampie categorie, cosicché la copertura per il periodo precedente risulta di fatto svuotata di contenuto, non essendo peraltro coperti i sinistri verificatisi nel periodo di vigenza le cui richieste di risarcimento pervengano, come è normale, dopo il termine di esso (nel caso di specie, la denuncia di sinistro è arrivata all'assicurazione dopo il periodo di vigenza della polizza, quindi se la clausola claims made fosse valida, l'evento non sarebbe coperto).
3.2. - L'esame compiuto dalla corte d'appello sulla validità della clausola in discussione non appare rispondente a diritto sotto due distinti profili.
3.3. - In primo luogo, l'accertamento compiuto, sebbene formalmente qualificato come teso alla verifica della causa in concreto, appare più improntato ai caratteri del giudizio cri meritevolezza di un contratto atipico.
Il giudice di merito avrebbe dovuto, invece, valutare se il contratto presentava una assenza di corrispettività tra pagamento del premio e assunzione del rischio assicurato, quindi accertare in concreto la presenza o meno di un sostanziale disequilibrio sinallagmatico, nei termini rigorosi indicati dalle Sezioni Unite, che solo avrebbe potuto costituire sintomo di carenza della causa in concreto e quindi di inadeguatezza del contratto rispetto agli interessi che con esso le parti intendevano tutelare. L'esame condotto ai fini della verifica della causa in concreto non appare rispondente alla complessità di parametri indicati da S.U. n. 22437 del 2018, poi ripresi dalle pronunce successive (v. Cass. n. 12981 del 2022), che impongono di prendere in idonea considerazione, alla luce del generale modello legale, tutti gli aspetti del rapporto, la negoziazione informata, la convenienza del premio e la copertura di fatti pregressi, ovvero accaduti prima del periodo di validità della copertura decorrente dalla stipula, potendo proprio in ciò - ossia nella prospettiva di evitare "buchi" o "vuoti" di copertura - consistere l'utilità dell'accordo per l'assicurato.
L'esame della clausola, sbrigativamente motivato a pag. 13 della sentenza impugnata, si limita a porre in rilievo due dati, le stringenti previsioni che concernono i tre anni precedenti la vigenza del rapporto, volte a limitare (ma non ad escludere) una effettiva risarcibilità degli eventi precedenti, e la mancanza della considerazione di richieste di sinistri pervenuti dopo il periodo di vigenza. La motivazione non

prende in considerazione, però, se, pur alla luce delle indicate limitazioni, dall'esame del complessivo assetto di interessi residui una sinallagmaticità delle prestazioni idonea a giustificare il rapporto sotto il profilo causale, ovvero se il contratto sia comunque in grado di esplicare la propria funzione tipica.

3.4. - Ma, soprattutto, la sentenza impugnata non si preoccupa affatto di prendere in considerazione le conseguenze della declaratoria di nullità della causa in concreto della clausola contrattuale, che vanno invece gestite dal giudice stesso che dichiara la nullità della singola clausola, cui spetta l'indicazione della norma imperativa con la quale sostituire la clausola dichiarata nulla, ai fini di lasciare alle parti una regolamentazione depurata della clausola nulla e tuttavia utilizzabile, perché regolamentata da regole certe. È, infatti, principio consolidato che il giudice che dichiara la nullità di una clausola del contratto ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c. deve indicare la norma imperativa con la quale sostituire la predetta clausola dichiarata nulla (in questo senso, in tema di clausola claims made apposta ad un contratto di assicurazione per la responsabilità civile, Cass. n. 9616 del 2023). La corte d'appello, in sede di rinvio, qualora confermi la sua valutazione di nullità della clausola, dovrà procedere alla individuazione della norma di riferimento alla stregua della quale regolamentare i profili svuotati di contenuto dalla declaratoria di nullità e, benché solo nel caso in cui non rinvenga la norma di riferimento che il capoverso dell'articolo 1419 c.c. esige, dovrà dedurne la nullità dell'intero contratto. Come ricordato da Cass. n. 6490 del 2024, peraltro, mette conto sottolineare che la pronuncia n. 22437/2018 a Sezioni Unite ha agevolato il compito del giudicante, che risulta in un certo senso guidato nella ricerca della clausola sostitutiva e non più lasciato a cimentarsi in avventate operazioni di ortopedia ermeneutica allo scopo di salvare il contratto; nei settori in cui il legislatore è intervenuto per disciplinare le polizze claims made il giudice dispone di un serbatoio di riferimento che risponde a "scelte precise del legislatore sui criteri di opportunità, efficienza e giustizia" nell'ambito della distribuzione del rischio; quel serbatoio rappresenta una sorta di limite invalicabile, "fin dove reso possibile dall'operare coerente del meccanismo della nullità parziale ex art. 1419 c.c., comma 2" per le polizze stipulande e un parametro funzionale allo svolgimento dell'indagine sull'adeguatezza delle polizze già stipulate da parte del giudice che, ritenuta inadeguata la clausola claims made pattizia, è investito del compito non solo di rilevarne la nullità, ma anche di sostituirla.

4. - Il secondo motivo è invece infondato, per le ragioni che seguono.

La corte d'appello ha correttamente escluso che la transazione conclusa dalla dott.ssa D.D., ginecologa dipendente dall'Azienda sanitaria assicurata, con i danneggiati, potesse essere invocata dall'azienda o dai suoi assicuratori, in relazione alla domanda risarcitoria nei confronti della stessa proposta dai danneggiati, ovvero, essa ha correttamente escluso che la struttura sanitaria (e per essa la ricorrente impresa assicuratrice) possa pretendere, pur non avendo partecipato all'accordo transattivo, di avvalersene, al fine di vedere ridotto il proprio debito a quanto concordato tra le parti della transazione alla quale è rimasta estranea.

Va a tal proposito precisato che: **la responsabilità della struttura sanitaria per il fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 c.c., è una responsabilità per fatto proprio, non per fatto altrui (come già stabilito, con ampia motivazione, da Sez. 3 -, Sentenza n. 28987 del 11/11/2019, Rv. 655790 - 01); chi assume l'obbligazione di prestare al paziente assistenza e cura è l'ospedale, e l'eventuale errore commesso dal medico che di quell'ospedale sia ausiliario costituisce ipso facto inadempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'ospedale.**

L'errore del medico-persona fisica costituisce dunque un mero presupposto di fatto per il sorgere della responsabilità dell'ospedale: e come tutti i presupposti di fatto potrà essere accertato dal giudice incidenter tantum, senza efficacia di giudicato nei confronti del medico (e, come precisato da Cass. n. 26118 del 2021, senza necessità che quest'ultimo partecipi al giudizio). Di conseguenza, la circostanza che il medico abbia transatto la lite col paziente, venendo liberato dalla propria obbligazione, non impedisce al paziente né di introdurre, né di coltivare la domanda di risarcimento nei confronti dell'ospedale; ed ha per sola conseguenza la riduzione del quantum debeatur, da determinarsi coi criteri stabiliti da Sez. U, Sentenza n. 30174 del 30/12/2011, Rv. 620066 - 01.

A ciò si aggiunga che l'ospedale e il medico rispondono in solido nei confronti del paziente: e al creditore di una obbligazione solidale è sempre consentito transigere la lite con uno dei coobbligati, con l'effetto di sciogliere il vincolo solidale rispetto al transigente e riservare i propri diritti nei confronti degli altri (Sez. U, Sentenza n. 30174 del 30/12/2011, Rv. 620066-01).

La liberazione d'uno dei coobbligati, pertanto, non impedisce affatto di accertare la responsabilità di quest'ultimo nel diverso rapporto tra il danneggiato e i restanti coobbligati, ma comporta unicamente che, nel compiere tale accertamento, il giudice indagherà incidenter tantum sulla esistenza o meno di una condotta colposa da parte del medico. Diversamente opinando, si perverrebbe al risultato per cui qualsiasi transazione stipulata dal danneggiato con l'autore materiale del danno libererebbe ipso facto anche "l'ausiliato", di cui all'art. 1228 c.c. Come osservato da Cass. n. 26118 del 2021, per tal via la solidarietà, istituita dall'ordinamento a maggior garanzia del danneggiato, si trasformerebbe in un istituto addirittura dannoso per quest'ultimo, in quanto lo costringerebbe a rifiutare transazioni anche vantaggiose per evitare di perdere il diritto a conseguire il danno differenziale dal preponente.

Né è pertinente il richiamo al disposto dell'art. 1304 primo comma c.c. operato dalle ricorrenti, atteso che tale norma consente,

eccezionalmente, che la transazione spieghi i propri effetti anche nei confronti di un soggetto che non ha partecipato al contratto e dichiari di volerne profittare, in favore del condebitore solidale solo se essa ha avuto ad oggetto l'intero credito, cioè se, in sede di transazione, il creditore ha ritenuto di convenire che il proprio intero credito risarcitorio venisse soddisfatto con il più ridotto ammontare in quella sede concordato con uno dei condebitori in solido.

La circostanza che il medico abbia transatto la lite coi pazienti, venendo liberato dalla propria obbligazione, da un lato non impedisce dunque in alcun modo ai pazienti né di introdurre, né di coltivare la domanda di risarcimento nei confronti dell'ospedale, dall'altro non è priva di ricadute pratiche, nel senso che ne consegue la riduzione del quantum debeatur, che andrà determinato coi criteri stabiliti da Sez. U, Sentenza n. 30174 del 30/12/2011, Rv. 620066-01.

La transazione con la dottoressa D.D. non incide, quindi, sul fatto che i signori A.A. e B.B. hanno diritto a pretendere, a

soddisfazione del loro credito, tutto il risarcimento liquidato dal giudice d'appello, la cui misura non è più oggetto di contestazione. Essi non potranno legittimamente pretendere, peraltro, null'altro che la somma liquidata. Pertanto, ove il loro credito sia stato in parte soddisfatto mediante il pagamento eseguito dalla D.D. in esecuzione della transazione, essi non potranno pretendere che anche quell'importo sia loro corrisposto dalla struttura sanitaria. 5. - Il primo motivo è accolto, il secondo è rigettato. La sentenza è cassata e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Catania, in diversa composizione, che provvederà a liquidare le spese del giudizio di legittimità e valuterà se il complesso delle pattuizioni contrattuali, commisurate alla durata del contratto, e tenuto conto del rapporto rischio assicurato - premi, soddisfi la causa concreta del contratto di assicurazione per i danni sottoscritto dalle parti, indicando, ove ritenga la nullità della clausola claims pmacle inserita nel contratto quali siano le conseguenze da essa derivanti. Va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei controricorrenti persone fisiche e del loro figliuolo, vittima del sinistro.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso e rigetta il secondo; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Catania, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Dispone che, ai sensi dell'art. 52 D.Lgs. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento siano omessi generalità ed altri dati identificativi dei controricorrenti persone fisiche e di loro figlio.

Così deciso il 6 marzo 2024.

Depositata in Cancelleria il 30 maggio 2024.

Personalizzazione del danno non patrimoniale e valorizzazione di circostanze eccezionali

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16186; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

La personalizzazione del danno non patrimoniale impone la valorizzazione di circostanze - della cui allegazione e della cui prova è onerata la parte danneggiata - di natura eccezionale e legate all'irripetibile esperienza di vita del soggetto che ha subito il danno: nessuna personalizzazione può essere infatti riconosciuta in quei casi in cui le conseguenze subite dal paziente rientrino nelle cd. conseguenze dannose 'comuni', cioè quelle che qualunque danneggiato con la medesima invalidità e in quelle medesime condizioni patirebbe e che si rivelano, pertanto, già compensate nella liquidazione forfettizzata tabellare.

... Omissis ...

Motivi della decisione

... Omissis ...

3.1. - Il motivo è fondato.

La Corte territoriale, in sede di quantificazione del danno, si è tautologicamente limitata a prendere in considerazione la misura massima di personalizzazione prevista dalle Tabelle Milanesi del 2018, pari al 25% (p. 9 sentenza d'appello), disconoscendo i principi affermati in materia da questa Corte, secondo cui **ai fini della personalizzazione del danno spetta al giudice far emergere e valorizzare, in coerenza con quanto tempestivamente allegato e provato dall'attore, specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale in quanto caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sé tali da presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento (Cass. n. 21939/2017; Cass. n. 2788/2019; Cass. n. 28988/2019).**

Nulla di ciò traspare in motivazione, se non un riferimento all'età della vittima al momento del fatto (anni 56), al grado di invalidità permanente residuato (58%) e alla durata dell'invalidità temporanea (14 mesi). Elementi, questi, che - contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della parte controricorrente -assumono rilevanza ai soli fini della parametrazione del danno non patrimoniale in conformità ai criteri tabellari scelti dal giudice in sede di liquidazione, ma non anche del diverso ed ulteriore giudizio di personalizzazione del danno.

Quest'ultimo, infatti, **impone la valorizzazione di circostanze - della cui allegazione e della cui prova è onerata la parte danneggiata - di natura eccezionale e legate all'irripetibile esperienza di vita del soggetto che ha subito il danno: nessuna personalizzazione può essere infatti riconosciuta in quei casi in cui le conseguenze subite dal paziente rientrino nelle cd. conseguenze dannose 'comuni', cioè quelle che qualunque danneggiato con la medesima invalidità e in quelle medesime condizioni patirebbe e che si rivelano, pertanto, già compensate nella liquidazione forfettizzata tabellare (Cass. n. 14364/2019).**

4. - Va, dunque, accolto il terzo motivo e rigettato nel resto il ricorso.

La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa va decisa nel merito ai sensi dell'art. 384, secondo comma, C.P.C.

4.1. - Dall'atto di citazione del A.A. non risultano in alcun modo allegate, tempestivamente (né, del resto, risultano ulteriori tempestive e specifiche allegazioni veicolate con le memorie ex art. 183 C.P.C.), circostanze di fatto che possano dirsi integranti quelle di natura eccezionale e legate all'irripetibile esperienza di vita del danneggiato, tali da consentire la personalizzazione del danno, essendo le deduzioni (in particolare pp. 5/6 dell'atto di citazione, dove sono descritti i postumi della sostituzione di artroprotesi all'anca con complicanze in termini di 'infezione protesica', ossia morbilità ininterrotta per tre anni, carenza di funzionalità all'arto inferiore sinistro e deambulazione con stampelle, disfunzionalità dell'apparto cardiocircolatorio) limitate a dare rilievo unicamente a conseguenze pregiudizievoli comuni, siccome già compensate nella liquidazione forfettizzata tabellare.

Pertanto, dalla posta risarcitoria di euro 549.913,00, liquidata dal giudice di secondo grado "a titolo di invalidità permanente, comprensiva dell'aumento personalizzato del 25%" (p. 9 sentenza di appello), va detratto quest'ultimo aumento del 25%, così da doversi liquidare per il predetto titolo l'importo di euro 412.434,75.

A tale importo deve sommarsi quello liquidato dal giudice di appello a titolo di invalidità temporanea parziale, pari ad euro 25.200,00.

La somma complessiva di euro 437.634,75 va diminuita del 20% in ragione della quota di responsabilità dello IOR e, dunque, residua l'importo di 347.107,80, che deve essere maggiorato di rivalutazione monetaria ed interessi legali in applicazione del criterio adottato dalla Corte territoriale a p. 9 della sentenza di appello.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria di Ferrara-Arcispedale S. Anna va, dunque, condannata al pagamento in favore di A.A. della somma risarcitoria di euro 347.107,80, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali in applicazione del criterio adottato dalla Corte territoriale a p. 9 della sentenza di appello.

5. - Quanto al regolamento delle spese di lite, rimane ferma la liquidazione di quelle di primo grado già confermata dalla sentenza di appello che ha provveduto solo sulle spese del grado (Cass. n. 23634/2009, Cass. n. 27606/2019).

Le spese del grado di appello sono dovute in favore del A.A. dalla soccombente Azienda Ospedaliera e liquidate, nella misura indicata in dispositivo, sulla scorta dei criteri adottati dalla Corte territoriale, ma in base allo scaglione da euro 260.001,00 a Euro 520.000,00.

In ragione del parziale accoglimento del ricorso per cassazione, le spese del giudizio di legittimità vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

accoglie il terzo motivo di ricorso e rigetta i restanti motivi;
cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Ferrara-Arcispedale S. Anna al pagamento in favore di A.A. della somma risarcitoria di euro 347.107,80, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali in applicazione del criterio adottato dalla Corte territoriale a p. 9 della sentenza di appello;
condanna la medesima Azienda Ospedaliera al pagamento in favore del A.A. delle spese del giudizio di appello, che liquida in euro 10.800,00, per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, ed agli accessori di legge;
compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.
Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di A.A. ivi riportati.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 22 aprile 2024.
Depositato in Cancelleria l'11 giugno 2024.

Causalità materiale nei reati commissivi impropri consumati nell'esercizio della professione medico-sanitaria

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16199; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

In materia di causalità materiale nei reati commissivi impropri consumati nell'esercizio della professione medico-sanitaria (principi che, inerendo al giudizio sostanziale di ricostruzione del nesso eziologico, possiedono portata extra-penale e, come tali, sono stati ritenuti estensibili anche al giudizio civile) il giudizio "controfattuale" è spiegazione causale che non può essere ancorata a valutazioni soggettive e discrezionali del Giudice in relazione alla specificità del caso concreto, ma deve piuttosto essere ancorata ad un giudizio di tipo oggettivo e generalizzante, cioè quello della sussunzione del singolo evento all'interno di leggi scientifiche cd. di copertura.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione degli artt. 1218 e 2697, c.c., per avere la Corte territoriale errato nell'affermare la sussistenza della responsabilità in capo ai sanitari ripudiando l'attendibilità delle conclusioni peritali in quanto asseritamente fondate sul "desueto" criterio della probabilità logica e non anche su quello del 'più probabile che non'.
Il giudice di appello non soltanto sarebbe incorso in un errore di valutazione in ordine al fatto della sussistenza di una gravidanza protratta (fatto non emerso in nessuna delle due relazioni peritali, civile e penale e, dunque, non provato), ma sarebbe caduto altresì in errore nella parte in cui avrebbe travisato il contenuto della CTU civile in punto di nesso di causalità: quest'ultima, applicando il vigente criterio della probabilità logica, infatti, avrebbe correttamente escluso la sussistenza del nesso di causalità tra le (accertate) inadempienze dei sanitari e il decesso del neonato in ragione della multifattorialità dell'evento lesivo specificamente realizzatosi e della contraddittorietà ed incertezza del riscontro probatorio in tema di effettiva utilità diagnostica del tempestivo ricorso a ripetute amnioscopie o amniocentesi.
1.1. - Il motivo è infondato, sebbene occorra correggere, solo in parte, la motivazione ai sensi dell'art. 384, quarto comma, c.p.c.
1.2. - Giova, anzitutto, rammentare (tra le molte: Cass. n. 25119/2017; Cass. n. 2472 / 2021; Cass. n. 19372/2021; Cass. 21530/2021) che, **in materia di responsabilità per attività medicochirurgica, l'accertamento del nesso causale in caso di diagnosi tardiva - da compiersi secondo la regola del "più probabile che non" ovvero della "evidenza del probabile"- si sostanzia nella verifica dell'eziologia dell'omissione, per cui occorre stabilire se il comportamento doveroso che l'agente avrebbe dovuto tenere sarebbe stato in grado di impedire, o meno, l'evento lesivo, tenuto conto di tutte le risultanze del caso concreto nella loro irripetibile singolarità, giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità statistica o pascaliana), ma anche all'ambito degli elementi di conferma e, nel contempo, nell'esclusione di quelli alternativi, disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica o baconiana).**
1.2.1. - Nella specie, sebbene la Corte territoriale abbia originato il proprio ragionamento da una premessa erronea, non ha tuttavia in concreto fatto mal governo dei principi sopra enunciati.
1.2.2. - In particolare, l'affermazione del giudice di merito secondo cui "la conclusione cui è pervenuta la CTU attraverso la ormai desueta teoria dell'alto grado di credibilità razionale o probabilità logica non può essere condivisa, stante la riconosciuta applicabilità nel campo della responsabilità civile del diverso criterio del "più probabile che non"(...)", postula a monte un'erronea sovrapposizione tra il criterio della probabilità logica, da un lato, e i criteri probatori di accertamento della causalità materiale, dall'altro.
Quello della probabilità logica non è un criterio probatorio di ricostruzione del nesso di causalità materiale diverso e potenzialmente alternativo rispetto a quello utilizzato all'interno del giudizio civile del "più probabile che non", quanto piuttosto espressione di un accertamento di natura eminentemente sostanziale del nesso di causalità materiale.
Sotto tale specifico profilo, varrà evidenziare che - alla luce dei principi già affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite penali n. 30328/2002 (sentenza "Franzese") **in materia di causalità materiale nei reati commissivi impropri consumati nell'esercizio della professione medico-sanitaria (principi che, inerendo al giudizio sostanziale di ricostruzione del nesso eziologico, possiedono portata extra-penale e, come tali, sono stati ritenuti estensibili anche al giudizio civile) - il giudizio controfattuale (innanzi posto in rilievo) è spiegazione causale che non può tuttavia essere ancorata a valutazioni soggettive e discrezionali del giudice in relazione alla specificità del caso concreto, ma deve piuttosto essere ancorata ad un giudizio di tipo oggettivo e generalizzante, cioè quello della sussunzione del singolo evento all'interno di leggi scientifiche cd. di copertura.**
In altri termini, quella condotta può dirsi causa di quel determinato evento non se è reputata discrezionalmente tale dal giudice sulla base di una conoscenza esperienziale soggettiva (e per ciò dunque mutevole in base alla diversità dei giudizi), ma nel solo caso in cui sia possibile affermare ciò sulla base o di una regola di esperienza generalizzata (l'id quod plerumque accidit) ovvero sulla base di una legge dotata di validità scientifica che inserisca quell'evento in misura certa (legge universale) o in misura probabile (leggi statistiche) nella serie causale in cui è altresì inserita la condotta umana.
L'esigenza di oggettivizzare il giudizio di ricostruzione del nesso di causalità materiale (ancorandolo all'individuazione di leggi di copertura), senza frustrare la

specificità dello sviluppo causale oggetto del giudizio, ha, poi, portato la giurisprudenza a far leva sul criterio della probabilità logica (o baconiana).

Emerge, dunque, come il criterio della "probabilità logica" è un criterio - sostanziale - di accertamento del nesso di causalità materiale, che non va confuso con i diversi di criteri - probatori -di accertamento della responsabilità e che fondano poi la distinzione tra il giudizio civile e quello penale.

Sulla base di questo sostrato comune costituito dalla adesione alla probabilità logica, infatti, si dipanano le differenze in ragione del più severo o più flessibile rigore con cui - in sede processuale - è condotto l'accertamento del nesso di causalità materiale: il criterio del "più probabile del non", in sede civile, e quello del Poltre ogni ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.), in sede penale.

E ciò significa che mentre in sede civile è possibile pervenire ad un giudizio di responsabilità argomentando - sulla base del procedimento sopra esplicato - nel senso che essa è un'ipotesi 'più plausibile' o 'più attendibile' di quelle alternative emerse all'interno del giudizio, all'interno del processo penale per pervenire ad una statuizione di condanna è necessario che la ricostruzione su cui si fonda il giudizio di condanna sia fermamente confermato, attraverso la motivata esclusione della plausibilità della tesi contraria (Cass. pen. n. 10093/2018); standard probatorio molto più rigoroso, in ragione dell'esigenza di preservare in materia penale il principio di non colpevolezza dell'accusato, ai sensi dell'art. 27 Cost.

1.2.3. - La Corte territoriale, dunque, ha in concreto sviluppato l'iter argomentativo che l'ha condotta all'accertamento della sussistenza della responsabilità dei sanitari dell'ASUR Marche in conformità ai principi sin qui enunciati; in particolare, conformemente sia al criterio della probabilità logica (interno alla ricostruzione del nesso di causalità materiale), sia al diverso standard probatorio richiesto all'interno del giudizio civile, cioè quello fondato sul "più probabile che non".

Con specifico riferimento al primo profilo, la Corte territoriale ha correttamente svolto il giudizio controfattuale che ha portato all'accertamento della responsabilità civile attraverso un tipo di standard probatorio non di tipo quantitativo-statistico (probabilità statistica), ma di tipo qualitativo-logico (probabilità logica), ancorando cioè lo stesso alla luce delle specifiche risultanze probatorie emerse nel caso concreto.

Il secondo giudice ha, infatti, concluso nel senso che se i sanitari non avessero compiuto quelle condotte omissive nel monitoraggio della gravidanza "il decorso clinico del neonato sarebbe stato favorevole e comunque non certamente letifero" (pag. 9 sentenza della Corte d'Appello) sulla base: a) dello stato di salute della paziente; b) della sua storia clinica, concernente le tre ecografie cui era stata sottoposta durante i tre ricoveri ospedalieri prima del parto presso il Presidio Ospedaliero Unificato di Civitanova Marche e documentati dalla parte attrice sin dal giudizio di primo grado (in data 10 gennaio 2003, in cui l'epoca dell'ultima mestruazione veniva indicata per il 12.06.2002 e veniva altresì ipotizzata sulla base dei parametri biometrici rilevati, una gravidanza di 30 settimane; in data 28 febbraio 2003, l'epoca presunta della gestazione veniva indicata in settimana 34° + 1, visto che la crescita del feto era corrispondente a 34 e non a 37 settimane; in data 11 marzo 2003, ben oltre la 39° settimana, l'epoca presunta della gestazione veniva indicata nella 35° settimana + 5, ove non risultava alcuna crescita fetale (la circonferenza addominale di cm. 29,1, era addirittura inferiore a quella di 29,3 rilevata nella seconda ecografia)); c) sull'assolvimento dell'onere della prova, da parte di A.A., della riconducibilità causale dell'evento lesivo all'inadempimento omissivo dei medici mediante l'indicazione delle tipologie di esame che, se tempestivamente effettuato, avrebbero consentito di rilevare il fatale protrarsi della gestazione.

Gli elementi che hanno consentito alla Corte territoriale di confermare il giudizio controfattuale attraverso cui è possibile affermare che, in un illecito omissivo, quella condotta è causa di quello specifico evento così come realizzatosi hic et nunc, sono stati correttamente ricavati non ab externo, cioè attraverso lo sterile riferimento alla probabilità quantitativo/statistica della sua verificazione in relazione a quel determinato antecedente causale, ma ab interno, attraverso la conferma di quel giudizio controfattuale attraverso il materiale probatorio acquisito agli atti e su cui si è innestata la valutazione del secondo giudice; valutazione che, in disparte i censurati - e non sussistenti - profili di violazione del criterio di ricostruzione del nesso di causalità utilizzato o del suo standard probatorio, si rivela insindacabile al giudizio di questa Corte.

1.2.4. - Del resto, le stesse censure di parte ricorrente, che denunciano un c.d. vizio di sussunzione, non sono dedotte in conformità al paradigma del n. 3 dell'art. 360 c.p.c., giacché - come precisato in più di un'occasione da questa Corte (tra le altre: Cass. n. 18715/206; Cass. n. 6035/2018; Cass. n. 3115/2021) - la deduzione del vizio di violazione di legge consistente nella erronea riconduzione del fatto materiale nella fattispecie legale deputata a dettarne la disciplina (cd. vizio di sussunzione) postula che l'accertamento in fatto operato dal giudice di merito sia considerato fermo ed indiscusso, sicché è estranea alla denuncia del vizio di sussunzione ogni critica che investa la ricostruzione del fatto materiale, esclusivamente riservata al potere del giudice di merito.

Né, in ogni caso, la doglianza che investe i contenuti della consulenza tecnica è scrutinabile, nella sostanza, come volta a denunciare il c.d. "travisamento della prova", poiché un tale vizio ricorre unicamente in caso di svista concernente il fatto probatorio in sé e non di verifica logica della riconducibilità dell'informazione probatoria al fatto probatorio (Cass., S.U., n. 5792/2024), così potersi prospettare soltanto là dove si venga ad escludere qualsiasi profilo di valutazione della prova da parte del giudice, mentre nella specie - come detto - la Corte territoriale ha operato un complessivo apprezzamento delle informazioni probatorie a sua disposizione.

2. - Con il secondo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione degli artt. 1362, 1882, 1892, 1893 e 1917, c.c., per avere la Corte territoriale violato i principi che regolano l'ermeneutica contrattuale nella parte in cui, in violazione del criterio letterale, avrebbe interpretato l'art. 1A delle Condizioni di Assicurazione allegate alla polizza nel senso che essa ricomprenderebbe anche le potenziali richieste risarcitorie non ancora pervenute all'assicurato, non anche nel senso che - ai fini della operatività della polizza - esse devono pervenire all'assicurato durante il periodo di validità della polizza; come emerge nel caso di specie, in cui la prima richiesta di risarcimento è pervenuta all'ASUR Marche il 3 novembre 2004, in data cioè posteriore alla stipula della polizza conclusa in data 29 giugno 2004.

La Corte d'Appello di Ancona avrebbe altresì errato nel momento in cui non avrebbe valutato, ai fini della operatività della polizza, il comportamento tenuto dall'impresa di assicurazione successivamente alla conclusione del contratto,

in relazione sia al fatto che l'assicurazione "ha volontariamente omesso di prendere in carico il sinistro", sia al fatto che essa si sarebbe limitata ad eccepire la inoperatività della polizza a tre anni di distanza non esercitando il diritto alla impugnazione del contratto.
La ricorrente, pertanto, chiede la cassazione della sentenza in relazione alla statuizione impugnata e, per l'effetto, la condanna alla refusione delle spese ai sensi dell'art. 1917 c.c. di entrambi i gradi di giudizio; domanda, implicitamente rigettata a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di inoperatività della polizza.
3. - Con il terzo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti per avere la Corte territoriale omesso di considerare - ai fini della operatività della polizza - il fatto concernente la prima richiesta di risarcimento dei danni pervenuta all'ASUR Marche in data 3 novembre 2004 (fatto rappresentato in seno al documento n. 7, così come allegato alla comparsa di costituzione dell'ASUR Marche in I grado).
3.1. - Il secondo e il terzo motivo, da scrutinare congiuntamente perché presentano evidenti profili di connessione, sono inammissibili.
3.2. - La ricorrente non ha, infatti, colto - e, quindi, investito di idonea impugnazione - l'effettiva portata della ratio decidendi in forza della quale la Corte territoriale ha fondato il rigetto della domanda di manleva avanzata da ASUR Marche nei confronti di Amissima Assicurazioni Spa
In particolare, il secondo giudice ha dapprima ricondotto - attraverso un'interpretazione dell'art. 1A delle Condizioni di assicurazione, nel senso che "la garanzia opererà anche per le richieste di risarcimento del danno (non precedentemente pervenute all'assicurato) relative a fatti avvenuti nel periodo 30.06.2001 - 30.06.2004 purché in tal caso la polizza sia ancora in vigore al momento in cui tali denunzie pervengono all'assicurato" -il fatto dedotto in giudizio (decesso del neonato, avvenuto in data 28 marzo 2003) nell'astratto alveo di operatività della polizza, per poi escludere in concreto la validità della stessa.
E ciò in forza di un ragionamento - che si palesa coerente con il tipo di assicurazione stipulata, ossia in base a clausola claims made con retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente - che ha preso in considerazione il diverso fatto concernente la condotta dell'assicurato (ASUR Marche) che, seppur consapevole dell'interesse dei familiari del neonato di procedere per le vie legali ai fini dell'accertamento della responsabilità dei sanitari per l'evento lesivo - così come ulteriormente evincibile dallo svolgimento e dall'esito del giudizio penale, tanto da rendere presumibile il sopraggiungere di una richiesta risarcitoria -, ne ha taciuto la esistenza nei confronti dell'assicuratore al momento della sottoscrizione della polizza in data 21.08.2004.
4. - Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale condizionato proposto da Amissima Assicurazioni Spa sulla base di tre motivi (uno sulla qualificazione di inoperatività della polizza come eccezione in senso lato e due sulla liquidazione del danno in favore dell'attrice).
5. - La parte ricorrente va condannata al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo in favore di ciascuna parte controricorrente.

P.Q.M.
rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato;
condanna la ASUR Marche al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida, in favore di ciascuna parte controricorrente, in Euro 6.700,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.
Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di A.A. ivi riportati.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 22 aprile 2024.
Depositato in Cancelleria l'11giugno 2024

Natura giuridica del referto del pronto soccorso di una struttura ospedaliera pubblica

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 13 giugno 2024, n. 16572; Pres. Travaglino; Rel. Iannello

Il referto del pronto soccorso di una struttura ospedaliera pubblica è atto pubblico assistito da fede privilegiata e, come tale, fa piena prova sino a querela di falso della provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha formato, delle dichiarazioni rese al medesimo, e degli altri fatti da questi compiuti o che questi attesti avvenuti in sua presenza restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in esso espresse.

... Omissis ...
Motivi della decisione

... Omissis ...

deve invero ritenersi che, come questa Corte ha avuto modo di chiarire, "**il referto del pronto soccorso di una struttura ospedaliera pubblica è atto pubblico assistito da fede privilegiata e, come tale, fa piena prova sino a querela di falso della provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha formato, delle dichiarazioni rese al medesimo, e degli altri fatti da questi compiuti o che questi attesti avvenuti in sua presenza restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse**" (Cass. 16/09/2022, n. 27288, Rv. 665724; 24/09/2015, n. 18868, Rv. 636969).
5.5. **Il valore di prova legale riguarda però il solo dato estrinseco della dichiarazione, ossia il fatto che quella dichiarazione fu effettivamente resa e lo fu con quel contenuto rappresentato nell'atto, non anche il valore probatorio intrinseco della dichiarazione medesima, ossia l'idoneità della stessa a dar prova del fatto che si tratta di provare** (nella specie l'essere stato oppure no, il sintomo del dolore dorsale, rappresentato ai sanitari della guardia medica in occasione delle visite domiciliari del 23 e 24 aprile 2005).

In tale direzione a quella dichiarazione non può assegnarsi altra valenza che quella di confessione stragiudiziale resa ad un terzo, la quale, ai sensi dell'art. 2735, primo comma, secondo inciso, cod. civ., è liberamente valutabile dal giudice del merito.
5.6. Il che è quanto ha fatto la Corte di merito ponendo in raffronto il contenuto della cartella clinica e la dichiarazione in essa riportata con le deposizioni testimoniali e, quindi, motivatamente attribuendo a queste ultime valore probatorio prevalente.
Del tutto infondatamente di tale valutazione i ricorrenti si dolgono evocando, con il terzo motivo, l'art. 116 cod. proc. civ., essendo appena il caso di rammentare che in sede di ricorso per cassazione, una questione di violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma, rispettivamente, solo allorché si alleghi che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti, invece, a valutazione (v. ex multis Cass. Sez. U. n. 16598 del 2016; Id. n. 20867 del 2020).
5.7. Tutto ciò senza sottacere che risulta incontrastato (v. ricorso, pag. 23) il rilievo, cui la Corte d'appello dedica solo un accenno incidentale, ma che invece appare decisivo e assorbente ai fini della valutazione recessiva del valore probatorio della cartella clinica in questione, della impossibilità di risalire al soggetto che l'ha redatta.
6. Il quarto motivo è in parte inammissibile, in parte manifestamente infondato.
6.1. L'assunto che ne è posto a fondamento secondo cui la Corte avrebbe liquidato, per lo stesso pregiudizio, una somma a titolo di danno biologico e altra somma a titolo di danno morale non trova riscontro nella motivazione della sentenza impugnata, che al contrario risulta molto chiara nel distinguere il motivato apprezzamento, da un lato, di un "danno biologico terminale ... ragguagliato all'invalidità totale per il periodo di tempo compreso tra il 3/5/2005 e 15/12/2005", dall'altro, di sofferenze di carattere morale, bensì giustificate con riferimento alla documentata insorgenza di una sindrome depressiva, ma tuttavia valutata nella sua consistenza di pregiudizio riflettentesi nella sfera morale del danneggiato, collocantesi nella dimensione interiore del rapporto del soggetto con sé stesso, e non sul piano dinamico-relazionale della sua vita (v. Cass. 17/01/2018, n. 901; 27/03/2018, n. 7513). La Corte non ha detto che la sofferenza morale "si identifica" nella sindrome depressiva, né tanto meno ne ha indicato la consistenza nelle ripercussioni di carattere dinamico relazionale, ma che "è comprovata" da essa.
6.2. Né ha pregio argomentare su una presunta incompatibilità tra le due poste risarcitorie, la quale non ha alcun fondamento e non risulta mai affermata dalla giurisprudenza della S.C.
Ben diversamente è stato sempre (e solo) affermato, e va qui ribadito, **che in tema di risarcimento del danno non patrimoniale in caso di morte causata da un illecito, il danno morale terminale e quello biologico terminale si distinguono perché il primo (danno da lucida agonia o danno catastrofale o catastrofico) consiste nel pregiudizio subito dalla vittima in ragione della sofferenza provata per la consapevolezza dell'approssimarsi della propria fine ed è risarcibile in base all'intensità della sofferenza medesima, indipendentemente dall'apprezzabilità dell'intervallo temporale intercorso tra le lesioni e il decesso, mentre il secondo è costituito dal pregiudizio alla salute che, anche se temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità, sussiste per il tempo della permanenza in vita, a prescindere dalla cosciente percezione della gravissima offesa all'integrità personale della vittima, ed è risarcibile a condizione che tra le lesioni e la morte**

intercorra un apprezzabile lasso di tempo (Cass. 23/03/2024, n. 7923, Rv. 670457 - 02; Cass. 30/08/2019, n. 21837, Rv. 655085 -01; Cass. 23/10/2018, n. 26727, Rv. 650909 - 01).

7. La memoria che, come detto, è stata depositata dai ricorrenti, ai sensi dell'art. 380-bis.1, comma primo, cod. proc. civ., non offre argomenti che possano indurre a diverso esito dell'esposto vaglio dei motivi.

8. Il ricorso deve essere pertanto rigettato.

Alla soccombenza segue la condanna dei ricorrenti, in solido, alla rifusione, in favore della controricorrente, delle spese del presente giudizio, liquidate come da dispositivo.

9. Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, al competente ufficio, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti, in solido, al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del presente giudizio, che liquida in Euro 10.000 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, al competente ufficio, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 3 giugno 2024.

Depositato in Cancelleria il 13 giugno 2024.

Obbligo del medico di controllare competenza ed esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 17 giugno 2024, n. 16737; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Il medico ha l'obbligo di controllare la competenza e l'esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegati, la cui violazione comporta la configurazione di un difetto di diligenza rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 1176, II, cod. civ. e, quindi, un inesatto adempimento della sua corrispondente prestazione professionale

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 2699 e 2700 c.c. in ordine alla natura di certificazione amministrativa della cartella clinica e alla necessità per gli attori di impugnarne il contenuto tramite querela di falso.
2. - Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 1218, 2043 e 2236 c.c., oltre che l'impropria applicazione degli articoli 40 e 41 c.p., per non essersi la Corte d'appello attenuta al principio civilistico del più probabile che non in materia di nesso di causalità.
3. - Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione ed erronea applicazione degli articoli 1176, 1218, 2236 e 2697 c.c., in materia di riparto dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria, in particolare in riferimento al caso di cartella clinica incompleta nonché l'omessa o non corretta valutazione di un fatto decisivo per il giudizio e, particolarmente, della non corretta tenuta della cartella clinica da parte dell'ospedale, dimostrata dalla scomparsa del tracciato del 3 gennaio 2001 ore 20:00, con conseguente difetto assoluto di motivazione.
4. - Infine, con il quarto motivo di ricorso i ricorrenti si dolgono della violazione e falsa applicazione degli articoli 116, 191 e 196 c.p.c. in materia di valutazione delle prove per aver disposto la rinnovazione delle indagini in appello anche se non necessaria attesa l'esatta ricostruzione degli elementi istruttori formulata dal primo giudice sulla base della prima consulenza.
5. - I primi tre motivi sono fondati e debbono essere accolti.
6. - Per quanto concerne il primo motivo, che ha ad oggetto la ritenuta necessità della querela di falso per contestare la mancanza di un contenuto, relativo ad una attività svoltasi, nella cartella clinica, è corretta l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale la cartella clinica ha natura di certificazione amministrativa.
Questa Corte ha più volte affermato che **"le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. c.c., per quanto attiene alle sole trascrizioni delle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse" (Cass. n. 27471 del 2017, da ultimo Cass. n. 27288 del 2022).**
Il principio di diritto indicato riconosce il valore di certificazione amministrativa della cartella clinica, ed è teso ad individuare la diversa rilevanza e il diverso metodo di confutabilità riservato, da un lato ai dati oggettivi in essa riportati, quali l'indicazione delle attività cliniche e strumentali svolte, delle terapie prescritte e poi eseguite in relazione al paziente, attestate dal soggetto che compila la cartella - che in relazione quella funzione è considerabile un pubblico ufficiale - contrastabili solo a mezzo della querela di falso, rispetto alle valutazioni eventualmente in essa inserita, non assistite da fede privilegiata in quanto tali.
Il richiamato principio non chiarisce espressamente quale sia il valore probatorio della cartella in ordine a tutte quelle attività che non risultano da essa e che la parte assume, al contrario, essersi svolte e non siano risultanti a causa di una lacunosa tenuta della cartella, se non per la dolosa soppressione di una parte di essa.
Dalle stesse pronunce della Corte sopra citate si ricava che quel contenuto di fede privilegiata di cui sono dotate le positive dichiarazioni di attività svolte, inserite nella cartella, non stende il suo ombrello protettivo fino a contenere l'implicita affermazione, avente anch'essa fede privilegiata, che null'altro è avvenuto, in relazione a quel paziente, per quel ricovero, che dovesse essere inserito all'interno della cartella clinica.
In relazione a ciò che non risulta dalla cartella clinica non è necessario alla parte che ne vuole far accertare una lacuna o una omissione proporre querela di falso, ma si apre la diversa problematica della lacunosa tenuta della cartella clinica e delle regole probatorie applicabili in relazione alla allegazione che una attività effettivamente svolta non risulti debitamente annotata nella stessa.
Deve a questo proposito ribadirsi il principio, più volte affermato anche in altri settori della giurisprudenza di questa Corte **in tema di responsabilità civile, ove altre certificazioni amministrative aventi come tali valore privilegiato hanno rilevanza spesso decisiva (quale il settore della responsabilità civile automobilistica, in relazione al valore del verbale dei pubblici ufficiali intervenuti dopo il sinistro) secondo il quale la cartella fa fede fino a querela di falso solo in positivo, e in relazione ai dati obiettivi in essa contenuti.**
In relazione ai dati mancanti, che una delle parti assume dovessero essere riportati, perché relativi ad attività (nel caso in esame, cliniche o terapeutiche) che assume si siano svolte, la prova può essere fornita con ogni mezzo e si tratta di accertamento in fatto, riservato al giudice di merito.
Quindi, ha errato la corte d'appello a non prendere in esame e a non valutare le risultanze istruttorie diverse dalla cartella

clinica (prove testimoniali, svolte sia nel processo civile che nel precedente procedimento penale), mediante le quali gli appellati segnalavano che si potesse accertare che tra l'esame pomeridiano compiuto alle 16,50, in cui il feto era in condizioni normali, e l'esame compiuto all'alba del giorno dopo, in cui il feto era già in condizioni critiche, ce n'era stato un altro in cui le difficoltà respiratorie e la scarsa mobilità del feto cominciavano già ad emergere, assumendo che l'attendibilità e la completezza della cartella clinica potevano essere poste in discussione solo a mezzo della querela di falso (conclusione supportata da uno scarno riferimento motivazionale a pag. 15 della sentenza all'art. 2699 c.c.).

La ricostruzione degli avvenimenti precedenti al parto, e la conseguente valutazione della correttezza o meno dell'operato dei sanitari (in particolare, l'aver atteso fino all'alba del 4 gennaio per intervenire con il cesareo d'urgenza) risulta falsata dal fatto che si sia dato per inesistente (non essendo stata contestata con querela di falso la sua mancata risultanza in cartella clinica) il tracciato che gli attori assumono essere stato eseguito alle 20 della sera precedente al parto.

Il primo motivo è pertanto accolto e la sentenza cassata in relazione. Il giudice del rinvio farà applicazione del seguente principio di diritto:

"**Le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. c.c., per quanto attiene alla indicazione ivi contenute delle attività svolte nel corso di una terapia o di un intervento.**

La prova dell'effettivo svolgimento di attività non risultanti dalla cartella clinica stessa può essere invece fornita con ogni mezzo.

Non sono coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa annotate".

7. - È opportuno trattare di seguito, perché strettamente correlato al precedente, il terzo motivo di ricorso. Anch'esso è fondato.

Come si è più volte affermato **in tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente (allorché proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno): Cass. n. 27561 del 2017; Cass. n. 26428 del 2020). Il principio che opera in questo caso è quello della vicinanza alla prova, secondo il quale "In tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente.** (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito, che aveva escluso la responsabilità dei sanitari nonostante non risultassero per sei ore annotazioni sulla cartella clinica di una neonata, nata poi con grave insufficienza mentale causata da asfissia perinatale, così da rendere incomprensibile se poteva essere più appropriata la rilevazione del tracciato cardiotocografico rispetto alla mera auscultazione del battito cardiaco del feto)" (Cass. n. 6209 del 2016).

Questa Corte ha anche recentemente precisato, peraltro (v. Cass. n. 26428 del 2020), che **l'incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente solo quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo legame eziologico, e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (Cass., 21/11/2017, n. 27561, Cass., 14/11/2019, n. 29498, pag. 5, Cass., 08/07/2020, n. 14261, pag. 7). L'incompletezza della cartella ha ricadute, cioè, quando va a innestarsi in un contesto specifico che è proprio la fonte della sua rilevanza; la conformazione della condotta del sanitario nel senso di astratta idoneità alla causazione dell'evento dannoso è logicamente il primo elemento da vagliare, mentre soltanto se, al contrario, la condotta del sanitario fosse astrattamente ovvero assolutamente inidonea a causarlo, non occorrerebbe alcuna ulteriore ricostruzione fattuale. Entro i rigorosi limiti citati, la valenza dell'incompletezza della cartella, attraverso il mezzo presuntivo che integra il riflesso del principio della vicinanza probatoria, si risolve coerentemente a favore di chi deduce di essere stato danneggiato, giacché, diversamente, la stessa verrebbe a giovare proprio a colui che, rimanendo inadempiente rispetto al proprio obbligo di diligenza, ha determinato quella lacuna, che, diversamente opinando impedirebbe di accertare la sua responsabilità (Cass., 18 settembre 2009 n. 20101 sottolinea che "il medico ha l'obbligo di controllare la competenza e l'esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegati, la cui violazione comporta la configurazione di un difetto di diligenza rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 1176, secondo comma, cod. civ. e, quindi, un inesatto adempimento della sua corrispondente prestazione professionale**": conf., ad es., Cass., 26 gennaio 2010 n. 1538 e Cass., 5 luglio 2004 n. 12273).

Ora, come anticipato in parte narrativa, nel caso di specie la Corte territoriale ha completamente omesso di considerare - ritenendo erroneamente, secondo quanto già detto a proposito del primo motivo, di non poter compiere tale accertamento - la rilevanza che avrebbe potuto avere un tracciato ecotocografico intermedio tra quello pomeridiano, in cui secondo le allegazioni attoree il feto era vitale e quello dell'alba del giorno dopo, in cui era già in stato preagonico.

La denunciata lacuna nella cartella, in questo caso, ove fosse positivamente accertata, sarebbe rilevante ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, con la conseguenza che l'opposto valore presuntivo derivante da quella carenza non può essere obliterato.

Le lacune in questione si riverberano anche sul vaglio della prova della correttezza della condotta medica, che dev'essere offerta dal danneggiante.

Il ricorso va dunque accolto anche in riferimento al terzo motivo.

8. - Anche il secondo motivo è fondato.

È errata infatti in diritto l'affermazione contenuta a pag. 15 della sentenza impugnata, là dove si dice che l'accertamento in fatto effettuato nel procedimento penale dell'avvenuta

esecuzione dell'esame che non è stato riportato nella cartella clinica non potrebbe, in ogni caso, essere sufficiente da solo per dimostrare o fare presumere che il tracciato avesse dato indicazioni certe di sofferenza fetale patologica impositiva di un più tempestivo taglio cesareo. È errato infatti il criterio di giudizio indicato: quando la corte d'appello, in conformità ai principi di diritto sopra enunciati, provvederà a rinnovare l'accertamento effettuato, verificando se vi è stata lacunosa tenuta della cartella clinica e se possa ritenersi accertato, senza alcun vincolo di prova legale, che sia stato eseguito sulla paziente l'esame alle ore 20 non risultante dalla cartella clinica, e se da esso risultassero già indici di una sofferenza fetale tali che, se tempestivamente presi in considerazione, la morte della bambina avrebbe potuto essere evitata, lo dovrà fare seguendo non il criterio penalistico - non pertinente - della certezza oltre ogni ragionevole dubbio, ma seguendo il criterio civilistico del più probabile che non.

9. - L'ultimo motivo, con il quale i ricorrenti si dolgono della disposta rinnovazione della c.t.u. attiene ad una valutazione discrezionale rimessa al giudice di merito, non censurabile se adeguatamente motivata. Esso rimane comunque assorbito dall'accoglimento dei precedenti tre motivi e dalla cassazione della sentenza di appello che ne consegue.

10. - In accoglimento dei primi tre motivi la sentenza è cassata e la causa rinviata alla Corte d'appello di Cagliari in diversa composizione, che si atterrà ai principi di diritto sopra enunciati e provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi tre motivi di ricorso, assorbito il quarto, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'appello di Cagliari in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso l'8 marzo 2024.

Depositata in Cancelleria il 17 giugno 2024.

Responsabilità medica da nascita indesiderata, risarcimento danni e onere della prova

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 giugno 2024, n. 16967; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza -ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite praesumptio hominis, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

5.1. Il quarto e il quinto motivo non sono fondati.
5.1. a. In primo luogo, deve escludersi il dedotto vizio di ultrapetizione, dal momento che la prova di cui la Corte d'appello ha reputato la mancanza attenesse ad un fatto costitutivo della domanda.
Le Sezioni Unite di questa Corte hanno, infatti, stabilito che "**in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza -ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale**" (Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767).
Oltre alla prova che, se fosse stata debitamente informata, la gestante avrebbe abortito, nell'ipotesi in cui - come nella fattispecie - l'aborto avrebbe dovuto essere praticato dopo i 90 giorni dall'inizio della gravidanza, la parte attrice deve anche fornire l'ulteriore dimostrazione della sussistenza di un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, requisito imposto dall'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978 (cfr., ad es., Cass. 15 gennaio 2021, n. 653 e, in precedenza, Cass. 11/04/2017, n. 9251, la quale ha anche affermato che la mancanza della mano sinistra del nascituro non è una malformazione idonea a determinare tale grave pericolo).
Dunque, nel porre la questione relativa alla prova di tali due circostanze, la Corte d'Appello non è andata ultra-petita ma ha indagato sulla sussistenza dei fatti costituitivi della domanda, ponendosi il problema del riparto dell'onere della prova e risolvendolo correttamente nel senso che esso gravasse sugli attori.
5.1. b. In secondo luogo, deve altresì escludersi la dedotta violazione del principio di non contestazione.
La prova, incombente sulla danneggiata, della volontà di esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza, può essere fornita anche mediante presunzioni, le quali devono essere valutate dal giudice secondo un modello "atomistico-analitico", fondato sul rigoroso esame di ciascun singolo fatto indiziante e sulla successiva valutazione congiunta, complessiva e globale, degli stessi, da compiersi alla luce dei principi di coerenza logica, compatibilità inferenziale e concordanza (Cass. 27/06/2023, n. 18327).
Parimenti, l'accertamento della sussistenza del grave pericolo per la salute della donna - presupposto necessario, ai sensi dell'art. 6, lett. b), della l. n. 194 del 1978, per l'interruzione della gravidanza dopo i primi 90 giorni - dev'essere compiuto con valutazione prognostica "ex ante" (Cass. n. 18327 del 2023, cit.).
Nella fattispecie, non si pone il problema della non contestazione poiché non erano stati dedotti fatti specifici indizianti, idonei a fornire la prova della prima o della seconda circostanza (ad es., con riguardo alla prima, che vi erano stati un ricorso al consulto medico per conoscere lo stato di salute del nascituro, o che vi erano state pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva; oppure, con riguardo alla seconda, che la gestante si trovava in precarie condizioni psico-fisiche o che erano presenti malformazioni fetali idonee a determinare il grave pericolo per la salute della donna) rispetto ai quali i convenuti avrebbero avuto l'onere di contestazione.
Al contrario, erano emersi fatti indizianti (lieve danno biologico per sindrome ansioso depressiva; malformazioni fetali che non determinavano il detto grave pericolo; ritardo nel recarsi all'esame ecografico del secondo semestre) che deponevano in senso inverso e che hanno indotto la Corte di merito a reputare motivatamente che le predette circostanze non fossero state provate.
L'affermazione contenuta nell'atto di citazione in cui si deduceva che la sig.ra A.A. avrebbe optato per la scelta abortiva non conteneva l'allegazione di alcun fatto specifico, ad eccezione del rilievo circa la giovane età e le modeste condizioni economiche: circostanze non contestate da ritenere senz'altro pacifiche ma che, ex se, non avevano alcun valore indiziante nel senso della scelta abortiva.
Va ribadito che l'onere di specifica contestazione si pone in capo al convenuto solo se vi è stata una specifica allegazione da parte dell'attore (Cass. 23/03/2022, n. 9439).
Il quarto e il quinto motivo, congiuntamente esaminati, vanno dunque rigettati.
6. Con il sesto motivo viene denunciata "Violazione e falsa applicazione artt. 24 e 111 Cost.; violazione art. 2697 CPC in relazione all'art. 360 comma 1, n. 4 CPC; illegittimità

applicazione overruling sostanziale e processuale su questioni già introdotte, istruite e decise in costanza di precedenti giurisprudenziali consolidati e mutati a distanza di circa quindici anni dai fatti di causa".
Sulla premessa che il giudizio di primo grado è stato introdotto nel 1998, i ricorrenti osservano che a quell'epoca era prevalente l'orientamento giurisprudenziale che, in ipotesi di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, attribuiva all'inadempimento del medico rilevanza impeditiva all'esercizio del diritto della donna di interrompere la gravidanza e reputava corrispondente a regolarità causale il compimento di tale scelta da parte della gestante, se informata di gravi malformazioni del feto, avuto riguardo alla previsione di legge che, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute (vengono citate Cass. 6735/2002 e Cass. 14488/2004).
Sostengono, dunque, i ricorrenti che il successivo mutamento di giurisprudenza - con l'affermazione dell'opposto principio secondo cui sul genitore che agisce per il risarcimento del danno incombe l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza, ricorrendone le condizioni di legge, ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale - non avrebbe potuto essere applicato retroattivamente in ossequio ai principi affermati dalla stessa giurisprudenza di legittimità in tema di overruling.
6.1. Il motivo è manifestamente infondato.
Affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di prospective overruling, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: 1) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; 2) che tale mutamento sia stato imprevedibile, in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; 3) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.
Nella fattispecie non ricorre nessuna delle tre condizioni giacché: 1) la norma sull'onere della prova è una norma sostanziale (Cass. n. 1247/2000; Cass. n. 2751/2002; Cass. n. 6332/2014); 2) non vi era un orientamento lungamente consolidato poiché il riferito indirizzo giurisprudenziale, iniziato nel 2002, era stato messo in discussione già nel 2010 (Cass. 10/11/2010, n. 22837) e decisamente contrastato a partire dal 2013 (Cass.22/03/2013, n. 7269; Cass.10/12/2013, n. 27528), talché, prima di Cass. Sez. Un., n. 25767/2015, cit., sussisteva un vero e proprio contrasto (Cass. 26/05/2020, n. 9706); 3) l'applicazione retroattiva del nuovo orientamento non comportava un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.
Il sesto motivo, dunque, va rigettato.
7. Con il settimo motivo viene denunciata "Violazione o falsa applicazione di norme di legge; art. 6 L. 194/1978; omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in relazione all'art. 360 comma 1, n.5 CPC; erroneità dei presupposti presi a sostegno della prova circa i presupposti legittimanti il cd. aborto terapeutico".
I ricorrenti ribadiscono che il giudice d'appello avrebbe dovuto valorizzare - in funzione della prova della scelta abortiva in presenza dell'adempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico - le seguenti circostanze: la giovane età della gestante; le ridotte possibilità economiche; il ricorso ad esami diagnostici; la sussistenza di due pregressi ricoveri; l'avvenuta effettuazione e il correlativo oneroso pagamento di numerose visite presso una professionista privata, non ostante la scarsità di risorse.
7.1. Il motivo è inammissibile poiché impinge nella ricostruzione dei fatti e nella valutazione delle prove, attività insindacabilmente riservate al giudice del merito.
8. Con l'ottavo motivo viene denunciato "Omesso esame circa un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti in giudizio in relazione all'art. 360 comma 1, n. 5 CPC; disconoscimento diritto risarcitorio e mancato accoglimento dell'appello incidentale in ordine al riconoscimento del maggior danno patito ed incremento delle poste risarcitorie riconosciute in prime cure; omesso riconoscimento del danno da omessa tempestiva informazione del medico alla paziente".
II motivo si articola in due doglianze.
Con la prima viene contestato il rigetto dell'appello incidentale sul quantum in ordine alla domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione consapevole in ordine alla scelta abortiva; la doglianza è infondata in ragione di quanto si è sopra rilevato nell'esame dei precedenti motivi.
Con la seconda viene censurato il rigetto dell'ulteriore domanda con cui, indipendentemente dalla violazione del diritto ad esercitare l'interruzione della gravidanza, era stato chiesto il risarcimento del danno determinato dalla compromissione del diritto della gestante ad essere informata sulle malformazioni del nascituro per non essere stata posta in grado di prepararsi psicologicamente al parto.
8.1. Questa censura è fondata.
Con essa viene dedotta la violazione del diritto dei genitori ad essere informati, non in funzione dell'esercizio del diritto di autodeterminarsi in ordine alla scelta abortiva spettante alla madre, ma in vista della predisposizione ad affrontare consapevolmente l'evento doloroso della nascita malformata.
Viene, dunque, posta in evidenza la rilevanza autonoma dell'informazione, non in quanto strumentale ad orientare la scelta abortiva, ma in quanto idonea ex se a consentire di evitare o mitigare la sofferenza conseguente al detto evento, ad es., mediante il tempestivo ricorso ad una terapia psicologica o la tempestiva organizzazione della vita in modo compatibile con le future esigenze del figlio o anche, semplicemente, attraverso la preventiva acquisizione della consapevolezza della prossima nascita di un figlio malformato, in modo da prepararsi tempestivamente ad essa.
Questa Corte ha già più volte affermato (v. Cass. 26/06/2019, n. 16892; Cass. 26/05/2020, n. 9706; Cass. 31/01/2023, n. 2798) - e al principio deve darsi continuità - che dalla lesione, sotto tale profilo, del diritto all'informazione, possono derivare alla gestante (e possono essere accertate anche presuntivamente) conseguenze dannose non patrimoniali risarcibili, se non sotto il profilo esteriore dinamico-relazionale, quanto meno sotto il profilo della sofferenza interiore, dovendo presumersi che la possibilità, conseguente alla corretta informazione, di predisporsi ad affrontare consapevolmente le conseguenze di un evento particolarmente gravoso sul piano psicologico oltre che materiale, consenta con ogni evidenza di evitare o, almeno, di limitare la sofferenza ad esso conseguente, la quale è tanto più intensa quanto più inattesa a causa dell'omessa informazione.
Deve allora reputarsi illegittima, sia perché contra ius sia perché illogicamente motivata, la statuizione con cui la Corte d'appello - sul presupposto che la sofferenza psichica dei

genitori sarebbe stata la medesima a prescindere dal tempestivo adempimento dell'obbligo informativo - ha rigettato la domanda di risarcimento del danno morale della gestante conseguente al trauma determinato dall'apprendere delle malformazioni del figlio al momento della nascita, dopo che, durante il periodo della gestazione, essa era stata rassicurata circa il normale stato di salute del feto.
L'ottavo motivo di ricorso va, pertanto, accolto, nei sensi di cui in motivazione.
9. In definitiva, va accolto, per quanto di ragione, l'ottavo motivo; vanno rigettati il primo, il secondo, il quarto, il quinto e il sesto; vanno dichiarati inammissibili il terzo e il settimo.
La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Corte reggina in diversa composizione, la quale provvederà ad un nuovo esame della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla mancata tempestiva informazione e dalla conseguente perdita per la gestante della possibilità di predisporsi ad affrontare consapevolmente la nascita malformata.
Le spese del giudizio di legittimità vanno compensate tra le parti.
10. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, deve disporsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti, dei controricorrenti e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.

La Corte accoglie per quanto di ragione l'ottavo motivo, rigetta il primo, il secondo, il quarto, il quinto e il sesto, dichiara inammissibili il terzo e il settimo.
Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Reggio Calabria in diversa composizione.
Compensa le spese del giudizio di legittimità.
Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti, dei controricorrenti e delle altre persone in esso menzionate.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 5 aprile 2024.
Depositato in Cancelleria il 19 giugno 2024.

Perdita di chance e perdita del risultato sperato

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 20 giugno 2024, n. 17124; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Ove si consideri l'eterogeneità strutturale del pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del risultato sperato e di quello derivante dalla perdita della possibilità o dell'occasione (chance) di conseguirlo (il primo, conseguente ad un illecito costituito da un evento di danno certo e un nesso causale incerto; il secondo, invece, conseguente ad un illecito costituito da un evento di danno incerto a fronte di un nesso causale certo), non può dubitarsi, sotto il profilo processuale, che la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance costituisca una domanda autonoma e distinta rispetto a quella di risarcimento del danno da perdita del risultato sperato

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

3.1. Il motivo è manifestamente inammissibile.
Nel giudizio di legittimità, la deduzione del vizio di omessa pronuncia, ai sensi dell'art. 112 cod. proc. civ., postula, per un verso, che il giudice di merito sia stato investito di una domanda o eccezione di merito in senso stretto autonomamente apprezzabili e ritualmente e inequivocabilmente formulate e, per altro verso, che tali istanze siano puntualmente riportate nel ricorso per cassazione nei loro esatti termini e non genericamente o per riassunto del relativo contenuto, con l'indicazione specifica, altresì, dell'atto difensivo e/o del verbale di udienza nei quali l'una o l'altra erano state proposte, onde consentire la verifica, innanzitutto, della ritualità e della tempestività e, in secondo luogo, della decisività delle questioni prospettatevi. Pertanto, non essendo detto vizio rilevabile d'ufficio, la Corte di cassazione, quale giudice del "fatto processuale", intanto può esaminare direttamente gli atti processuali in quanto, in ottemperanza al principio di autosufficienza del ricorso, il ricorrente abbia, a pena di inammissibilità, ottemperato all'onere di indicarli compiutamente, non essendo essa legittimata a procedere ad un'autonoma ricerca, ma solo alla verifica degli stessi (ex multis, Cass. 14/10/2021, n. 28072; in precedenza, tra le altre, Cass. 04/07/2014, n. 15367).
Nel caso di specie, si lamenta l'omessa pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno da perdita di chance. **Ove si consideri l'eterogeneità strutturale del pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del risultato sperato e di quello derivante dalla perdita della possibilità o dell'occasione (chance) di conseguirlo (il primo, conseguente ad un illecito costituito da un evento di danno certo e un nesso causale incerto; il secondo, invece, conseguente ad un illecito costituito da un evento di danno incerto a fronte di un nesso causale certo), non può dubitarsi, sotto il profilo processuale, che la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance costituisca una domanda autonoma e distinta rispetto a quella di risarcimento del danno da perdita del risultato sperato (Cass. 4/04/2004, n. 4400; Cass. 9/03/2018, n. 5641; Cass. 7/11/2022, n. 32639). Pertanto, i ricorrenti avrebbero dovuto riportare nei suoi esatti termini la domanda originariamente proposta, l'atto difensivo in cui essa era stata ritualmente e tempestivamente formulata in primo grado in tutti i suoi elementi costitutivi, nonché, in ipotesi di omessa pronuncia o di non accoglimento di tale domanda da parte del primo giudice, la relativa doglianza o l'espressa riproposizione della stessa con i motivi di appello, eventualmente riportando i corrispondenti brani dei precedenti atti di parte nel ricorso per cassazione.**
Tale onere non è stato debitamente osservato, atteso che nella illustrazione del motivo in esame si fanno solo generici riferimenti all'atto di citazione in primo grado e in appello; con riguardo al primo, in particolare, si trascrive lo stralcio in cui si sarebbe evidenziato che "un corretto approccio diagnostico terapeutico avrebbe aumentato, in modo significativo, le chance di sopravvivenza" (pag. 18 del ricorso); è però evidente che tale generico riferimento non è sufficiente a dare conto della rituale e tempestiva proposizione della domanda di risarcimento del danno da perdita di chance quale domanda caratterizzata da propri specifici elementi costitutivi, distinti da quelli strutturalmente propri della diversa domanda di ristoro del pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del risultato sperato.
In difetto dell'assoluzione del detto onere, il motivo fondato sul denunciato error in procedendo non può allora ritenersi ammissibile, non avendo questa Corte gli elementi per verificare l'originaria ritualità e tempestività della domanda asseritamente non delibata, nonché la ritualità e tempestività delle censure eventualmente formulate in appello avverso la omessa pronuncia in primo grado ovvero la ritualità e tempestività della loro espressa riproposizione in ipotesi di mancato accoglimento.
Non può sottacersi, poi, per ragioni di completezza, che, se l'illustrata e assorbente ragione di inammissibilità non ne precludesse lo scrutinio, il terzo motivo di ricorso sarebbe pure manifestamente infondato, in quanto la Corte d'appello, lungi dall'omettere di pronunciare sul punto, ha escluso che dalla condotta dei sanitari fosse conseguita per D.D. la perdita della possibilità di vivere più a lungo e con minori sofferenze, affermando, tutt'al contrario, che la predetta condotta, pur censurabile, non aveva compromesso le prospettive di vita e la possibilità di sopravvivenza della paziente e non era concorsa a determinare una anticipazione dell'evento letale.
Il terzo motivo va dunque dichiarato inammissibile.

... Omissis ...

P.Q.M.
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, al competente ufficio di merito, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art.13, ove dovuto.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 5 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 20 giugno 2024.

Contenuto della nozione medica di "complicanza"

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 25 giugno 2024, n. 17507; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

La nozione medica di "complicanza" è irrilevante ai fini della presunzione di cui all'art.1218 cod. civ. la quale può ritenersi superata solo ove si verifichi in concreto il carattere imprevedibile e inevitabile dell'evento così qualificato, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

1.1. Il motivo è manifestamente infondato.
1.1.a. In primo luogo, deve osservarsi che la Corte d'Appello, con motivato apprezzamento di fatto (come tale, incensurabile in questa sede di legittimità), ha accertato la circostanza, peraltro incontroversa, che la patologia trattata chirurgicamente non era quella per cui H.H. era stato ricoverato, ma era una complicanza insorta nel trattamento della prima.
Al riguardo, va ribadito il principio che **la nozione medica di "complicanza" è irrilevante ai fini della presunzione di cui all'art.1218 cod. civ. (la quale può ritenersi superata solo ove si verifichi in concreto il carattere imprevedibile e inevitabile dell'evento così qualificato, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile**: Cass.30/06/2015, n. 13328; Cass.29/11/2022, n. 35024).
Pertanto, nella fattispecie, non essendo stata provata tale causa dalla struttura sanitaria, l'inadempimento del medico, rispetto al quale valutare il nesso causale materiale con l'evento di danno (il decesso del paziente) andava individuato - ed in tal senso verte il corretto accertamento operato dal giudice del merito - non solo nel ritardo nella gestione della complicanza ma, prima ancora, nella sua stessa verificazione.
1.1.b. In secondo luogo, quand'anche l'inadempimento fosse consistito soltanto nella ritardata esecuzione del trattamento chirurgico della "pancreatite acuta emorragica necrotica", tuttavia resterebbe che esso ritardo, secondo le conclusioni della CTU, avrebbe causato l'evento di danno con una probabilità del 60%, posto che l'intervento tempestivo avrebbe consentito al paziente di sopravvivere con una probabilità del 40%. Dunque, correttamente la Corte d'Appello ha ritenuto provato il nesso causale tra l'inadempimento dei sanitari e l'evento di danno della morte di H.H., procedendo alla liquidazione delle conseguenze dannose (patrimoniali e non patrimoniali) sofferte dai prossimi congiunti e legate al detto evento dal nesso di causalità giuridica in base al criterio di conseguenzialità immediata e diretta di cui all'art.1223 cod. civ.
Al riguardo, **non è a discorrere di perdita di chance poiché l'accertamento non ha riguardato un illecito strutturalmente costituito da un nesso causale certo e da un evento di danno non certo (Cass. 9/03/2018, n. 5641; Cass. 7/11/2022, n. 32639), ma al contrario, un illecito strutturalmente costituito da un nesso causale non certo (recte: probabilisticamente accertato) e da un evento di danno certo.**
Il primo motivo, pertanto, deve essere rigettato.
2. Con il secondo motivo viene denunciata la "Violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 comma 1 n. 3) c.p.c. in relazione all'art. 91 c.p.c. e all'art. 4 comma 2 del D.M. n. 55/2014".
L'azienda ricorrente deduce che, in sede di liquidazione del compenso in favore degli appellati vittoriosi (compenso che ha poi formato oggetto di distrazione in favore dei loro difensori, dichiaratisi antistatari), la Corte d'Appello avrebbe erroneamente applicato l'aumento del 30%, moltiplicandolo per sei volte in ragione del numero dei soggetti difesi oltre il primo, in ossequio alla previsione dell'art.4 comma 2, D.M. n. 55/2014, come modificato dal D.M. n.37/2018.
Sostiene, che, infatti, ai sensi del disposto di cui al secondo periodo di tale disposizione, esso aumento troverebbe applicazione allorché più cause vengano riunite, dal momento della riunione, e nel caso in cui l'avvocato assista un solo soggetto contro più soggetti, ma non anche nel caso inverso, in cui - come nella vicenda in esame - l'avvocato assista più soggetti contro un unico soggetto; osserva che in relazione a questa distinta fattispecie, il detto aumento sarebbe normativamente consentito solo nell'ambito del processo penale, stante il diverso disposto dell'art.12 del medesimo D.M. n.55/2014.
2.1. Il motivo è infondato.
2.1.a. Il comma 2 dell'art. 4 del D.M. n. 55 del 2014, nella formulazione (successiva alle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. c), del D.M. n. 37 del 2018, ed anteriore alle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1, lett. c), del D.M. n.147 del 2022) applicabile alla fattispecie, ratione temporis, prevede: "quando in una causa l'avvocato assiste più soggetti aventi la stessa posizione processuale, il compenso unico può di regola essere aumentato per ogni soggetto oltre il primo nella misura del 30 per cento, fino a un massimo di dieci soggetti, e del 10 per cento per ogni soggetto oltre i primi dieci, fino a un massimo di trenta. La disposizione di cui al periodo precedente si applica quando più cause vengono riunite, dal momento dell'avvenuta riunione e nel caso in cui l'avvocato assiste un solo soggetto contro più soggetti".
Il primo periodo della trascritta disposizione stabilisce la regola per cui l'avvocato che assiste più soggetti ha diritto ad un aumento del compenso; il secondo periodo estende il diritto all'aumento a due ulteriori fattispecie, quella in cui più cause vengono riunite e quella in cui l'avvocato assista un solo soggetto contro più soggetti.
La fattispecie di cui al primo periodo è quella che si integra nella vicenda in esame: gli appellati (originari attori), aventi la medesima posizione processuale, erano stati infatti difesi dai medesimi difensori; correttamente, pertanto, la Corte territoriale ha applicato la maggiorazione prevista dall'art. 4, comma 2, D.M. n. 55/2014, non dubitandosi che la disciplina da esso prevista si riferisca anzitutto a questa fattispecie.
La disposizione di cui al secondo periodo del citato comma 2 dell'art.4 del D.M. n. 55/2014 non costituisce infatti una limitazione dell'ambito di applicabilità della disciplina prevista dal periodo precedente ma integra, al contrario, una estensione della disciplina medesima, dettata in primo luogo con riguardo all'ipotesi in cui "l'avvocato assiste più soggetti aventi la stessa posizione processuale".
2.1.b. Tanto osservato, il motivo in esame deve dunque essere rigettato, non senza evidenziare che, al di là della infondata

doglianza di violazione dell'art. 4, comma, 2 del D.M. n. 55/2014, l'azienda ricorrente non censura altresì la violazione del comma 4 della medesima disposizione, la quale, sempre nella formulazione vigente ratione temporis, alla stregua delle modifiche apportate dal D.M. n. 37/2018 impone al giudice, in funzione dell'eventuale riduzione (nella misura del 30%) del compenso determinato ai sensi del precedente comma 2, di apprezzare se la prestazione professionale resa dall'avvocato in favore di più soggetti condividenti l'identica posizione processuale abbia o meno comportato l'esame di specifiche e distinte questioni di fatto e di diritto.

Poiché la sentenza d'appello non viene criticata sul punto (né sotto il profilo dell'eventuale indebita omissione del detto apprezzamento, né sotto il profilo dell'eventuale illegittimità della sua implicita effettuazione), deve escludersi che la riduzione ex art. 4, comma 4, D.M. n.55/2014, con riguardo ai compensi relativi al grado di appello, possa essere disposta officiosamente in sede di legittimità, non venendo in rilievo la correzione di un error in iudicando debitamente denunciato con il ricorso per cassazione e la conseguente esigenza di reductio ad legitimitatem della sentenza di merito in conformità alla censura veicolata con la sua impugnazione.

In definitiva, il ricorso va rigettato.

3. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza vengono liquidate come da dispositivo con distrazione in favore del difensore, dichiaratosi antistatario; nulla è dovuto a titolo di esborsi, non essendo stati gli stessi dedotti nella nota spese depositata.

4. Avuto riguardo al tenore della pronuncia, va dato atto - ai sensi dell'art.13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002 - della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della azienda ricorrente, di un ulteriore importo a titolo contributo unificato, pari a quello previsto per la proposizione dell'impugnazione, se dovuto.

5. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, deve disporsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei controricorrenti e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna l'azienda ricorrente a rimborsare ai controricorrenti le spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 22.939,56 per compensi, oltre alle spese forfetarie, ed agli accessori di legge, da distrarsi in favore del loro difensore, dichiaratosi antistatario.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, al competente ufficio di merito, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art.13, ove dovuto.

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi di dei controricorrenti e delle altre persone in esso menzionate.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 5 aprile 2024.

Depositato in Cancelleria il 25 giugno 2024

Emotrasfusione con sangue infetto e diritto al risarcimento danni

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 giugno 2024, n. 17664; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

In materia di danno da emotrasfusione con sangue infetto, il diritto al risarcimento da parte di chi assume di aver contratto patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, I, c.c., dal giorno in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle informazioni ricevute dal danneggiato e della diffusione delle conoscenze scientifiche.

... Omissis ...
Motivi della decisione

A.1. con il primo motivo del ricorso principale viene denunciata, ai sensi dell'art.360 n. 3 cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione degli artt. 2947 e 2935 cod. civ., per avere la Corte d'appello ancorato il decorso del termine di prescrizione alla data del 3 marzo 2005 o a quella del 18 maggio 2005, o, persino, a quella del 16 marzo 2006, anziché alla più risalente data del 20 settembre 1990, epoca in cui era stata accertata l'avvenuta contrazione del virus HCV;
deduce, al riguardo, l'amministrazione ricorrente che la contrazione del virus costituiva l' "evento lesivo" e che la prescrizione del diritto al risarcimento avrebbe dovuto farsi decorrere, appunto, dalla "data di conoscenza dell'evento lesivo che, all'epoca dell'effettuazione dei controlli ematici, qualunque medico avrebbe ricondotto causalmente - in assenza di altri fattori di rischio - alle trasfusioni";
A.1.1. Il motivo è inammissibile, ai sensi dell'art.360-bis n. 1 cod. proc. civ..
È ormai ius receptum nella giurisprudenza di questa Corte il principio secondo cui, **in materia di danno da emotrasfusione con sangue infetto, il diritto al risarcimento da parte di chi assume di aver contratto patologie per fatto doloso o colposo di un terzo è soggetto al termine di prescrizione quinquennale che decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, primo comma, cod. civ., dal giorno in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle informazioni ricevute dal danneggiato e della diffusione delle conoscenze scientifiche (Cass. 22/09/2017, n. 22045; Cass.31/05/2018, n. 13745; Cass. 27/09/2019, n. 24164; Cass. 9/07/2020, n. 14480); giorno che, di norma, va identificato con quello di presentazione della domanda amministrativa di erogazione dell'indennizzo previsto dalla legge n. 210 del 1992, salvo che la controparte dimostri che già prima di quella data il danneggiato conosceva o poteva conoscere, con l'ordinaria diligenza, alla stregua dei parametri succitati, l'esistenza della malattia e la sua riconducibilità causale alla trasfusione, anche per mezzo di presunzioni semplici (Cass., Sez. Un., 11/01/2008, n. 576; Cass. 28/06/2019, n. 17421; Cass. 30/03/2022, n. 10190; Cass. 13/06/2023, n. 16808)**;
la sentenza impugnata, facendo corretta applicazione di tale principio, dopo avere accertato che soltanto il 16 marzo 2006 (in una con la conferma della diagnosi di epatopatia cronica irreversibile), B.B. aveva acquisito la consapevolezza, "non solo delle proprie condizioni di salute, ma anche del fatto che la malattia era da ricondursi alle trasfusioni alle quali era stato sottoposto dal 1979 in avanti", ha coerentemente fissato l' exordium praescriptionis in prossimità di questa data o, "comunque", alla precedente data del 18 maggio 2005 (epoca in cui in cui la diagnosi era stata per la prima volta formulata) ovvero, "al più", alla data del 3 marzo precedente, quando era iniziata la sintomatologia correlabile al virus;
il Ministero eccipiente sostiene che il dies a quo del termine di decorrenza della prescrizione avrebbe dovuto essere fissato, invece, alla più risalente data del 20 settembre 1990, epoca dell'accertamento della positività al virus HCV;
l'amministrazione ricorrente non spiega, tuttavia, da quale elemento B.B. avrebbe potuto trarre, sulla base di quell'accertamento, la percezione della riferibilità alle trasfusioni della sua patologia (all'epoca neppure ancora diagnosticata), limitandosi a formulare la considerazione che qualunque medico avrebbe ricondotto ad esse l'"evento lesivo", in assenza di altri fattori di rischio;
la considerazione è, però, erronea in iure, avendo questa Corte più volte affermato (cfr. le pronunce sopra richiamate) che, **ai fini della determinazione della decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto per contagio da emotrasfusioni una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo, il giudice del merito non può ritenere conseguita (o conseguibile, sulla base dell'ordinaria diligenza e della diffusione delle conoscenze scientifiche) tale conoscenza, da parte del paziente, in difetto di informazioni idonee a consentirgli di collegare causalmente la propria patologia alla trasfusione;**
pertanto, il parametro dell'ordinaria diligenza e della diffusione delle conoscenze scientifiche, come parametro sulla cui base valutare la percepibilità della patologia quale danno ingiusto conseguente alla trasfusione, va calibrato non in relazione alle informazioni comunque acquisibili da parte del paziente, ma in relazione alle informazioni che gli siano state eventualmente date o rispetto alle quali può reputarsi esigibile un suo onere di attivazione nel caso concreto, sicché il mero accertamento della positività al virus e persino la mera diagnosi della sussistenza della patologia virale, in assenza di altre informazioni sulla possibile derivazione causale di essa dalla precedente trasfusione, non può essere reputata rilevante ai fini della decorrenza del termine di prescrizione (cfr., in termini, da ultimo, Cass.19/03/2024, n. 7357);
Il primo motivo del ricorso principale, dunque, deve essere dichiarato inammissibile;
A.2. con il secondo motivo del medesimo ricorso viene denunciata, ai sensi dell'art.360 n.4 cod. proc. civ., la violazione dell'art.132, secondo comma, n.4 cod. proc. civ., per motivazione "apparente";

il Ministero della salute sostiene che il giudice d'appello, pur avendo correttamente ritenuto che il dies a quo della prescrizione dovesse essere fissato con riferimento ad un momento antecedente alla data di presentazione della domanda amministrativa, tuttavia avrebbe "dato rilievo a date, diverse da quella individuata dal Giudice di prime cure, con motivazione perplessa e contraddittoria non procedendo ad un'attenta valutazione dell'effettivo momento in cui il malato ha avuto la possibilità di avere contezza del danno e delle sue cause";

A.2.1. anche questo motivo è inammissibile;

invero, per effetto della nuova formulazione dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., introdotta dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134 - applicabile alle sentenze pubblicate dopo il giorno 11 settembre 2012 -, il controllo sulla motivazione può investire esclusivamente l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, la quale sussiste nelle sole ipotesi di "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", di "motivazione apparente", di "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e di "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", sicché il sindacato sulla motivazione è possibile solo con riferimento al parametro dell'esistenza e della coerenza, non anche con riferimento al parametro della sufficienza (Cass., Sez. Un., 07/04/2014, nn. 8053 e 8054 e succ. conf.);

con il ricorso in esame, consimili vizi non sono stati denunciati, atteso che, al di là dei formali riferimenti di stile alla motivazione "apparente" (contenuti nella rubrica del motivo), nonché "perplessa e contraddittoria" (contenuti nell'illustrazione dello stesso), nella sostanza non si deduce un difetto di motivazione costituzionalmente rilevante, ma si contesta l'apprezzamento di merito in ordine all'exordium praescriptionis;

del resto, è la stessa pubblica amministrazione ricorrente che, attraverso il richiamo a passi della motivazione della sentenza d'appello, dà atto della sussistenza dell'articolato e coerente (sebbene non condiviso) corredo argomentativo ad essa apposto;

A.3. con il terzo motivo del ricorso principale viene denunciata, ai sensi dell'art.360 n. 3 cod. proc. civ., la violazione degli artt. 2043, 2056, 2059, 1223, 2699 e 2719 cod. civ.;

il motivo si articola in due doglianze;

A.3.a. con la prima doglianza, la sentenza impugnata è censurata per aver liquidato il danno non patrimoniale prendendo erroneamente a riferimento l'età del danneggiato al momento del contagio (20 settembre 1990: 34 anni), anziché "quella di effettivo manifestarsi dei segni conclamati della patologia epatica";

il Ministero sostiene che la mera contrazione dell'infezione, "per quanto possa ritenersi già una forma di menomazione (temporanea) dell'integrità della salute del soggetto emotrasfuso, richieda notoriamente del tempo prima di (eventualmente) stabilizzarsi e assumere i canoni dell'invalidità permanente";

d'altra parte, nel caso di specie, era stato provato attraverso la documentazione in atti che il contagio da virus HCV, risultante dagli esami ematologici eseguiti il 20 settembre 1990, era rimasto "silente" per molti anni, e che solo dall'anno 2003 si erano manifestati i sintomi correlati ad una sofferenza epatica, prima dell'aggravamento verificatosi nel 2005, allorché era stata formulata la diagnosi di "epatopatia cronica";

A.3.b. con la seconda doglianza, la sentenza d'appello è censurata per avere riconosciuto in via meramente presuntiva il danno morale;

A.3.b.1. quest'ultima doglianza è inammissibile, atteso che la sentenza impugnata, pur avendo osservato, in premessa, che le tabelle milanesi avrebbero consentito la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale sia sotto il profilo dinamico-relazionale che della sofferenza morale, tuttavia ha poi accertato soltanto la sussistenza del primo profilo di danno non patrimoniale, applicando, con riguardo al danno permanente, valutato nella misura del 60%, la sola cifra liquidabile a titolo di danno biologico/dinamico relazionale, non anche quella liquidabile a titolo di sofferenza soggettiva interiore, salvo il successivo aumento per la personalizzazione, non censurato dall'amministrazione ricorrente;

A.3.b.2. la prima doglianza, formulata con il terzo motivo del ricorso principale, è invece fondata, per quanto di ragione;

questa Corte ha ripetutamente affermato che **il danno biologico non consiste nella semplice lesione dell'integrità psicofisica in sé e per sé considerata, bensì nelle conseguenze pregiudizievoli per la persona, sicché, in mancanza di dette conseguenze, difetta un danno risarcibile, altrimenti configurandosi un danno in re ipsa, privo di accertamento sul nesso di causalità giuridica (necessario ex art. 1223 cod. civ.) tra evento ed effetti dannosi; ne consegue che, in caso di danno c.d. lungolatente (come nel caso della contrazione, a seguito di emotrasfusione, di epatite che resti asintomatica per un certo periodo di tempo), il risarcimento deve essere liquidato solo con riferimento al momento di manifestazione dei sintomi e non dalla contrazione dell'infezione (Cass. 2/09/2022, n. 25887; Cass. 17/02/2023, n. 5119; Cass. 14/02/2024, n. 4110);**

è stato anche più analiticamente osservato che, ai fini del danno subìto dal soggetto infettato, vanno distinti, logicamente e temporalmente, i momenti di: inoculazione infettiva (condotta colposa); contrazione della malattia (evento di danno); apparizione dei sintomi ovvero intervenuta consapevolezza della patologia con diagnosi (pregiudizi conseguenti risarcibili):

a) i momenti dell'inoculazione e della contrazione non rilevano ai fini risarcitori per non essersi ancora verificate conseguenze pregiudizievoli risarcibili;

b) - il momento della manifestazione dei sintomi della patologia incidenti in modo apprezzabile sull'integrità fisica può radicare il diritto al risarcimento del danno biologico (ciò, anche prima della - e indipendentemente dalla -consapevolezza della patologia correlata alla diagnosi, nonché della sua rapportabilità causale alla trasfusione: profili, rilevanti, invece, come si è veduto, ai fini della decorrenza della prescrizione);

c) - il momento della consapevolezza della specifica e grave patologia, diagnosticata anche prima dell'apparizione dei sintomi, può far sorgere il diritto al risarcimento del danno morale da sofferenza, cui se del caso potrà seguire quello al risarcimento del danno biologico alla comparsa della sintomatologia incidente in modo apprezzabile sull'integrità fisica (Cass. 29/01/2024, n. 2725);

nella fattispecie, erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto sorto il diritto al risarcimento del danno biologico al momento della contrazione dell'infezione (20 settembre 1990) anziché al momento successivo (da individuarsi nell'anno 2003 secondo le allegazioni del ricorrente principale o nell'anno 2005, secondo l'apprezzamento compiuto dalla stessa Corte di

merito) in cui si era verificata l'insorgenza, l'aggravamento e la cronicizzazione della sintomatologia;
in questi termini, il motivo in esame deve dunque essere accolto;
spetterà al giudice del rinvio individuare con precisione il momento in cui la vittima abbia subìto il pregiudizio-conseguenza a seguito dell'insorgenza di sintomi incidenti in modo apprezzabile sull'integrità fisica ai fini risarcitori, parametrando coerentemente l'età rilevante ai fini della liquidazione del danno;
B.1. con l'unico motivo di ricorso incidentale viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n.3 cod. proc. civ., la violazione degli artt. 2043, 2056, 2059, 1223 e 1226 cod. civ.;
A.A. censura la sentenza impugnata per avere operato la riduzione dell'importo risarcitorio nella misura del 30% al fine di parametrare il risarcimento iure hereditario alla durata "effettiva" della vita del danneggiato (56 anni) e non già a quella ipotetica individuata come "probabile" sulla base dell'aspettativa di vita media secondo le tabelle ISTAT (80 anni);
deduce che la detta riduzione sarebbe possibile solo qualora la persona offesa sia deceduta per una causa non ricollegabile alla menomazione, mentre, nella fattispecie, era stato accertato che il decesso di B.B. era avvenuto proprio a causa dell'aggravamento della patologia epatica HCV post-trasfusionale;
B.1.1. il motivo è fondato;
va, in primo luogo, rilevato, che nel giudizio di merito è stato accertato (e non è comunque controverso tra le parti) che il decesso di B.B. è avvenuto in data 19 marzo 2012 (all'età di 56 anni) per "insufficienza epatica e renale in cirrotico emofilico", dunque per cause direttamente collegabili alla epatopatia post-trasfusionale e al suo progressivo aggravamento;
ciò posto de facto, deve darsi continuità, de iure, all'orientamento secondo il quale, il principio per cui **l'ammontare del danno biologico spettante agli eredi del defunto iure successionis va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato e non già a quella probabile (in quanto la durata della vita futura in tal caso non costituisce più un valore ancorato alla mera probabilità statistica ma è un dato noto) si applica solo nel caso in cui la persona offesa sia deceduta per causa non ricollegabile alla menomazione risentita in conseguenza dell'illecito (Cass. 26/05/2016, n. 1897; Cass. 15/02/2019, n. 4551; Cass. 29/12/2021, n. 41933);**
invece, allorquando - come nella specie - la morte sia stata direttamente cagionata dall'illecito, trova applicazione il diverso principio in base al quale la menomazione non reversibile dell'integrità della persona (idonea, cioè, ad incidere stabilmente e continuativamente sull'esplicazione della personalità lungo il presumibile arco della vita futura del soggetto che la patisce) presuppone che la persona sopravviva almeno temporaneamente al fatto lesivo e, presentandosi con i connotati del danno permanente, va risarcita con le corrispondenti tecniche di valutazione probabilistica (Cass. 9/11/2022, n. 32916; in precedenza v., già, ex aliis, Cass. 11/07/2003, n. 10942);
C. - in definitiva vanno accolti il terzo motivo del ricorso principale (per quanto di ragione) e il ricorso incidentale, mentre vanno dichiarati inammissibili il primo e il secondo motivo del ricorso principale. La sentenza d'appello va cassata in relazione ai motivi accolti con rinvio alla Corte territoriale di Venezia, in diversa composizione, che provvederà a nuova liquidazione del danno non patrimoniale iure successionis spettante a A.A., attenendosi agli enunciati principi;
il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità (art.385, terzo comma, cod. proc. civ.);
D. - ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, deve disporsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi del ricorrente e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.
la Corte accoglie per quanto di ragione il terzo motivo del ricorso principale, nonché il ricorso incidentale; dichiara inammissibili il primo e il secondo motivo del ricorso principale; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione;
ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi del ricorrente e delle altre persone in esso menzionate.
Conclusione
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 19 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 26 giugno 2024.

Responsabilità sanitaria, la CTU e l'ambito di indagine del Giudice

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 giugno 2024, n. 17742; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

Nell'ipotesi in cui sia proposta una domanda risarcitoria per inadempimento di un'obbligazione sanitaria, per un verso, la deduzione di profili di colpa diversi e ulteriori rispetto a quelli originariamente allegati, fondati su circostanze emerse all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, non integra domanda nuova, poiché non determina alcun mutamento della causa petendi e dell'ambito dell'indagine processuale; per altro verso, il Giudice non è rigidamente vincolato alle iniziali prospettazioni dell'attore, dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente indicate dall'attore, possano avere portata preclusiva stante la inesigibilità della individuazione ab initio di specifici elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all'esito dell'esperimento probatorio e peritale.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

La sentenza d'appello è gravemente viziata per avere obliterato, sotto il profilo sostanziale, basilari profili di teoria generale del diritto delle obbligazioni e, sotto il profilo processuale, principi altrettanto basilari che presiedono alla delimitazione dell'ambito dell'onere di allegazione.
1.1.a. Ritiene allora opportuno il Collegio ricordare che - come è noto -, **in via generale e a prescindere dalla sua fonte, l'obbligazione trova i suoi requisiti costitutivi, oltre che nelle due posizioni di debito e di credito (ovverosia le due situazioni soggettive, rispettivamente passiva e attiva, che costituiscono i terminali del rapporto obbligatorio), negli elementi che ne integrano il contenuto, i quali si sostanziano nella prestazione che forma oggetto della posizione di debito e nell'interesse che costituisce il punto di riferimento della posizione di credito, cui la prima deve corrispondere (art. 1174 cod. civ.).**
La necessità che la prestazione del debitore corrisponda all'interesse del creditore esclude la possibilità di individuare in essa un contenuto del tutto predeterminato e specificamente individuato, costituendo essa piuttosto il programma materiale o giuridico che deve essere attuato per la realizzazione del detto interesse creditorio; interesse che, svolgendo nell'ambito del rapporto obbligatorio la medesima funzione svolta dalla causa (concreta) nel rapporto contrattuale, non ha un contenuto tipico ma si identifica nel concreto interesse perseguito dal creditore e posto a fondamento dell'operazione economica effettuata.
La corrispondenza della prestazione al concreto interesse creditorio (e non ad un contenuto tipico predeterminato) presiede al giudizio di inadempimento (art. 1174 cod. civ.) e della sua gravità (art. 1455 cod. civ.), in quanto esso interesse rileva sia quale parametro di determinazione della prestazione da eseguire sia quale parametro di valutazione della prestazione eseguita: per un verso, la prestazione si determina secondo lo sforzo diligente normalmente adeguato a soddisfare l'interesse del creditore; per altro verso, la prestazione deve considerarsi liberatoria quando essa abbia comunque conseguito il soddisfacimento del detto interesse, pur non essendo esattamente conforme al previsto per la presenza di irrilevanti inesattezze qualitative o quantitative.
L'esercizio di un rimedio giudiziale contro l'inadempimento (azione di adempimento, azione di risoluzione contrattuale, azione risarcitoria) onera dunque il debitore di allegare in modo circostanziato la fattispecie di inadempimento (spettando poi al debitore, in relazione a quella allegazione, l'onere di provare l'esatto adempimento), ma il predetto onere (salvo che l'oggetto dell'obbligazione si riduca alla dazione di una cosa determinata o al pagamento di una somma di danaro; dunque, specialmente nelle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni complesse o composite, come quelle di risultato di impresa o di diligenza professionale), se da un lato esige che il creditore alleghi la deficienza attuativa del programma obbligatorio atta ad evidenziare il mancato impiego da parte del debitore delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse dedotto in obbligazione, dall'altro lato, in conformità al principio di buona fede, non postula la pedissequa e analitica elencazione di tutte le specifiche omissioni tecniche, scientifiche o giuridiche in cui il debitore sia incorso, né l'individuazione delle inesattezze della prestazione non emergenti ex ante ma accertabili solo ex post all'esito dell'attività istruttoria e delle necessarie indagini tecniche.
1.1.b. A tali rilievi che costituiscono l'implicazione delle regole sostanziali che presiedono alla disciplina generale del rapporto obbligatorio, devono aggiungersi quelli, di carattere speculare, che emergono dalla ricognizione delle regole processuali in ordine all'onere di allegazione nelle azioni di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali e, in genere, delle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni connotate da profili tecnici o scientifici.
Al riguardo, **questa Corte, proprio con precipuo riferimento alle fattispecie di responsabilità sanitaria, ha reiteratamente affermato che il detto onere resta circoscritto ai fatti conosciuti e conoscibili dalla parte, in ragione delle informazioni ad essa accessibili e delle cognizioni tecnico-scientifiche esigibili, e non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie in ordine all'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario** (Cass. 19/05/2004, n. 9471; Cass. 26/07/2012, n. 13269).
Pertanto, **nell'ipotesi in cui sia proposta una domanda risarcitoria per inadempimento di un'obbligazione sanitaria, per un verso, la deduzione di profili di colpa diversi e ulteriori rispetto a quelli originariamente allegati, fondati su circostanze emerse all'esito della consulenza**

tecnica d'ufficio, non integra domanda nuova, poiché non determina alcun mutamento della causa petendi e dell'ambito dell'indagine processuale (Cass. 15/03/2024, n. 7074; Cass. 23/04/2024, n. 10901); per altro verso, il giudice non è rigidamente vincolato alle iniziali prospettazioni dell'attore, dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente indicate dall'attore, possano avere portata preclusiva stante la inesigibilità della individuazione ab initio di specifici elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all'esito dell'esperimento probatorio e peritale (Cass. 20/03/2018, n. 6850).

1.1.c. Alla luce delle suesposte considerazioni, emerge con ogni evidenza l'illegittimità della statuizione "rescindente" contenuta nella sentenza impugnata, diretta a dichiarare la nullità della decisione di primo grado per extra - petizione, specie se si consideri che gli attori, sin dall'atto introduttivo originario, (cui questa Corte, in quanto investita del sindacato su un error in procedendo, può accedere quale giudice del fatto processuale) avevano allegato, quale condotta inadempiente contestata ai sanitari operanti presso la struttura convenuta, in funzione dell'affermazione della responsabilità contrattuale di quest'ultima, non solo il ritardo nell'esecuzione dell'intervento chirurgico demolitivo, ma anche omissioni ed errori diagnosti e terapeutici, per avere "sottostimato la gravità degli eventi, infettivi e vascolari a carico di entrambi gli arti inferiori" e "applicato un piano terapeutico del tutto inefficace", somministrando "al paziente una inutile terapia farmacologica".

La sentenza di primo grado, all'esito della CTU espletata, aveva accertato la sussistenza sia dell'omessa diagnosi (per non avere i sanitari preso atto che l'affezione di cui D.D. era portatore era "linfedema da stasi") sia dell'errore terapeutico (per avere trattato sintomatologicamente le lesioni ischemiche vascolari con terapia antibiotica, anziché con terapia diuretica, elasto-compressione, linfodrenaggio e, al limite, intervento chirurgico di necrosectomia).

Dopo avere rilevato altresì - sempre sulla scorta della CTU - l'incidenza causale di tali errori ed omissioni sull'evento di danno, il giudice di primo grado aveva dunque correttamente emesso la pronuncia di merito sulla domanda proposta, nei limiti di essa, in perfetta conformità al disposto dell'art. 112 cod. proc. civ.

Gravemente illegittima si mostra dunque la sentenza d'appello, nella parte in cui ha dichiarato la nullità della sentenza di primo grado per extra-petizione, incorrendo invece essa, per converso, nella violazione della norma processuale posta a presidio del principio dispositivo in senso materiale.

Il primo motivo di ricorso va pertanto accolto.

2. Con il secondo motivo viene denunciato vizio motivazionale costituzionalmente rilevante, nonché, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio oggetto di discussione tra le parti.

I ricorrenti osservano che la sentenza impugnata ha fondato la pronuncia di merito di esclusione della responsabilità dell'azienda sanitaria sulla considerazione di un unico fatto dedotto come profilo di inadempimento, ovverosia il ritardo serbato dai sanitari nel porre in essere l'intervento demolitivo di amputazione bilaterale degli arti, intervento di cui il CTU aveva escluso il rilievo causale in relazione al decesso del paziente.

Evidenziano che, invece, la Corte territoriale merito ha omesso del tutto di considerare gli ulteriori fatti di inadempimento contestati alla struttura sanitaria con l'atto di citazione, consistenti nell'omessa valutazione della gravità degli eventi infettivi e vascolari e nell'applicazione di una terapia inutile e inefficace, oltre che, più in generale, nella mancata tempestiva effettuazione di un intervento chirurgico di necrosectomia.

Sostengono che, se avesse debitamente considerato tali errori ed omissioni (di cui il CTU aveva riscontrato, oltre che la sussistenza, anche la rilevanza causale, e che dovevano pertanto reputarsi decisivi in funzione dell'affermazione della responsabilità della struttura sanitaria), il giudice d'appello avrebbe confermato la statuizione di accoglimento della domanda risarcitoria, già correttamente emessa dal giudice di primo grado.

2.1. Anche il secondo motivo è fondato.

La Corte territoriale ha escluso il nesso causale tra la condotta inadempiente dei sanitari operanti nella struttura ospedaliera e l'evento dannoso, sulla base dell'accertamento peritale che aveva ritenuto che "verosimilmente" l'amputazione degli arti avrebbe comunque comportato la morte del paziente.

La Corte di merito, però, avrebbe dovuto considerare anche le ulteriori circostanze accertate dal CTU all'esito dell'indagine medico-legale (in particolare, le omissioni diagnostiche e gli errori terapeutici) che erano state invece ritenute determinanti in relazione alla progressiva ingravescenza della patologia e all'esito letale della stessa.

L'argomentazione per cui di tali profili di inadempimento, benché causalmente incidenti sull'evento dannoso, non potesse tenersi conto in quanto non specificamente allegati e prospettati dagli attori come causa del pregiudizio, è erronea in iure, non solo perché - come si è detto - nella fattispecie l'onere di allegazione era stato effettivamente assolto dagli attori con l'atto introduttivo della domanda, ma anche perché - come pure si è ampiamente osservato - corrisponde ad un orientamento consolidato di questa Corte il principio secondo il quale non è esigibile dall'attore che agisce per l'accertamento della responsabilità sanitaria della struttura o dei suoi ausiliari la specifica individuazione ex ante dei precisi profili di imperizia, di incuria o di negligenza in cui essi sarebbero incorsi, venendo in considerazione elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all'esito dell'istruttoria e dell'espletamento di una CTU medico-legale, cosicché, all'esito di tali accertamenti, il giudice del merito, non essendo rigidamente vincolato alle prospettazioni dell'attore, può accogliere la domanda anche in caso di riscontro di profili di responsabilità diversi da quelli in origine ipotizzati, senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

3. In definitiva, il ricorso va accolto e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze, in diversa composizione, che tornerà a delibare la domanda di risarcimento del danno proposta da A.A., B.B. e C.C., quali eredi di D.D., nei confronti della Azienda Ospedaliero-Universitaria Senese, attenendosi agli enunciati principi e tenendo presenti le circostanze complessivamente risultanti dall'istruttoria compiuta e dalla CTU espletata nella precedente fase di merito in ordine alle condotte omissive e commissive poste in essere dai sanitari operanti nella struttura in funzione della diagnosi e della terapia dell'affezione di cui D.D. era portatore, nonché della loro incidenza causale sull'evento dannoso finale.

Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità (art. 385, terzo comma, cod. proc. civ.).

4. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, deve disporsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art.13, ove dovuto.

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti e delle altre persone di cui si fa menzione.

Così deciso in Roma, nella camera di Consiglio della Terza Sezione civile il giorno 19 aprile 2024.

Depositato in Cancelleria il 27 giugno 2024.

Danno da perdita di chance di sopravvivenza

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 27 giugno 2024, n. 17821; Pres. De Stefano; Rel. Saija

Nell'ipotesi di un paziente che, al momento dell'introduzione della lite, sia già deceduto, sono, di regola, alternativamente concepibili e risarcibili jure hereditario, se allegati e provati, i danni conseguenti: a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'an e nel quantum), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza della anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'an né nel quantum), come danno da perdita di chances di sopravvivenza. In nessun caso sarà risarcibile iure hereditario, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da "perdita anticipata della vita" con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente.

Motivi della decisione

1.1 - Con il primo motivo si denuncia la nullità della sentenza in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., per essersi la Corte d'Appello contraddetta, laddove, da un lato, ha riconosciuto la negligenza della condotta del medico e, dall'altro, ha travisato il dato scientifico relativo alla percentuale di mortalità con quella di sopravvivenza, per affermare la esiguità delle chance di sopravvivenza.

1.2 - Con il secondo motivo si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 116 c.p.c., 1176, 2043 e 2236 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., per aver la Corte d'Appello travisato le risultanze della CTU J.J., facendo confusione tra chance di sopravvivenza e rischio di mortalità, essendosi confuse le percentuali di mortalità con quelle di sopravvivenza riportate nella stessa CTU.

1.3 - Con il terzo motivo si lamenta omessa valutazione circa un fatto decisivo risultante dagli atti di causa, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., per non aver la Corte territoriale considerato né che la CTU aveva accertato che le possibilità di sopravvivenza del paziente al momento della condotta negligente del medico, individuata nella data del 29.4.2003, erano del 70%, né che il referto dell'RX torace era disponibile nella stessa data, sicché il medico avrebbe potuto acquisirne conoscenza immediatamente.

1.4 - Con il quarto motivo, in via subordinata e in correlazione con il secondo motivo, si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 116 c.p.c. e 2043 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. I ricorrenti denunciano il travisamento della prova relativa, per aver la Corte d'Appello ricostruito erroneamente i fatti storici oggetto del giudizio in relazione alla chance di sopravvivenza del paziente.

1.5 - Con il quinto motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 40 e 41 c.p., 2236 e 2697 c.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., perché, dopo aver la Corte calabra affermato che il ritardo nella complessiva valutazione degli esami clinici svolti si era tradotto in vera e propria negligenza del medico, la ponderazione delle chance di sopravvivenza del G.G. era del tutto ultronea ed irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità del medico stesso; inoltre, perché era stata inopinatamente "alleggerita" la posizione del medico, collocando il momento dell'insorgenza della negligenza dello stesso nella data del 30.4.2003 anziché nella tarda mattina del 29.4.2003, così incorrendo nella violazione dei criteri di ragionevolezza alla base della ripartizione dell'onere probatorio e, comunque, rendendo una motivazione gravemente illogica.

1.6 - Con il sesto motivo, in subordine e in correlazione con il primo motivo, si lamenta la nullità della sentenza, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., per violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., ancora in ordine alla confusione operata dalla Corte d'Appello in merito alle chance di sopravvivenza rispetto alla probabilità di mortalità.

1.7 - Con il settimo motivo, infine, in subordine e in correlazione con il terzo motivo, si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 116 c.p.c., 40 e 41 c.p., 2043 e 1218 c.c. in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., e ancora per omessa valutazione di un fatto storico e per travisamento della prova, in relazione all'art. 360, co. 1, n. 3 e 5 c.p.c., per aver la Corte territoriale ritenuto maggiormente probabile l'evento morte sulla scorta di un dato diagnostico erratamente interpretato, travisando completamente le risultanze del corredo istruttorio.

2.1 - Occorre anzitutto evidenziare che l'oggetto del giudizio concerne il danno da perdita di chance di sopravvivenza.

Su tale tematica, basti qui richiamare, anzitutto, il recente insegnamento di Cass. n. 26851/23, che (in motivazione), ha così delineato i contorni dell'ipotesi risarcitoria qui prospettabile: "**1) La vittima è già deceduta al momento dell'introduzione del giudizio da parte degli eredi. In questo caso non è concepibile, né logicamente né giuridicamente, un "danno da perdita anticipata della vita" trasmissibile iure successionis (Cass., 04/03/2004, n. 4400, Cass. 5641 del 2018, cit. e Cass., Sez. U., n. 15350 del 2015, cit.), non essendo predicabile, nell'attuale sistema della responsabilità civile, la risarcibilità del danno tanatologico. Esemplificando, causare la morte d'un ottantenne sano, che ha dinanzi a sé cinque anni di vita sperata, non diverge, ontologicamente, dal causare la morte d'un ventenne malato che, se correttamente curato, avrebbe avuto dinanzi a sé ancora cinque anni di vita. L'unica differenza tra le due ipotesi sta nel fatto che, nel primo caso, la vittima muore prima del tempo che gli assegnava la statistica demografica, mentre, nel secondo caso, muore prima del tempo che gli assegnava la statistica e la scienza clinica: ma tale differenza non consente di pervenire ad una distinzione "morfologica" tra le due vicende, così da affermare la risarcibilità soltanto della seconda ipotesi di danno. È possibile, dunque, discorrere (risarcendolo) di "danno da perdita anticipata della vita", con riferimento al diritto iure proprio degli eredi, solo definendolo il pregiudizio da minor tempo vissuto ovvero da valore biologico relazionale residuo di cui non si è fruito, correlato al periodo di tempo effettivamente**

vissuto, secondo i parametri di cui si dirà (infra, sub 4.4. e ss.).

In conclusione, nell'ipotesi di un paziente che, al momento dell'introduzione della lite, sia già deceduto, sono, di regola, alternativamente concepibili e risarcibili jure hereditario, se allegati e provati, i danni conseguenti: a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'an e nel quantum), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza della anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'an né nel quantum), come danno da perdita di chances di sopravvivenza. In nessun caso sarà risarcibile iure hereditario, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da "perdita anticipata della vita" con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente".

Inoltre, può anche farsi riferimento all'insegnamento di Cass. n. 25886/2022, che ha affermato il seguente principio di diritto: "**In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la "chance" non è una mera aspettativa di fatto, bensì la concreta ed effettiva possibilità di conseguire un determinato risultato (nella specie, dedotto come riduzione del rischio di recidiva di ictus) o un certo bene, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita configura un danno concreto ed attuale; ne consegue che la domanda risarcitoria del danno per la perdita di "chance" è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica**".

Ebbene, si tratta di questione (quella concettuale circa la tipologia di danno allegato dagli odierni ricorrenti) su cui sostanzialmente non v'è controversia tra le parti, giacché le pretese dei predetti sono state correttamente inquadrate dalla Corte d'Appello proprio nella prospettiva rimarcata dai citati arresti e, dunque, con riguardo alla condotta del medico, H.H., che (in tesi) causò la perdita della possibilità del de cuius di vivere più a lungo, come danno da perdita di chance di sopravvivenza. Non è quindi in discussione l'identificazione dell'oggetto della domanda degli odierni ricorrenti (con i relativi addentellati, sul piano dell'allegazione e della prova), bensì il modo (lato sensu inteso) in cui la Corte d'Appello ha governato le evenienze istruttorie, giungendo all'assoluzione dei convenuti, sul rilievo della sostanziale irrilevanza della pur accertata negligenza del medico nella sequenza causale accertata, culminata nel decesso di G.G.

3.1 - Ciò posto, ritiene la Corte di dover prioritariamente delibare il quinto motivo, perché potenzialmente assorbente. Esso è fondato, nei termini di cui infra, non cogliendo nel segno le eccezioni al riguardo sollevate da entrambi i controricorrenti.

3.2 - Contrariamente all'assunto di questi ultimi, il mezzo in esame è infatti sufficientemente specifico, in relazione al disposto dell'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., giacché censura l'operato della Corte d'Appello in relazione al giudizio controfattuale da essa effettuato, evidenziandone il vizio intrinseco costituito (in tesi) dalla erronea collocazione temporale della data di consumazione della negligenza del medico nel 30.4.2003, anziché, come correttamente avrebbe dovuto fare, nel giorno precedente: i ricorrenti contestano detto accertamento - certamente, in sé, di natura fattuale - non solo sotto il profilo della erronea ripartizione dell'onere probatorio, ma anche con riguardo all'ambito motivazionale, censurandosene la stessa illogicità (invero, solo nel corpo del mezzo, non anche in rubrica).

3.3.1 - Ebbene, nel ricostruire la catena degli eventi antecedenti al decesso di G.G., avvenuto il 2 maggio 2003, la Corte territoriale evidenzia che questi "viene visitato in data 24 aprile 2003 dal medico curante, per l'insorgere di tosse, dispnea, vomito, ma soprattutto di un forte dolore in sede toracica, con irradiazione al dorso, regione scapolare, e al collo; ...il medico curante tratta il paziente con un diuretico e con alcuni analgesici e decontratturanti, ritenendo il dolore di natura osteo-muscolare... La terapia sortisce un modico effetto... quanto alla sintomatologia dolorosa, mai comunque cessata del tutto, mentre non ha effetto alcuno sulla tosse, insistente e fastidiosa; compare inoltre, dopo un paio di giorni, un rialzo febbrile... Il G.G., medio tempore sospesa l'assunzione del diuretico, nel persistere dei sintomi, viene nuovamente visitato il 28 aprile 2003 dal dr. K.K. (il medico curante, n.d.e.), il quale richiede accertamenti cardiologici e pneumologici, contattando a tal fine il dr. H.H. con cui concorda un appuntamento per il giorno successivo. Il 29 aprile il G.G. si presenta a visita dal dr. H.H., che dispone il ricovero in day hospital, e predispone la cartella clinica del paziente...: la diagnosi di ingresso, giusta richiesta del medico curante, è quella di bronchite cronica, nella anamnesi prossima raccolta dal H.H. non compare la toracoalgia ("dolori urenti" scrive invece il cardiologo raccogliendo la "sua" anamnesi quello stesso giorno), né l'aumento di peso di 4 kg in una giornata..., né il vomito e la nausea..., ma solo la tosse, secca, senza espettorato; appare desumibile ed evidente la dispnea... Nell'anamnesi remota compare l'intervento di istmo plastica subito nel 1991. Le condizioni generali del paziente vengono descritte buone nell'esame obiettivo del dr. H.H., come "discrete" in quello del cardiologo; non risultano note patologiche all'auscultazione ed alla palpazione. Vengono richiesti ed effettuati una serie di esami clinici, tra cui l'emogasanalisi, che registra un lieve stato ipossemico, un elettrocardiogramma, nella norma, degli esami di laboratorio, con leggera alterazione dei valori epatici, una spirometria, che denota una "discreta insufficienza ventilatoria di tipo restrittivo". Il referto cardiologico consiglia "ricovero in ambiente medico: eseguire ecocardiogramma rx torace". L'esame radiologico viene del pari effettuato: esso riscontra un ingrandimento in toto dell'ombra cardiaca con "tenue velatura del seno costo frenico a dx: nulla a sx".

Tutti gli accertamenti vengono svolti nella stessa giornata del 29 aprile: e nell'attesa degli esiti, il H.H. rimanda il G.G. al giorno dopo per valutare la situazione alla luce dell'esito che sarebbe stato fornito dai vari reparti interessati. Il giorno successivo, 30 aprile 2003, non si sa se nella presenza o nell'assenza del referto radiologico, il H.H. pone la diagnosi di faringotracheite, dispone la relativa terapia, e dispone di rivedere il paziente a venti giorni per ripetere gli esami respiratori...; il fatto resta dunque nella sua crudità come "dimissione interlocutoria' in data 30 aprile 2003. Il 2 maggio, alle ore 16,00 circa, il G.G. viene trovato nella sua abitazione, riverso a terra e ormai privo di vita.

La causa della morte accertata attraverso l'autopsia è la dissecazione dell'aorta ascendente di tipo A...".

3.3.2 - Così ricostruiti i fatti essenziali, la Corte catanzarese stigmatizza anzitutto la negligenza imputabile al medico curante (soggetto estraneo al presente giudizio), che - pur in presenza di un pregresso clinico così rilevante per il paziente e dei sintomi che, con ampia probabilità, denotavano la presenza di una patologia connessa - ha omesso di prescrivere un esame (ecocardiografia) che, immediatamente, avrebbe potuto fornire un quadro obiettivo quanto mai chiaro, ben prima della visita effettuata dal H.H. al G.G. in data 29.4.2003: correttamente, dunque, il giudice d'appello evidenzia che "Tutto tale periodo non può ricadere a carico dell'appellato, il quale ha dunque ricevuto il paziente in un momento già in qualche modo segnato da un grave rischio di morte".

Dopo tale premessa, la Corte territoriale passa ad individuare la negligenza direttamente imputabile al H.H., nei termini che seguono: "Dando pure per certo, sulla scorta dei dati emergenti dalla cartella clinica del ricovero in day hospital del 29 aprile 2003, che a questi non fosse stata data notizia della toracoalgia, né dell'aumento pressorio, è pur vero che: - tali dati emergono dal referto del cardiologo che in quello stesso giorno ha effettuato l'elettrocardiogramma, referto visionato dal H.H., il quale infatti dichiara di averlo letto e di non aver visto solo la parte in cui "si consiglia ricovero: ecocardiogramma, rx torace"; - il H.H. ha richiesto una serie di esami per valutare, il giorno dopo, la condizione complessiva e la terapia da adottare, e dunque, ove anche fosse stata mancante la radiografia toracica prescritta, avrebbe dovuto comunque sincerarsi (sarebbe bastata una telefonata ad altro reparto dello stesso presidio...) del risultato...

La disamina degli atti fa dunque ritenere comportamento diligente la valutazione del complesso delle indagini (strumentali e di laboratorio) richieste; né costituisce esimente la circostanza che il radiologo che aveva letto e refertato quell'esame non avesse dato notizia dell'esistenza di qualcosa di patologico... Alla prescrizione degli esami eseguiti, non è seguita la doverosa verifica del loro esito: verifica che includeva anche l'attivazione per la loro acquisizione, soprattutto in presenza di quella particolare organizzazione del lavoro che non ne comportava subito la trasmissione".

Ebbene, dopo tale accertamento, il giudice d'appello individua specificamente la data della consumazione della condotta negligente del H.H. nel 30.4.2003, ossia in quella delle "dimissioni interlocutorie" del paziente con la diagnosi di faringo-tracheite. Ma lo stesso giudice nega l'incidenza di detta negligenza sul decorso causale (sub specie di causalità giuridica) perché - tenuto conto della ingravescenza cronologica della patologia effettivamente patita dal G.G., le cui chance di sopravvivenza potevano assottigliarsi nell'ordine dell'1-2% per ogni ora successiva alla comparsa della sintomatologia (avvenuta il 24.4.2003) - le stesse chance di sopravvivenza, alla data del 30.4.2003, erano "grandemente scemate rispetto a sei giorni prima", sì da non apparire connotate dal requisito della "serietà e apprezzabilità", potendo al più ascriversi ad "una generica speranza".

Ciò tanto più, nell'ottica del giudizio controfattuale, che la collocazione della condotta diligente del medico nella data del 30.4.2003 non sarebbe stata di per sé immediatamente risolutiva, giacché essa avrebbe solo comportato il dispiegamento di ulteriori indagini diagnostiche, al cui esito soltanto avrebbe potuto disporsi, finalmente, l'unico trattamento effettivamente (e potenzialmente) risolutivo, benché ad alto rischio, ossia l'operazione chirurgica: tutto quanto precede, però, "in una condizione che di tempo non ne aveva più a sufficienza".

3.3.3 - Ritiene la Corte che il giudice d'appello - nel procedere al superiore accertamento - sia effettivamente incorso nei vizi denunciati col mezzo in esame, per quanto di ragione.

Infatti, è ben noto che "**In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale in caso di diagnosi tardiva - da compiersi secondo la regola del "più probabile che non" ovvero della "evidenza del probabile", come pure delineata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 21 giugno 2017 in causa C-621/15 in tema di responsabilità da prodotto difettoso, in coerenza con il principio eurounitario della effettività della tutela giurisdizionale - si sostanzia nella verifica dell'eziologia dell'omissione, per cui occorre stabilire se il comportamento doveroso che l'agente avrebbe dovuto tenere sarebbe stato in grado di impedire o meno, l'evento lesivo, tenuto conto di tutte le risultanze del caso concreto nella loro irripetibile singolarità, giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)" (Cass. n. 21530/2021).**

Sul punto, è appena il caso di precisare che i termini della questione non cambiano, ai fini di quanto qui interessa, ove la diagnosi corretta sia avvenuta post mortem (come nella specie, a seguito dell'autopsia eseguita sul G.G.):

al riguardo, più che di tardiva diagnosi, può infatti discutersi proprio di omessa diagnosi tout court, giacché all'errore del medico (diagnosi di faringo-tracheite, anziché di dissecazione dell'aorta) seguì, nell'arco di pochi giorni, il decesso del paziente.

Ciò chiarito, non coglie nel segno il profilo di censura che incentra il preteso errore del giudice d'appello nell'aver questi tenuto conto dei dati statistici in termini di chance residue di sopravvivenza, pur nell'ottica della "complicanza" che si sarebbe verificata nel decorso clinico della patologia del G.G.: proprio in ragione della tipologia di danno per cui è processo (v. supra, par. 2.1), detta impostazione è senz'altro necessaria, perché si tratta di innestare il giudizio controfattuale nella sequenza causale - appunto considerando come effettivamente tenutosi il comportamento diligente invece omesso dal medico - e di verificare, all'esito, secondo la regola della "evidenza del probabile", se il G.G. avrebbe o no conservato effettive e serie chance di sopravvivere, solo in caso affermativo potendo consolidarsi nella sua sfera soggettiva il diritto al risarcimento del danno, poi (in tesi) trasmesso ai suoi eredi, odierni ricorrenti.

3.3.4 - L'errore ascrivibile alla Corte catanzarese, dunque, non sta nell'aver proceduto nei termini suddetti e secondo detta metodologia, ma - anzitutto - proprio nell'aver collocato la data di manifestazione del comportamento negligente del H.H. nel 30.4.2003, anziché nel 29.4.2003.

Sul punto, la motivazione si rivela gravemente illogica (vizio senz'altro denunciabile in questa sede di legittimità - v. per tutte Cass., Sez. Un., n. 8053/2014), come appunto anche prospettato col mezzo in esame, oppure affetta da mera apparenza per manifesta fallacia o falsità delle premesse od intrinseca incongruità o inconciliabile contraddittorietà degli argomenti (Cass. n. 16502/2017), perché senza alcuna plausibile ragione la Corte calabra ha spostato in avanti di un giorno la data dell'accertata negligenza, individuandola in quella delle "dimissioni interlocutorie", con conseguente diagnosi di faringo-tracheite, benché avesse prima verificato, in modo inequivoco, che già nel giorno 29.4.2003 il H.H. avesse a disposizione dati che suggerivano senza ombra di

dubbio la necessità di ulteriori approfondimenti diagnostici per la ricerca della patologia cardiaca: come già visto (v. supra, par. 3.3.2), il referto del cardiologo che in quello stesso giorno aveva effettuato l'elettrocardiogramma, si concludeva in questi termini: "si consiglia ricovero: ecocardiogramma, rx torace"; ma il H.H. colpevolmente non se ne accorse, mandando a casa il G.G. e invitandolo a tornare in ospedale il giorno dopo.

Appare dunque evidente che, proprio in relazione alle circostanze del caso concreto, l'accertamento della Corte d'Appello sulla "non serietà e apprezzabilità" delle chance di sopravvivenza del G.G. è in primo luogo decisivamente influenzato da detto errore prospettico, emerso con evidenza già sul piano della motivazione, che pertanto non risponde al c.d. "minimo costituzionale" ex art. 111, comma 6, Cost.: ove si consideri la repentina ingravescenza della patologia che occupa, la Corte territoriale non spiega affatto il perché ha ritenuto di non poter effettuare il giudizio controfattuale (compresa la possibilità di acquisire i referti non ancora pervenuti, anche solo mediante "una telefonata ad altro reparto", per usare le parole della stessa sentenza impugnata) collocandolo temporalmente nel momento in cui il H.H. incorse nella suddetta svista, dunque almeno 24 ore prima rispetto a quanto accertato; ciò benché detto momento apparisse (ed appaia), secondo criteri di normalità, quello decisivo che avrebbe, forse, potuto determinare una diversa sequenza degli accadimenti sul piano dell'efficienza causale.

Inoltre, detto vizio motivazionale, inevitabilmente, non può che ridondare sull'intera tenuta del giudizio controfattuale e, dunque, sulla falsa applicazione dell'art. 1223 c.c. (nella sostanza pure denunciata dai ricorrenti, laddove richiamano, in rubrica, gli artt. 40 e 41 c.p.): **è evidente che, al fine di verificare la sussistenza del nesso di causalità (giuridica, ché quello materiale** - come pure osserva la Corte del merito, a p. 24 - **è indiscutibile) tra l'omessa diagnosi e la perdita di chance, non può prescindersi dalla esatta collocazione temporale della doverosità della condotta del medico; ne discende che qualora, come nella specie, il giudice del merito non manifesti alcuna plausibile ragione circa il già descritto "spostamento in avanti" di un giorno a cui riferire la valutazione delle chance di sopravvivenza, anziché utilizzare quegli elementi fattuali che, come già evidenziato, depongono per una "normale" collocazione temporale della doverosa condotta diligente nella data del 29.4.2003, si manifesta anche un evidente vizio di sussunzione, essendosi in definitiva applicata una disposizione normativa (quella di cui all'art. 1223 c.c.) ad una fattispecie ad essa non assoggettabile.**

4.1 - I restanti motivi restano conseguentemente assorbiti, giacché il giudice del rinvio dovrà nuovamente esaminare l'appello degli eredi del G.G., procedendo alla corretta ricostruzione degli accadimenti e alla conseguente collocazione temporale del giudizio controfattuale, da tanto discendendo,

all'evidenza, la necessità di una nuova ponderazione di tutti gli esiti istruttori, comprese le risultanze della CTU.

Beninteso, nel procedere in tal senso, il giudice del rinvio, nelle proprie valutazioni, avrà cura di ben individuare - e opportunamente distinguere, ad ogni buon fine (tenuto conto della effettiva confusione fra i due antitetici e inconciliabili concetti talvolta mostrata, in proposito, nella motivazione della sentenza impugnata, come pure denunciato, passim, dai ricorrenti in alcuni dei motivi rimasti assorbiti) - i concetti di "chance di sopravvivenza" e di "rischio di mortalità", avuto riguardo al decorso cronologico dell'ingravescenza della patologia, così come declinato nelle relazioni di CTU e secondo il proprio prudente apprezzamento.

5.1 - In definitiva, è accolto il quinto motivo, per quanto di ragione, mentre restano assorbiti i restanti, relativi a vario titolo ad altri passaggi della complessiva argomentazione sviluppata a partire dal rilevato errore prospettico iniziale. La sentenza impugnata è dunque cassata in relazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Catanzaro, in diversa composizione, che procederà ad un nuovo esame dell'appello, attenendosi ai superiori principi e provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Infine, vista la causa petendi, va disposto l'oscuramento dei dati dei ricorrenti.

P.Q.M.

La Corte accoglie il quinto motivo per quanto di ragione e dichiara assorbiti i restanti; cassa in relazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Catanzaro, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Dispone che, ai sensi dell'art. 52 D.Lgs. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento siano omessi generalità ed altri dati identificativi dei ricorrenti.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Corte di cassazione, il giorno 9 aprile 2024.

Depositata in Cancelleria il 27 giugno 2024.

Lesione del diritto all'autodeterminazione, non configurabile il danno in re ipsa

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18312; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente. Qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, è dunque indispensabile allegare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, dovendosi negare un danno in re ipsa.

... Omissis ...

Motivi della decisione

con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 e 2697 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Premette la parte ricorrente che nell'elaborato peritale si è affermato che "esistono differenze di complicazioni emorragiche tra procedure eseguite in pazienti che hanno utilizzato eparina rispetto a quelli che non la hanno eseguita. Questa differenza si riassume in una possibilità di un aumento di incidenza di ematoma spinale di 3,16 volte nei soggetti che sono stati trattati con eparina in modi e tempi corretti. In quei pazienti che hanno eseguito eparina in prossimità della procedura, come nel caso in esame, questo aumento è di circa 25,2 volte". Osserva quindi, sulla base del criterio della probabilità logica (Cass. n. 4024 del 2018), e non statistica (criterio invece adoperato dal giudice del merito), che il valore in esame porta a ritenere che la mancata sospensione del trattamento eparinico sia da considerare foriera di forza causale nel determinismo dell'ematoma che ha condotto alla paraplegia (e peraltro, come accertato dal CTU, la sospensione del trattamento eparinico non avrebbe cagionato alcun effetto pregiudizievole sulla paziente).

Precisa che la sentenza si appalesa del tutto illogica nella parte in cui ha applicato il criterio meramente statistico al caso di specie, e non quello logico-razionale, ritenendo non provato il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sanitari e l'ematoma derivato dalla somministrazione, affermando che "l'aumento di verificazione dell'evento di circa il 10 - 15%" sia una percentuale "comunque molto inferiore al 50%" e che la Corte nell'applicazione del criterio logico-razionale avrebbe dovuto valutare l'ulteriore elemento, ossia che qualora i sanitari si fossero comportati come l'agente modello è "più probabile che non" che l'incidenza dell'ematoma non sarebbe aumentata di circa 25,2 volte, con conseguente paraplegia e vescica e intestino neurologici.

Il motivo è fondato, sotto un duplice profilo. In primo luogo, considerando la fattispecie dal punto di vista della causalità materiale in relazione all'evento di danno alla salute, va evidenziato che la corte territoriale ha escluso la ricorrenza del nesso eziologico recependo sul punto la valutazione della CTU, secondo cui l'ematoma epidurale sopravvenuto alla paziente, che ha determinato la paraplegia e il disturbo sfinterico, è stato cagionato da patologie preesistenti, rispetto alle quali ha avuto una funzione accessoria la mancata sospensione della terapia eparinica a basso peso molecolare, per cui di peso sostanzialmente maggiore risultano la patologia vascolare e la stenosi rachidea delle quali la paziente era portatrice, mentre solo in bassa percentuale (10%) ha inciso la mancata sospensione del trattamento eparinico.

Escludendo il nesso eziologico della condotta medica, solo perché dotata di efficienza eziologica minore rispetto allo stato patologico pregresso, il giudice del merito ha violato il principio di diritto secondo cui **qualora l'evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, tale ultima dovendosi ritenere lo stato patologico non riferibile alla prima, l'autore del fatto illecito risponde "in toto" dell'evento eziologicamente riconducibile alla sua condotta, in base ai criteri di equivalenza della causalità materiale, potendo l'eventuale efficienza concausale dei suddetti eventi naturali rilevare esclusivamente sul piano della causalità giuridica, ex art. 1223 c.c., ai fini della liquidazione, in chiave complessivamente equitativa, dei pregiudizi conseguenti, ascrivendo all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose da rapportare, invece, all'autonoma e pregressa situazione patologica del danneggiato** (così, da ultimo Cass. n. 26851 del 2023).

In secondo luogo, deve considerarsi che la valutazione del nesso eziologico è stata svolta dal giudice del merito anche in relazione alla domanda risarcitoria avente per oggetto l'evento dannoso costituito dalla perduta chance. Nella valutazione di tale domanda il giudice del merito ha, in realtà, applicato il criterio eziologico relativo al pregiudizio subito alla salute. Evidenziando, infatti, che la somministrazione eparinica aveva nel caso di specie solo aumentato la percentuale di verificazione dell'evento di circa il 10 - 15%, percentuale comunque molto inferiore al 50%, ha poi escluso che, secondo il criterio del "più probabile che non", la condotta alternativa ritenuta doverosa (sospensione terapia eparinica) avrebbe evitato l'evento lesivo verificatosi. In tal modo non ha svolto però la valutazione dal punto di vista della chance, posto che l'accertamento del nesso di causa avente ad oggetto la perdita di "chance" di conseguire un risultato utile non richiede anche l'accertamento della concreta probabilità di conseguire il risultato (Cass. n. 24050 del 2023).

La domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica (Cass. n. 25886

del 2022). In materia di perdita di "chance", l'attività del giudice deve tenere distinta la dimensione della causalità da quella dell'evento di danno e deve altresì adeguatamente valutare il grado di incertezza dell'una e dell'altra, muovendo dalla previa e necessaria indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, secondo il criterio civilistico del "più probabile che non", e procedendo, poi, all'identificazione dell'evento di danno, la cui riconducibilità al concetto di chance postula una incertezza del risultato sperato, e non già il mancato risultato stesso, in presenza del quale non è lecito discorrere di una chance perduta, ma di un altro e diverso danno (Cass. n. 5641 del 2018). Si può pertanto legittimamente discorrere di chance perduta in relazione all'incertezza non della causa, ma dell'evento, per cui, come affermato da Cass. n. 26851 del 2023 (ai cui criteri in materia si fa qui rinvio), è risarcibile equitativamente la possibilità perduta, se apprezzabile, seria e concreta, una volta che sia stato provato il nesso causale fra la condotta e la possibilità perduta (id est l'evento incerto). Si tratta di una valutazione che il giudice del merito non ha svolto nel caso di specie, essendosi limitato a valutare se la condotta alternativa ritenuta doverosa (sospensione terapia eparinica) avrebbe evitato l'evento lesivo verificatosi, e che invece deve svolgere, una volta che abbia riconosciuto che una domanda per la chance perduta sia stata proposta.

In conclusione, il giudice del merito dovrà valutare il nesso eziologico rispetto all'evento del danno alla salute nei termini sopra indicati. Ove il giudizio di fatto sia sul punto negativo, dovrà procedere all'accertamento di fatto in relazione al diverso evento della perduta chance.

Con il secondo motivo si denuncia omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che il giudice del merito ha omesso di valutare i rilievi di CTU in sede di integrazione dell'elaborato, ed in particolare che: la somministrazione di eparina in diretta concomitanza dell'intervento secondo la letteratura medica favorisce il rischio emorragico; la letteratura scientifica raccomanda una somministrazione di eparina a scopo profilattico non dopo le 12 ore dalla procedura e non prima di 24 ore dalla fine di questa, condizioni diverse da quelle indicate sono ritenute contrindicanti la procedura di immissione o rimozione di cateteri spinali; nel caso della Sig.ra B.B. la somministrazione è avvenuta alle ore 16, ossia subito prima di essere trasferita in sala operatoria, mentre avrebbe dovuto essere sospesa dodici ore prima dell'intervento; l'aspetto che appare importante nella valutazione del successivo evento emorragico, che si è poi verificato, è la somministrazione di eparina pochi minuti prima che la paziente venisse portata in sala operatoria e poi operata; in quei pazienti che hanno eseguito eparina in prossimità della procedura la possibilità di aumento di incidenza di ematoma spinale è di circa 25,2 volte. Aggiunge che la Corte di Appello ha posto l'accento sul dato percentuale riportato dal C.T.U. del 10-15% (rectius 14-15%) relativo all'aumento della possibilità che l'ematoma si verificasse in caso di mancata sospensione del trattamento eparinico, apoditticamente e senza alcuna logica matematica, né statistica, rispetto all'ulteriore dato di partenza riportato dal C.T.U. e relativo all'aumento di circa 25,2 volte della possibilità che si verificasse l'ematoma in questione in presenza di somministrazione di eparina e che, mentre non si rinviene nell'elaborato peritale il percorso logico-matematico che ha condotto alla percentuale del 14-15%, il dato effettivo dell'aumento di circa 25,2 volte si rinviene dalla letteratura scientifica. Osserva infine che in presenza di più possibili e diverse concause di un medesimo fatto (nel caso di specie: patologia vascolare, stenosi rachidea, somministrazione eparina) laddove non risulti chiaramente e con evidenza quali di esse abbia avuto efficacia esclusiva rispetto all'evento, è compito del giudice valutare quale di esse appaia "più probabile che non" rispetto alle altre nella determinazione dell'evento, e non già negare l'esistenza della prova del nesso causale, per il solo fatto che il danno possa essere ascritto a varie ipotesi alternative.

L'accoglimento del precedente motivo determina l'assorbimento del motivo. Una volta rettificato, nella presente sede di legittimità, il criterio normativo da seguire nell'indagine causalistica, il giudice del merito dovrà rivalutare, in base al detto criterio, le circostanze fattuali. Il motivo è anche assorbito quanto al riferimento finale al criterio causalistico, dovendo il giudice fare applicazione del principio di diritto sopra richiamato in presenza di concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, da identificare nello stato patologico non riferibile alla prima.

Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 2697 cod. civ., 13 e 32, comma 2, Cost., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. Osserva la parte ricorrente che sufficiente sul piano delle allegazioni ai fini della denuncia del mancato consenso informato, lesivo del diritto all'autodeterminazione, è la circostanza dell'omessa informazione circa la possibilità di perdere l'uso degli arti inferiori a seguito dell'intervento e di non essere più autosufficiente, come di fatto accaduto.

Il motivo è inammissibile. Deve, in premessa, rammentarsi che **il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente (Cass. n. 16633 del 2023). Qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, è dunque indispensabile allegare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, dovendosi negare un danno in "re ipsa" (Cass. n. 24471 del 2020). Deve anche aggiungersi che la lesione del diritto all'autodeterminazione viene in rilievo in presenza del consenso presunto all'intervento e del peggioramento delle condizioni di salute preesistenti, ma in assenza di una condotta negligente del sanitario (Cass. n. 16633 del 2023).**

Ciò premesso, deve evidenziarsi che il giudice del merito ha affermato che in relazione alla lesione del diritto all'autodeterminazione non risultano allegate le conseguenze dannose della lesione dedotta. A fronte di una tale statuizione, che rileva sul piano delle allegazioni in sede di atto introduttivo del giudizio di primo grado, e comunque in sede di tempestive allegazioni sempre nel giudizio di primo grado, la censura non è scrutinabile perché del tutto carente sul piano dell'assolvimento dell'onere processuale di cui all'art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c. Sia in sede di esposizione sommaria dei fatti di causa, che di formulazione del motivo, il ricorrente ha omesso di indicare quali siano state le allegazioni, in punto di lesione del diritto all'autodeterminazione, tempestivamente introdotte nel giudizio di merito.

Con il quarto motivo si denuncia omesso esame del fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5,

cod. proc. civ. Premette la parte ricorrente che la Corte ha rilevato che lo stato di salute in cui versava la Sig.ra B.B. al momento dell'ingresso in sala operatoria (difficoltà di movimento e di ideazione) non avrebbe in ogni caso consentito alla stessa di operare una scelta consapevole rispetto agli effetti e ai rischi dell'intervento e di autodeterminarsi, per cui era da considerare irrilevante la mancanza di consenso informato nel caso di specie. Osserva che, al contrario, la Sig.ra B.B. era non solo in grado di muoversi, ma era in grado di intendere e volere tanto da poter liberamente scegliere - qualora fosse stata adeguatamente informata - se affrontare l'intervento richiesto e se sospendere o meno la terapia eparinica. Aggiunge che dalla cartella clinica emerge quanto segue: "alle ore 00:20 entrava al P.S. dell'ospedale Le Scotte "... paziente sordomuta lamenta nausea... la paziente viene accompagnata dal medico del 118 del C in seguito a transitoria perdita di coscienza della durata di meno di un minuto senza trauma. La paziente riferisce nausea... vigile e collaborante nonostante la sua disabilità; alle ore 06:00 entrava in reparto proveniente dall'ospedale di A "... paziente sordomuta. Paziente sveglia, abbastanza collaborante, muove i quattro arti, deficit dell'equilibrio. Ha il pannolone per parziale incontinenza urinaria. Già eseguito Rx torace. ECG da refertare. Da praticare tampone rettale".

Il motivo è inammissibile. La censura attinge il giudizio relativo al consenso informato sul versante del danno alla salute. A tale proposito la corte territoriale ha rilevato che tardiva era l'allegazione in grado di appello - fatta peraltro in termini generici - che, se adeguatamente informata, l'attrice non si sarebbe mai sottoposta all'intervento chirurgico. Si coglie qui un duplice profilo di inammissibilità del motivo di appello. In primo luogo la tardività dell'allegazione, proposta in grado di appello e non in primo grado (il giudice di appello ha rilevato che in primo grado il danno alla salute era stato dedotto in relazione alla negligente prestazione sanitaria, non in relazione al mancato consenso informato). In secondo luogo, con il rilievo di genericità, si evidenzia anche la carenza di specificità del motivo, in base all'art. 342 c.p.c. Tali profili di inammissibilità non risultano specificatamente censurati per cui, non aggredita la ratio decidendi della sentenza al riguardo, il motivo, relativo alla trattazione nel merito, è inammissibile.

Sul punto va rammentato che qualora il giudice, dopo una statuizione di inammissibilità, con la quale si è spogliato della "potestas iudicandi" in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l'onere né l'interesse ad impugnare; conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta "ad abundantiam" nella sentenza gravata (Cass. Sez. U. n. 3840 del 2007 ed altre conformi). Il ricorrente ha impugnato la statuizione relativa al merito, impropriamente inserita nella motivazione, ma non ha impugnato la parte relativa alla inammissibilità del motivo di appello.

È appena il caso di aggiungere che, in presenza di doppia conforme, il ricorrente, onde evitare il divieto di denuncia di vizio motivazionale ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c, aveva l'onere di dimostrare che la pronuncia di primo grado si reggesse su ragioni di fatto divergenti rispetto alla sentenza di appello, ma ha omesso del tutto di illustrare il contenuto della motivazione di primo grado.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo del ricorso, con assorbimento del secondo motivo, e dichiara inammissibile per il resto il ricorso; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte di appello di Firenze in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il giorno 17 giugno 2024.

Depositata in Cancelleria il 4 luglio 2024.

L’acquisizione della documentazione necessaria da parte del CTU

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18332; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Il consulente nominato dal Giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti - non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a loro carico - tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottoposti, a condizione che non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio.

... Omissis ...
Motivi della decisione

i primi quattro motivi di ricorso, da esaminare congiuntamente per connessione, sono in parte inammissibili, in parte infondati;
questa Corte di recente ha ribadito che **nell'ambito della responsabilità medico - chirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi: I) se ricorrono a) il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente ovvero colposa del medico, è risarcibile il solo danno alla salute del paziente, nella sua duplice componente relazionale e morale, conseguente alla non corretta esecuzione, inadempiente ovvero colposa, della prestazione sanitaria; II) se ricorrono a) il dissenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente ovvero colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, è risarcibile sia, per intero, il danno, biologico e morale, da lesione del diritto alla salute, sia il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, e cioè le conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, allegate e provate (anche per presunzioni); III) se ricorrono sia il dissenso presunto, sia il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente ovvero colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (l'intervento è stato correttamente eseguito), è risarcibile la sola violazione del diritto all'autodeterminazione, sul piano puramente equitativo, mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - dev'essere valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento e il preesistente stato patologico invalidante del soggetto; IV) se ricorre il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall'intervento, non è dovuto alcun risarcimento; V) se ricorrono il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente ovvero colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi, anche per presunzioni, che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente (Cass., 12/06/2023, n. 16633: nella fattispecie, in relazione a un caso di asportazione di ernia discale con aggravamento della sintomatologia dolorosa causata da fibromi e aderenze cicatriziali, è stata confermata la decisione di merito che, ravvisando un consenso presunto, aveva riconosciuto un risarcimento equitativo per la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente che, secondo la Corte territoriale, aveva "acconsentito comunque all'esecuzione dell'intervento (perché non ha provato che se correttamente informato lo avrebbe rifiutato), (e) non è stato però messo nelle condizioni di valutare se (oltre che come) affrontarne le conseguenze"; cfr. anche Cass., 11/11/2019, n. 28985);**
nel caso, secondo parte ricorrente ricorrerebbe il caso II), se non il caso sub V), perché, sostiene la difesa, detta parte si sarebbe diversamente determinata rispetto a quella tipologia d'intervento chirurgico, pur volendola assumere corretta, e, in ogni caso, la condotta dei sanitari sarebbe stata invece colposamente addebitabile, avendo optato per una tecnica con significative possibilità inferiori di evitare gli aggravamenti poi effettivamente intervenuti;
la parte però, innanzi tutto non dimostra che aveva domandato, nei termini perentori per le eventuali precisazioni assertive in prime cure, il ristoro del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione quale descritto nell'ipotesi sub V), nel senso che tutte le deduzioni svolte in questa sede manifestano una correlazione all'assunto che il paziente avrebbe rifiutato quel tipo d'intervento optando per un altro al tempo parimenti eseguibile, e non a una diversa lesione di una propria distinguibile autodeterminazione: sul punto dev'essere evidenziato che nel ricorso si fa un'ambigua e inammissibilmente generica menzione del fatto che, nella citazione in primo grado, vi era stato un "espresso riferimento" alla "Convenzione di Oviedo del 1997" (v. in specie a pag. 6, nota 9, e a pag. 10, nota 15), ma ciò non è sufficiente a spiegare né in quale modo tale evocazione argomentativa sarebbe stata correlata alle specifiche domande coltivate, né, dunque, in quale modo sarebbe stata dedotta una lesione della propria autonoma determinazione diversa da quella inerente

all'ipotizzato rifiuto del tipo d'intervento medico posto in essere;
quanto all'assunto rifiuto in parola, non solo questo involge un accertamento fattuale riservato evidentemente al giudice di merito, ma, non a caso, viene correlato alla tesi per cui la tecnica chirurgica con artrodesi avrebbe comportato maggiori "ciance" fino al 90% di evitare aggravamenti quali quelli insorti (v. in specie a pag. 18, nota 25): ora, posto che al riguardo si richiama una deduzione articolata solo in un atto meramente illustrativo e solamente in secondo grado (relativa comparsa conclusionale), e posto che si discorre di uno studio universitario relativo a soli 37 pazienti come tale privo di una univoca decisività per sovvertire le ricostruzioni fattuali del perito d'ufficio - su cui si sta per tornare -fatte proprie dalla Corte territoriale, è del tutto evidente che manca ogni riscontro alla pretesa dimostrazione istruttoria di tali maggiori "probabilità" che, come detto, non solo è rimessa al vaglio proprio del Collegio territoriale, ma neppure potrebbe integrare un omesso esame suscettibile di venire in rilievo in questa sede, visto, altresì, che il motivo ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ., è inibito dalla doppia decisione conforme delle fasi di merito, a mente dell'art. 348-ter, quinto comma, cod. proc. civ., "ratione temporis" applicabile (peraltro al contempo reintrodotto dal D.Lgs. n. 149 del 2022, come previsto dall'art. 360, quarto comma, cod. proc. civ.);
né parte ricorrente ha dimostrato che, sul punto, le ragioni di fatto poste a base delle due decisioni di merito sono state diverse (Cass., 22/12/2016, n. 26774, Cass., 28/02/2023, n. 5947);
va sottolineato che le descrittive istanze di prova non ammesse, e riportate nel ricorso (pag. 21, nota 28), non palesano alcuna potenziale decisività che possa coinvolgere i profili sinora scrutinati;
a quest'ultimo riguardo, e più in generale nel merito della correttezza della condotta medica, la difesa ricorrente ritiene che la Corte territoriale si sia poggiata sull'esame di fatti, in specie rappresentati dal sinistro del 2003 con relativo e ulteriore intervento medico, e connesse conseguenze, che sarebbero stati irritualmente introdotti nel giudizio dal perito d'ufficio, e non allegati e provati dalla controparte come necessario;
l'assunto è privo di fondamento;
questa Corte (cfr. Cass., Sez. U., 01/02/2022, n. 3086 e succ. conf.) ha chiarito che:
- **il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti - non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a loro carico - tutti i documenti necessari al fine di rispondere ai quesiti sottoposti, a condizione che non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio**;
- al contempo, l'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente nominato dal giudice accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti, è fonte di nullità relativa rilevabile ad iniziativa di parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso;
ciò posto, il sinistro del 2003 non può considerarsi un fatto principale sotteso a un'eccezione in senso stretto, atteso che inerisce all'accertamento sul complessivo fatto costitutivo della domanda attorea, dato dall'imputazione innanzi tutto eziologica dei pregiudizi fisici lamentati alla condotta medica contestata;
in altra chiave, non si tratta di fatti principali modificativi o estintivi ma neppure impeditivi dell'efficacia di un'obbligazione risarcitoria già sorta, quale non poteva ancora e infatti dirsi quella della parte convenuta;
non a caso la Corte di appello ha evidenziato che il sinistro del 2003 e la correlata evoluzione erano emersi in sede di anamnesi resa nella visita del periziando, ovvero nel composito quadro ricostruttivo dell'origine causale dei danni fisici oggetto di doglianza;
è appena il caso di osservare, poi, che, per logica, nel descritto contesto, non riveste alcuna rilevanza la circostanza che il Tribunale abbia indicato come "taciuto", dall'attore, l'evento del 2003, e la Corte di appello lo abbia definito "non negato";
a tutto ciò la Corte di merito aggiunge (a pag. 11 della sentenza in questa sede impugnata) che il consulente d'ufficio si era basato su documenti prodotti dalle parti (e dalla stessa parte attrice, come allegato nel controricorso: pagg. 10 e 16), non da lui diversamente acquisiti, ovvero sugli esami radiologici svolti tra il 2011 e il 2014, a conferma del congruo e autonomo sindacato fattuale esercitato, rispetto al quale non assume significato la protestata mancanza di specifiche cartelle cliniche "in merito" al sinistro del 2003;
né può essere sottaciuto che non avrebbe neppure potuto dirsi dimostrata la formulazione dell'eccezione dell'ipotizzata lesione dei diritti di difesa, in sede di svolgimento della perizia, nella prima difesa utile, atteso che la parte menziona alcune udienze senza circostanziare il descritto rapporto temporale di reazione all'assunto e, come visto, comunque infondato vizio (pag. 4, nota 3, e pag. 22, nota 9, del ricorso);
in ordine, quindi, al complessivo merito della ricostruzione fattuale della Corte di seconde cure, è opportuno rimarcare che neppure a questo riguardo le istanze istruttorie non ammesse mostrano una potenziale capacità dirimente, atteso che (ove anche i fatti fossero stati oggetto di conferma) non avrebbero potuto incidere sull'accertata impossibilità di correlare l'intervento del 2001 ai sintomi del 2011;
va messo in evidenza che il capitolo 8), relativo a quanto riferì all'attore il medico da quest'ultimo consultato nel 2014, costituisce un'opinione tecnica che rientra negli accertamenti valutativi diversamente svolti, poi, dal consulente nominato dal giudice, vagliati come riassunto;
ad analoga conclusione deve giungersi quanto alle dedotte contestazioni alla consulenza officiosa (pag. 17, nota 24, del ricorso), atteso che non viene esposto il raffronto tra i benefici dell'intervento con artrodesi, proponibile con i ricordati requisiti di età e localizzazione della lesione, con quelli pure ottenibili con l'altro intervento di semplice discectomia, visto che il perito, con conclusione fatta propria dal Collegio di merito, si è espresso nei termini dell'equivalenza, al tempo, delle due tipologie d'intervento chirurgico: equivalenza inoltre supportata dalla circostanza che le patologie emerse nel 2011 avevano riguardato pure le vertebre rispetto alle quali era stata effettuata l'artrodesi con inserzioni, in relazione al sinistro del 2003, di una protesi di ceramica;
residua perciò solo un diffuso tentativo di rilettura istruttoria, estraneo alla presente sede di legittimità;
il quinto motivo è infondato;
discende da quanto appena osservato che, secondo l'appropriato accertamento fattuale del giudice di secondo

grado, i sanitari della società di gestione della casa di cura avevano posto in essere un intervento chirurgico secondo una corretta tecnica pienamente rispettosa dei canoni scientifici del tempo, sicché:
a) non poteva dirsi sussistere un nesso causale e neppure concausale riferibile alla parte convenuta, in termini, cioè, distinguibili dall'evento traumatico che aveva portato a quell'intervento, e poi ancora dal sinistro e conseguente intervento del 2003, perché l'evoluzione delle ernie era stata degenerativa ma fisiologica (v. pag. 6 della sentenza impugnata, quanto alle statuizioni del Tribunale infine avallate dalla Corte di appello); b) non vi era alcuna colpa, proprio perché, come evidente dal complesso motivazionale della decisione di seconde cure, la tecnica chirurgica attuata era legittima ovvero correttamente attuata, diversamente aprendosi un differente tema d'indagine mai venuto in questione; a fronte di queste risultanze, la parte convenuta non aveva l'onere di allegare, provare ovvero produrre altro; il sesto motivo è infondato;
la Corte di appello ha svolto lo scrutinato accertamento non suscettibile, come tale, di essere inciso, ancora una volta in fatto, dall'apprezzamento della mancata comparizione della convenuta al procedimento di mediazione;
quanto alle spese di lite, esse sono state regolate secondo il legittimo criterio della soccombenza, senza che fosse necessaria altra motivazione (cfr., ad esempio, Cass., 26/04/2019, n. 11329);
non deve disporsi sulle spese atteso che il controricorso è stato notificato e depositato da difensore privo di procura speciale: in particolare, è stata depositata solo una procura generale alle liti, come tale inidonea (Cass., Sez. U., 27/04/2018, n. 10266), e peraltro anche precedente la notifica dell'atto in parola, dal che un ulteriore profilo d'inammissibilità;
va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi della parte ricorrente.

P.Q.M.
La Corte rigetta il ricorso.
Oscuramento dei dati come in motivazione.
Ai sensi dell'art. 13, comma 1 - quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, al competente ufficio di merito, da parte ricorrente, se dovuto e nella misura dovuta, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.
Così deciso in Roma il 15 marzo 2024.
Depositata in Cancelleria il 4 luglio 2024.

Infezione da virus HBV, HIV e HCV contratte a seguito di emotrasfusioni e responsabilità dell'amministrazione

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 5 luglio 2024, n. 18460; Pres. Scrima; Rel. Porreca

In caso di patologie conseguenti ad infezione da virus HBV, HIV e HCV, contratte a seguito di emotrasfusioni, la responsabilità dell'amministrazione anche per le trasfusioni eseguite in epoca anteriore alla conoscenza scientifica di tali "virus", e all'apprestamento dei relativi "test" identificativi, è configurabile a partire dal primo gennaio 1968.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

Considerato che
il primo motivo è in parte inammissibile, in parte infondato;
in primo luogo, secondo la giurisprudenza di questa Corte **in caso di patologie conseguenti ad infezione da virus HBV, HIV e HCV, contratte a seguito di emotrasfusioni, la responsabilità dell'amministrazione anche per le trasfusioni eseguite in epoca anteriore alla conoscenza scientifica di tali "virus", e all'apprestamento dei relativi "test" identificativi, è configurabile a partire dal 1 gennaio 1968, posto che solo con la legge n. 592 del 1967 (che ha attribuito al Ministero della salute specifiche funzioni in materia di "raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano") vennero enucleati obblighi di cautela, la cui violazione è suscettibile di fondare la condotta omissiva colposa del Ministero medesimo, tenuto conto del lasso di tempo ragionevolmente occorrente per organizzare le attività di vigilanza e controllo (in applicazione del principio è stata confermata la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni conseguenti a una trasfusione di sangue effettuata nel 1963, sul presupposto che il ricorrente non avesse dedotto elementi idonei a sostenere l'assunto che all'epoca dei fatti sussistessero, da un lato, cognizioni scientifiche che consentissero di rilevare il rischio infettivo e di prevenirlo, e dall'altro obblighi d'intervento da parte del Ministero, tali da rendere configurabile una sua condotta omissiva colposa; cfr., comunque, per le trasfusioni anteriori, qui non in rilievo, successivamente alla pronuncia appena ricordata, Cass., 13/10/2023, n. 28626)**;
il profilo sub b) della censura è dunque privo di fondamento;
quanto al profilo sub a), il motivo non si misura compiutamente con la ragione decisoria, secondo cui nell'ipotesi in scrutinio "il sangue era stato fornito da un circuito diverso da quello della rete sanitaria nazionale (Laboratorio di Analisi dell'Ente Ospedaliero o Centro Trasfusionale AVIS di Milano), e dunque la deducente era tenuta a dimostrare di aver eseguito autonomamente tutti gli esami necessari per scongiurare il pericolo di contagio" (pag. 13 della sentenza impugnata in questa sede);
a fronte di ciò nulla sposta, pertanto, che si era trattato di un centro "a tal fine incaricato" (pag. 10 del ricorso);
per ciò che concerne, invece, le sacche di provenienza AVIS, la Corte territoriale ha accertato che non risultava certezza che nello specifico fossero state utilizzate, e parte ricorrente discorre di affermazioni del proprio consulente di parte secondo cui "l'individuazione delle sacche in cartella appare chiaro essendo indicate almeno due sacche con numero 61599 e 61592 entrambe dell'AVIS di Milano" (stessa pag. 10), senza spiegare neppure su quale base probatoria avrebbe dovuto poggiare tale conclusione, e senza neppure affermare che si sarebbe trattato delle uniche sacche utilizzate;
al riguardo, quindi, la censura, "parte qua" di omesso esame, è inammissibile ex art. 348-ter, quinto comma, cod. proc. civ., attesa la doppia decisione conforme dei giudici di merito, non essendo stato dimostrato che, sul punto, le ragioni di fatto poste a base delle due decisioni di merito sono state diverse (Cass., 22/12/2016, n. 26774, Cass., 28/02/2023, n. 5947);
inoltre, si sarebbe trattato, come spiegato, di un tentativo di rilettura istruttoria estraneo alla presente sede di legittimità;
il secondo motivo è in parte inammissibile, in parte infondato;
innanzi tutto, come osservato anche in controricorso, i riassunti profili sub a) e b) hanno profili di contraddizione tra loro, atteso che per un verso si vorrebbe far decorrere la conoscenza utile alla decorrenza della prescrizione dalla diagnosi di epatite "infettiva" del 1977, per altro verso da quella cronica "HCV" del 2008;
ma, ad ogni conto, muovendo dal corretto presupposto per cui la decorrenza in parola opera quando vi è consapevolezza del pregiudizio relativamente al quale si domanda ristoro, ovvero della contrazione del "virus" HCV, e non di altro seppure assimilabile, l'accertamento fattuale del giudice di merito ha fatto idoneamente capo alle descritte ammissioni della parte attrice, con risalenza al 2000;
non casualmente, è la stessa difesa istante che, come visto, nel primo motivo, ha distinto la generica epatite infettiva dalla patologia HCV, ai fini della pretesa di esclusione della colpa, non avallabile per le diverse ragioni sopra ricordate;
quanto all'accertamento diagnostico del 2008;
- è fatto valere con deduzione sorretta dall'interesse all'affermazione di una responsabilità solidale ai fini di una successiva rivalsa (fondata su diverso sebbene connesso titolo di responsabilità), senza però dimostrare di aver svolto, nelle fasi di merito, tale domanda trasversale (cfr., Cass., 26/04/2022, n. 12965, pag. 6);
- la deduzione si sarebbe comunque risolta, ancora una volta, in una sollecitazione a un diverso esame fattuale proprio, come tale, del giudice di merito;
il terzo motivo è fondato per quanto di ragione;
è stato di recente chiarito (Cass., 13/06/2023, n. 16808)
che:
- "l'eccezione di "compensatio lucri cum damno" è un'eccezione in senso lato, vale a dire non l'adduzione di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto azionato, ma una mera difesa in ordine all'esatta entità globale del pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato, ed è, come tale, rilevabile d'ufficio dal giudice, il quale, per determinare

l'esatta misura del danno risarcibile, può fare riferimento, per il principio dell'acquisizione della prova, a tutte le risultanze del giudizio";
- "la citata compensazione non può operare qualora la somma... non sia stata corrisposta e tantomeno determinata o determinabile, in base agli atti di causa, nel suo preciso ammontare... per cui, mancando la prova della somma esattamente versata - prova da porre a carico di chi eccepisce la compensazione - quest'ultima non può avere luogo";
- il giudice di merito, per converso, può sul punto "anche avvalersi del potere officioso di sollecitazione presso gli uffici competenti", per la verifica del profilo, in specie quando la percezione dell'indennizzo non sia negata;
- in questo contesto, è stato da ultimo precisato che **l'utilizzo del potere di acquisire informazioni presso le competenti articolazioni amministrative non può "obliterarsi immotivatamente, perché necessario a rendere conseguente il rilievo officioso" stesso ovvero la devoluzione altrimenti del tema decisorio, "funzionale, a sua volta, a inibire un'ingiustificata locupletazione, sovrapponendo inammissibilmente l'indennizzo erariale, accertato come erogato, alla statuizione risarcitoria gravante sulla parte pubblica, ovvero alterando la conformazione delle spettanze quale oggettivamente prevista, nell'ipotesi, dall'ordinamento, con profili pubblicistici, così delimitandosi, in questo caso, il principio per cui, di regola, l'omesso esercizio del potere di acquisizione informativa in parola non è suscettibile di un sindacato di legittimità**": Cass., 30/01/2024, n. 2840, pag. 6);
nel caso in scrutinio il tema era stato devoluto dal Ministero della salute, come dimostrato in ricorso, atteso che parte ricorrente stessa aveva indicato di aver formulato domanda d'indennizzo senza negare poi di averlo percepito, e sul punto nulla ha detto la Corte di appello;
consegue quanto anticipato;
va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi della parte intimata;

P.Q.M.
La Corte rigetta i primi due motivi di ricorso, accoglie il terzo per quanto di ragione, cassa in relazione la decisione impugnata e rinvia alla Corte di appello di Palermo perché, in diversa composizione, si pronunci anche sulle spese del giudizio di legittimità. Oscuramento dei dati come in motivazione.
Così deciso in Roma, il 15 marzo 2024.
Depositata in Cancelleria il 5 luglio 2024.

Liquidazione del danno biologico cd. differenziale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 luglio 2024, n. 20894; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Ai fini della liquidazione del danno biologico cd. differenziale, rilevante qualora l'evento risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, la preesistente menomazione del danneggiato "concorrente", può costituire concausa dell'evento di danno, assumendo rilievo sul piano della causalità giuridica, in quanto gli effetti invalidanti sono più gravi se associati ad altra menomazione, con la conseguenza che essa va considerata ai fini della sola liquidazione del pregiudizio e non anche della determinazione del grado percentuale di invalidità, da determinarsi, comunque, in base alla complessiva invalidità riscontrata in concreto, senza innalzamenti o riduzioni.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo mezzo e denunciato, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di fatto decisivo per il giudizio e oggetto di discussione tra le parti, per aver la Corte territoriale erroneamente liquidato il danno non patrimoniale tenendo conto delle "precedenti patologie" della paziente danneggiata, in quanto avrebbe omesso di considerare il fatto, decisivo e già "oggetto contestazione tra le parti", che, "prima dell'intervento di protesizzazione subito presso l'Ospedale di F, la sig.ra B.B. era in realtà completamente autosufficiente", essendo "contrastata da elementi di prova... mai considerati" dal giudice di appello (circostanze non contestate e, quindi, accertate ex art. 115 c.p.c. dedotte con le comparse conclusionali di primo e secondo grado e rilievi del c.t. di parte attrice) la valutazione del c.t.u. sulle condizioni psico-fisiche pregresse della paziente, fondata, peraltro, su referti successivi all'intervento di artroprotesi, là dove quello precedente (del 2009) non era, però, indicativo di condizioni tali da aver impedito alla stessa B.B. "di svolgere una vita normale e pienamente autonoma", come, del resto, testimoniava una certificazione in data 30.11.2012, di vari mesi successiva all'intervento chirurgico, che dava atto di "paziente cosciente, vigile, collaborante...".
1.1. - Il motivo e in parte infondato e in parte inammissibile.
Giova rammentare, anzitutto, il principio, consolidato, secondo cui il vigente art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni degli artt. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ., il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività", fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass., S.U., n. 8053/2014).
Nella specie, è dirimente il rilievo per cui il "fatto storico" del quale il ricorrente assume esser stato omesso l'esame ("la mai disconosciuta autonomia ed autosufficienza personale godute dalla sig.ra B.B. fino all'intervento subito presso il nosocomio di Fiorenzuola d'Arda") è, invece, circostanza, di fatto, che la Corte territoriale ha esaminato allorquando ha valutato l'incidenza delle pregresse patologie di cui era affetta la B.B. sulla complessiva invalidità permanente a carico della medesima paziente.
Il giudice di appello ha, infatti, preso in considerazione la difesa del A.A. in ordine alla asserita "autosufficienza" della madre, "nonostante la vasculopatia", la quale non sarebbe stata "affetta da deterioramento cognitivo" (p. 4 della sentenza di appello), ma - sulla scorta della c.t.u. e dei chiarimenti resi dallo stesso consulente d'ufficio, superando le critiche del consulente di parte attrice - ha ritenuto (cfr. par. 2 dei "Fatti di causa" e p. 7 della sentenza di appello) "che la situazione di equilibrio dell'autonomia precedente l'intervento di cui è causa non può intendersi come stato di benessere psicofisico esente da patologie, essendo piuttosto riferibile a quella situazione di giornaliero adattamento a ridursi fisio/patologico delle risorse psico-fisiche che interviene nell'età avanzata e tenendo altresì conto del fatto che dai referti neuropsicologici del 3.4.2012 e 18.4.2012 risulta l'esistenza di un deterioramento cognitivo classificabile come demenza e interferente con le attività e l'autonomia che richiedeva assistenza e che il referto TC cerebrale eseguito molto tempo prima dell'intervento, il 6.5.2009, e chiaramente evocativo di una pregressa encefalopatia su base vascolopatia cronica e atrofia cerebellare bilaterale".
Le doglianze del ricorrente si incentrano, pertanto, su un "fatto storico" esaminato dal giudice di appello e si risolvono, infine, in una mera riproposizione delle difese svolte in secondo grado, peraltro veicolando critiche che attengono piuttosto alla valutazione del giudice di merito delle risultanze probatorie, suggerendo delle stesse una lettura diversa e più favorevole. Sotto tale profilo, dunque, sono articolate censure inammissibili, giacché non riconducibili al paradigma del vizio di cui al vigente n. 5 dell'art. 360 c.p.c. (e, invero, neppure - così come prospettate - a quello del previgente "vizio motivazionale").
2. - Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., violazione dell'art. 115 c.p.c., nonché denunciato, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., omesso esame di fatto decisivo per il giudizio e oggetto di discussione tra le parti, per aver la Corte territoriale erroneamente liquidato il danno non patrimoniale utilizzando un valore punto in base al range di valore da 0% a 35%, in tal modo dissentendo immotivatamente dalla c.t.u. e omettendo, quindi, di considerare il fatto decisivo "consistente nell'indicazione fornita dal CTU..., in sede di chiarimenti..., di collocare il valore punto del danno biologico da invalidità permanente, quantificato sulla persona della sig.ra B.B., nella percentuale "del 35% da computare con valore punto dal 17,5 al 52,5%".
2.1. - Il motivo è ammissibile e anche fondato.

2.1.1. - È ammissibile, in quanto, al di là delle (erronee) indicazioni presenti nella rubrica del motivo, occorre tenere conto della sostanza delle argomentazioni giuridiche ed in fatto svolte dal ricorrente a fondamento della censura (tra le altre: Cass. n. 14026/2012; Cass. n. 12690/2018). Da queste si comprende chiaramente che la denuncia - sebbene transiti attraverso l'addebito al giudice di appello di aver operato il calcolo della invalidità permanente a carico della B.B. tenendo conto delle patologie pregresse, ma pretermettendo i dati al tal fine esplicativi presenti nella c.t.u., pur condividendone le risultanze - è volta far valere un error iuris della Corte territoriale nella liquidazione del danno biologico.

2.1.2. - Le censure sono fondate alla luce del principio (Cass. n. 28986/2019; Cass. n. 28327/2022; Cass. n. 26851/2023) - da cui si è discostato il giudice di secondo grado - secondo il quale, **ai fini della liquidazione del danno biologico cd. differenziale, rilevante qualora l'evento risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, la preesistente menomazione del danneggiato "concorrente", può costituire concausa dell'evento di danno, assumendo rilievo sul piano della causalità giuridica, in quanto gli effetti invalidanti sono più gravi se associati ad altra menomazione, con la conseguenza che essa va considerata ai fini della sola liquidazione del pregiudizio e non anche della determinazione del grado percentuale di invalidità, da determinarsi, comunque, in base alla complessiva invalidità riscontrata in concreto, senza innalzamenti o riduzioni.**

Sicché, in base ai criteri della causalità giuridica, ex art. 1223 c.c., andrà sottratta dalla percentuale complessiva del danno (nella specie, accertata dal CTU nella misura dell'52,5%), interamente ascritta all'agente sul piano della causalità materiale, la percentuale di danno non imputabile all'errore medico (nella specie, del 17,5%), poiché, stante la progressione geometrica e non aritmetica del punto tabellare di invalidità, il risultato di tale operazione risulterà inevitabilmente superiore a quello relativo allo stesso valore percentuale (35%) ove calcolato dal punto 0 al punto 35, come accadrebbe in caso di frazionamento della causalità materiale. **La liquidazione del danno differenziale si avrà, quindi, convertendo entrambe le anzidette percentuali in una somma di denaro per poi procedere, infine, a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente; fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la cd. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto.**

La Corte territoriale - che, evidentemente, ha ritenuto di non dover esercitare quel potere discrezionale - ha, invece, erroneamente proceduto alla liquidazione del danno biologico "differenziale" patito dalla B.B. operando il calcolo monetario in base al valore percentuale del punto 35 (e dunque muovendo dal punto 0), quale mera risultante tra l'invalidità permanente totale accertata dal c.t.u. (52,5%) e quella dovuta alle preesistenti menomazioni (17,5%), mentre avrebbe dovuto operare tale liquidazione in conformità al principio di diritto sopra enunciato.

3. - Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 3 Cost., 1226 e 2056 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente applicato le tabelle del Tribunale di Milano del 2021 sul danno da premorienza del 2021: a) per non aver tenuto conto che la danneggiata all'epoca del sinistro aveva 77 anni ed era deceduta in corso di giudizio all'età di circa 81 e, quindi, era minima l'incidenza rispetto all'aspettativa di vita media delle donne in Italia fissata all'età di 84,9 anni; b) per aver applicato una tabella "non equa", come ritenuto da Cass. n. 41933/2021, così da doversi operare la liquidazione in base ad un criterio alternativo che avrebbe condotto ad un risarcimento del danno di ben maggiore importo (e ancora più consistente ove applicato il diverso range dal 17% al 52,5%).

3.1. - Il motivo è ammissibile - in quanto non prospetta una "censura di merito" (come dedotto dalla parte controricorrente), ma censura chiaramente, e in linea con il paradigma del vizio denunciato, un error iuris del giudice di appello - e fondato per quanto di ragione.

Non è in discussione il principio, consolidato (tra le molte: Cass. n. 23053/2009; Cass. n. 679/2016), per cui, **qualora la vittima di un danno alla salute sia deceduta, prima della conclusione del giudizio, per causa non ricollegabile alla menomazione risentita in conseguenza dell'illecito, l'ammontare del risarcimento spettante agli eredi del defunto iure successionis va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato e non a quella statisticamente probabile.**

È sul criterio di liquidazione di siffatto danno che le stesse censure di parte ricorrente operano un distinguo e che si articolano le difese della AUSL controricorrente.

Non può trovare applicazione nel caso di specie (danneggiata all'età di 77 anni poi deceduta all'età di 81 anni) il criterio di sterilizzazione delle riduzioni indicato da Cass. n. 25157/2018 in ipotesi di "ridottissime aspettative di vita" - e assunto a sostegno della doglianza sub a) del motivo di ricorso in esame (che, pertanto, sotto tale profilo è infondata) - in quanto, come posto in rilievo dalla citata Cass. n. 41933/2021, applicato allora ad un caso di morte avvenuta, in corso di giudizio, di un soggetto di 96 anni di età, "per il quale l'aspettativa di vita residua era, per ovvie ragioni, talmente ridotta da non poter acquisire alcun rilievo".

Il Collegio intende, quindi, riaffermare il principio enunciato da Cass. n. 41933/2021 (e ribadito da Cass. n. 15112/2024), non essendo state addotte ragioni tali da doversene discostare, per cui il danno anzidetto va liquidato in base al criterio della proporzionalità, cioè assumendo come punto di partenza il risarcimento spettante, a parità di età e di percentuale di invalidità permanente (IP), alla persona offesa che sia rimasta in vita fino al termine del giudizio e diminuendo quella somma in proporzione agli anni di vita residua effettivamente vissuti.

In tal modo è soddisfatto il criterio dell'equità di cui all'art. 1226 c.c., poiché a parità di durata della vita residua viene corrisposto, in caso di uguale invalidità permanente, un risarcimento uguale; ciò in quanto l'IP è (logicamente, giuridicamente e secondo la medicina legale) una condizione di menomazione della persona che sorge con lo stabilizzarsi dei postumi del danno alla salute e non "decresce" più col passare del tempo.

La Corte territoriale, avendo fatto riferimento per la liquidazione del danno biologico permanente patito dalla B.B. alle tabelle sul c.d. danno da premorienza elaborate nel 2021 dal Tribunale di Milano (che si discostano da quelle del 2018 unicamente in ragione della rivalutazione monetaria degli importi liquidabili, in applicazione degli indici ISTAT dall'1. 1. 2018 all'1. 1. 2021), basate sull'attribuzione al danno

biologico permanente di un valore economico decrescente nel corso del tempo, non si è attenuta all'anzidetto principio di diritto, applicando un criterio non conforme al criterio dell'equità di cui all'art. 1226 c.c.

Né sono concludenti le critiche che parte controricorrente svolge contro l'applicazione del criterio della proporzionalità, sopra richiamato, adducendo che dalla relativa applicazione si avrebbe "il paradossale effetto", da reputarsi "assolutamente iniquo", per cui più giovane è il danneggiato e più ridotto risulta il risarcimento. A sostegno dell'argomentazione, si porta l'esempio, quindi, di due donne, rispettivamente di 35 e 72 anni di età, con IP del 62%, le quali - in base ad una aspettativa di vita fissata a 84 anni e a 5 anni di effettiva sopravvivenza - riceverebbero (applicando le tabelle milanesi di liquidazione danno biologico del 2018), in base al criterio della proporzionalità, la prima Euro 181.102,91 (euro 464.647,00: 12 anni di aspettativa di vita=euro 36.220,38 all'anno x 5 anni effettiva sopravvivenza), mentre la seconda Euro 57.862,34 (euro 567.051,00:49 anni di aspettativa di vita=euro 11.572,46 all'anno x 5 anni effettiva sopravvivenza).

Invero, non è dall'applicazione del criterio della proporzionalità che è generato il "paradosso" denunciato (ossia, risarcimento maggiore al crescere dell'età della vittima), giacché esso dipende dalla intrinseca configurazione della tabella, per cui il valore del punto viene fatto crescere in funzione dell'IP in modo proporzionale, mentre è fatto decrescere in funzione dell'età in modo lineare, ossia 0,5% per ogni anno di età della vittima, a prescindere dal grado di invalidità permanente.

Di qui, la conseguenza (di cui dà evidenza lo stesso calcolo proposto dalla parte ricorrente, nell'indicare, a parità di IP, il valore monetario di ogni anno di aspettativa di vita) che a parità di IP, il risarcimento non risulta proporzionale all'età e ciò in base ad un criterio - quello anzidetto, per cui il valore del punto è abbattuto in funzione d'una percentuale fissa per ogni anno di età - che è stato recepito dal legislatore nell'art. 139 cod. ass. proprio come criterio equitativo di liquidazione del danno biologico.

4. - Va, dunque, rigettato il primo motivo ed accolti gli altri due motivi per quanto di ragione.

La sentenza impugnata deve, quindi, essere cassata in relazione ai motivi accolti e la causa rinviata alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione, che, nel liquidare il risarcimento del danno in favore di A.A., quale erede di B.B., si atterrà ai principi innanzi enunciati e provvederà, altresì, alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il secondo e il terzo motivo di ricorso, nei termini di cui in motivazione, e rigetta il primo motivo;

cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di B.B. ivi riportati.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 17 giugno 2024.

Depositato in Cancelleria il 26 luglio 2024.

Malpractice medica, risarcimento danni e decorso del termine prescrizionale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21259; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Ai fini dell'inizio del decorso del termine prescrizionale è necessario che la parte danneggiata sia in grado di ricostruire la possibile serie causale, ovvero di mettere in relazione il danno verificatosi, alla stregua della diligenza esigibile all'uomo medio e del livello di conoscenze scientifiche proprie di un determinato contesto storico, con la sua possibile causa, individuata nella condotta colposa o dolosa del sanitario.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo di ricorso è denunciata la violazione e falsa applicazione degli articoli 2947 e 2935 c.c.
I ricorrenti danno atto che -correttamente- prima il tribunale e poi la corte d'appello hanno ritenuto che il termine di prescrizione fosse decennale.
Criticano la decisione impugnata laddove ha ritenuto prescritto il loro diritto ad agire per il risarcimento del danno, in violazione del principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che, fin dal 2008, fissa la decorrenza iniziale del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno solo dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche.
Evidenziano che dal referto consegnato loro al momento delle dimissioni sembrava che le patologie da cui era afflitta la bambina fossero di origine genetica; aggiungono di aver sottoposto costantemente la bambina a visita, nel corso degli anni, presso diversi specialisti e centri specializzati in genetica i quali, fino al 1998, avevano confermato loro che si trattava di una sindrome genetica, per cui non avevano avuto modo, non avendo alcuna specifica competenza, di individuare che viceversa ci fosse un rapporto causale tra il comportamento poco diligente tenuto dai medici e il danno permanente riportato dalla minore, finché - soltanto nel 2001 - l'ennesimo specialista di genetica al quale si erano rivolti aveva escluso la causa genetica delle malformazioni. Alla luce di questa diversa indicazione, erano tornati a considerare il comportamento tenuto dai medici dell'ospedale di L al momento del parto, il che aveva consentito loro di legare in un'unica trama di negligenza vari episodi che li avevano colpiti a suo tempo, fino a raggiungere la consapevolezza di una negligenza della struttura sanitaria al momento della nascita della bimba cui potevano essere riconducibili le sue menomazioni.

2. - Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti denunciano l'omessa ammissione di una CTU e il vizio di motivazione.
Lamentano che non sia stata ammessa, senza alcuna giustificazione motivazionale, una consulenza tecnica avente ad oggetto l'accertamento della conoscibilità del nesso causale da parte dei genitori della bambina, prima dell'acquisizione del parere del dott. E.E..
3. - Il primo motivo è fondato, il secondo rimane assorbito dall'accoglimento del precedente.
Come più volte, con principio consolidato, affermato da questa Corte, il dies a quo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno da attività medico chirurgica si identifica non già con quello della verificazione materiale dell'evento lesivo, bensì con quello (che può non coincidere col primo ed anche collocarsi a diversi anni di distanza da esso, a seconda delle circostanze del caso di specie) in cui il pregiudizio, alla stregua della diligenza esigibile all'uomo medio e del livello di conoscenze scientifiche proprie di un determinato contesto storico, possa essere astrattamente ricondotto alla condotta colposa o dolosa del sanitario. Il relativo accertamento è oggetto di un giudizio di fatto, censurabile in cassazione nei limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.
In questo senso, da ultimo, si è espressa Cass. n. 29859 del 2023, il cui percorso argomentativo giova in parte richiamare.
Occorre muovere dalla sentenza n. 576/2008 delle Sezioni Unite di questa Corte, che costituisce il precedente nomofilattico da cui si è consolidato l'orientamento in tema di individuazione del termine iniziale di decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (exordium praescriptionis) e, di conseguenza, a partire dal quale tale diritto possa essere fatto valere in giudizio ai sensi dell'art. 2935 c.c. Con la citata sentenza del 2008, sul presupposto che a dover essere risarcito non sia l'evento di danno in sé (ossia il fatto dannoso come accadimento naturale), bensì il danno che si esteriorizza e cioè allorquando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile" anche in relazione alla sua rilevanza giuridica, la disposizione dell'art. 2947, comma primo, c.c. è letta come norma che introduce un principio di carattere mobile. Interpretazione, questa, coerente, anzitutto, con la norma dell'art. 2043 c.c., nella parte in cui fa sorgere il diritto al risarcimento del danno in conseguenza non di un mero accadimento di un fatto materiale, bensì della riconducibilità eziologica ad un comportamento altrui causativo di un danno ingiusto, ossia di un fatto lesivo di un interesse tutelato dall'ordinamento; nonché rivitalizzante la stessa portata dell'art. 2935 c.c., che lega l'inizio della prescrizione al momento in cui il "diritto può essere fatto valere".
Pertanto, la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito inizia a decorrere non dal momento della verificazione materiale dell'evento di danno, bensì dal momento della conoscibilità del danno inteso nella sua dimensione giuridica; un danno ingiusto, cioè, che non soltanto sia "oggettivamente percepibile" all'esterno (elemento della conoscibilità del danno), ma che - attraverso parametri oggettivi quali la diligenza esigibile all'uomo medio e il livello di conoscenze scientifiche proprie di un determinato contesto storico - possa essere astrattamente ricondotto alla condotta colposa/dolosa di un terzo (requisito della rapportabilità causale).
Il principio così delineato (ossia, della conoscibilità del danno nella sua dimensione giuridica) trova applicazione, ai fini dell'individuazione dell'exordium praescriptionis,

in tutti i casi di esercizio del diritto al risarcimento del danno, con la precisazione, tuttavia, che il carattere mobile dell'iniziale dies a quo e il suo "spostamento in avanti" si giustificherà nelle ipotesi in cui sia dato scindere, sotto il profilo temporale, il momento dell'accadimento materiale dell'evento di danno e il diverso momento della "esteriorizzazione del danno" nei termini sopra precisati. Infatti, è solo in questi casi - a differenza di quelli in cui si possa apprezzare la coincidenza tra la verificazione dell'evento di danno e la conoscibilità del danno ingiusto patito -, che l'individuazione di un "dies a quo mobile" è sorretto dalla ratio di evitare che il termine di prescrizione inizi a decorrere in assenza della percezione di aver subito un danno ingiusto. Ed è ciò che avviene, a titolo meramente esemplificativo, nei casi di responsabilità per danni cd. lungo-latenti, come quello di danni da emotrasfusioni infette.

Nella specie, la Corte territoriale, ritenendo - con accertamento di fatto ad essa riservato e non censurato in forza della denuncia di un vizio di omesso esame di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c. - che il momento di decorrenza iniziale della prescrizione coincidesse con la diagnosi della cardiopatia, emessa a soli dieci giorni dalla nascita della bambina con immediata evidenziazione delle ricadute anche neurologiche di essa, non ha fatto buon governo dei principi sopra enunciati.

Infatti, la corte d'appello ha confuso il danno (i problemi fisici dei quali è risultata affetta la bambina alla nascita, verificati nella loro esistenza ed entità iniziale a dieci giorni dalla nascita), con l'individuazione della causa di esso, e con la messa a disposizione dei genitori delle informazioni necessarie a consentire loro di porre in correlazione causale gli eventi, individuando la possibile causa del danno.

Altresì, la sentenza afferma erroneamente che l'allegazione da parte dei danneggiati, e quindi la conoscenza, da parte dei danneggiati, di circostanze chiaramente indicative della negligenza o dell'imprudenza dei medici che seguirono il parto, anch'esse note ai genitori della piccola fin dalla nascita di questa, era atta a far ritenere che gli stessi fossero in grado di riconoscere l'esistenza del nesso causale tra quei comportamenti negligenti o imprudenti e le patologie dalle quali era risultata affetta la piccola.

L'errore di diritto in cui incorre la corte d'appello si evidenzia, in particolare, nel passaggio a pag. 6 della motivazione, in cui si dice: "Dunque la semplice mancanza di conoscenza della rilevanza concausale della colpa del medico - in presenza della consapevolezza del danno e della colpa - non può rilevare per escludere il decorso del termine prescrizionale, costituendo impedimento di fatto irrilevante".

Quindi, ha ritenuto, del tutto erroneamente, che l'accertamento del nesso causale coincidesse con l'accertamento del danno, da una parte, e della colpa, dall'altro, ed ha collocato l'exordium praescriptionis nel momento stesso della nascita della bimba, omettendo del tutto di compiere in conformità dei principi sopra enunciati un corretto accertamento del momento in cui si poteva ritenere che i genitori della piccola, del tutto privi di conoscenze specialistiche, fossero in grado di mettere in correlazione le condizioni della bambina con le loro possibili cause.

Al contrario, come sopra più diffusamente ricostruito, **ai fini dell'inizio del decorso del termine prescrizionale, è necessario proprio che la parte sia in grado di ricostruire la possibile serie causale, ovvero di mettere in relazione il danno verificatosi, alla stregua della diligenza esigibile all'uomo medio e del livello di conoscenze scientifiche proprie di un determinato contesto storico, con la sua possibile causa, individuata nella condotta colposa o dolosa del sanitario.**

Nel caso di specie, risulta che i familiari registrarono da subito alcuni comportamenti anomali dei medici; per contro, l'indicazione fornita dagli stessi sanitari ai genitori della piccola fu quella di una malformazione genetica, come tale non da porre in rapportabilità causale con l'intervento umano. Risulta inoltre che essi sottoposero la piccola a controlli regolari, cercando di approfondire, oltre che la condizioni di salute della bambina, anche le cause dei suoi problemi, ricevendo numerose volte nel corso degli anni la conferma della origine genetica di essi, esclusa soltanto da un accertamento eseguito nel 2001, che per la prima volta, escludendo una origine genetica delle patologie, ipotizzava che vi fosse stata, come causa del danno, una sofferenza perinatale.

Il primo motivo va dunque accolto, la sentenza è cassata in relazione e la causa è rimessa alla corte d'appello di Reggio Calabria in diversa composizione che rivaluterà se, alla stregua dei principi sopra indicati, potesse ritenersi che quando i signori Origlia e D.D. introdussero la causa di merito il termine decennale di prescrizione fosse già decorso. Il secondo motivo, che attiene ad una attività istruttoria, rimane assorbito dall'accoglimento del primo.

La Corte d'appello di Reggio Calabria provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'appello di Reggio Calabria in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 20 maggio 2024.

Depositato in Cancelleria il 30 luglio 2024.

Responsabilità sanitaria, danno alla salute e risarcimento

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21261; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

È una questione di diritto, e non di mero fatto, individuare secondo quale criterio giuridico debbano sceverarsi, dal novero delle conseguenze dannose provocate da una lesione della salute, quelle che, sole, possano dirsi risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c. Ai fini di una corretta liquidazione del danno risarcibile, quindi, occorre accertare se la condizione preesistente (o anche contemporaneamente determinatasi, ma per causa indipendente) del soggetto leso abbia o meno una incidenza causale sulla sua condizione finale, se cioè essa possa ritenersi concorrente, e non meramente coesistente.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1.- Con il primo motivo di ricorso la struttura sanitaria denuncia l'omessa pronuncia e la violazione dell'articolo 112 c.p.c. segnalando che la Corte d'appello avrebbe omesso di pronunciarsi sul secondo motivo di appello incidentale svolto dall'azienda, con il quale la sentenza di primo grado veniva censurata in riferimento al punto in cui il tribunale aveva affermato che sarebbe stato possibile e anzi doveroso sospendere la somministrazione del farmaco antiaggregante che aveva determinato il peggioramento della emorragia cerebrale in atto sul paziente, senza considerare che il cardiologo sentito come ausiliare dallo stesso CTU si era espresso in termini differenti, ritenendo il farmaco antiaggregante somministrato non sostituibile e non eliminabile.

2. - Il motivo è infondato.

Non sussiste in effetti la denunciata omessa pronuncia. Il giudice d'appello ha considerato la relazione del consulente tecnico ed anche il parere in quella sede reso dal cardiologo quale ausiliare del consulente, e ha motivatamente condiviso le conclusioni del consulente tecnico secondo le quali in quella particolare situazione in cui concorrentemente il paziente presentava un infarto in atto e un trauma cranico sarebbe stato opportuno ed anzi essenziale il mantenimento del trattamento anticoagulante con l'eparina mentre sarebbe stato altrettanto opportuno evitare il trattamento con antiaggregante delle piastrine, controindicato a fronte della concorrente lesione traumatica e fonte del danno cerebrale.

In particolare, la Corte d'appello afferma, condividendo la valutazione del primo giudice e le conclusioni del c.t.u., che i postumi invalidanti derivanti dall'emorragia cerebrale sono stati aggravati dal ritardo nella sospensione del trattamento antiaggregante evidenziando il rapporto tra emorragia in atto e somministrazione di antiaggregante in quanto questo favorisce il sanguinamento.

Quindi, la corte d'appello ha ritenuto che l'ospedale avrebbe potuto e dovuto verificare la contestuale presenza di un trauma cranico, ed eseguito questo accertamento avrebbe dovuto modificare la terapia.

3. - Con il secondo motivo l'azienda ospedaliera denuncia la violazione e falsa applicazione degli articoli 1223,1225 1226 e 2056 c.c. in relazione alla quantificazione del danno differenziale, effettuata in contraddizione con i criteri di liquidazione indicati dal giudice di legittimità.

Evidenzia che il giudice d'appello, nell'accogliere l'appello del A.A., sia giunto ad una quantificazione eccessiva se non addirittura abnorme dell'importo liquidato a titolo di danno differenziale, avendogli riconosciuto, applicando per la quantificazione le tabelle di Milano, quanto dovuto per l'invalidità permanente complessiva (50%) detratta la percentuale di danno dal 30% che sarebbe comunque residuata in capo al A.A. come postumo permanente dell'infarto subito e correttamente curato dall'ospedale, e quindi un risarcimento pari all'equivalente monetario di una invalidità del 20% così calcolata senza affatto considerare se la menomazione preesistente fosse da considerarsi concorrente o coesistente con quella dovuta a responsabilità medica. Segnala la rilevanza di tale valutazione in quanto, come già affermato da Cass. n. 514 del 2020, le menomazioni coesistenti sono irrilevanti ai fini della liquidazione del danno, dovendo essere prese in considerazione a questi fini solo le limitazioni concorrenti, ossia quelle che insistono, aggravandola, sull'invalidità preesistente.

Sottolinea che, nel caso di specie, la grave patologia cardiaca riportata dal A.A. deve ritenersi meramente coesistente con quella neurologica imputata al comportamento dei sanitari, non incidendo minimamente nel senso di aggravare le condizioni del paziente legate al danno neurologico, e quindi non doveva essere tenuta in conto ai fini della quantificazione del danno.

4. - Il controricorrente A.A. osserva che il suo appello era proprio volto ad ottenere dal giudice dell'impugnazione un corretto calcolo del danno differenziale, pari in sostanza alla differenza tra quanto liquidato in primo grado e quanto chiesto e liquidato in appello, e che su quel punto nulla abbia detto in appello la struttura sanitaria, prestando acquiescenza all'appello e comunque non sviluppando alcuna argomentazione sulla natura coesistente, e non concorrente, delle lesioni.

5. - Per contro, in memoria l'Azienda sanitaria sottolinea che è del tutto irrilevante la condotta processuale tenuta dall'Azienda nel secondo grado di giudizio in merito alla liquidazione del danno risarcibile, in quanto la Corte di merito era comunque tenuta ad accertare correttamente l'ammontare del danno risarcibile e a valutare la fondatezza del motivo di appello svolto sul punto dall'originario attore. Quindi, nel riconoscere in favore dell'attore il risarcimento avrebbe dovuto comunque accertare, anche se sul punto non vi fosse stata contestazione da parte della struttura sanitaria, se le lesioni fossero concorrenti o coesistenti, perché all'accertamento conseguiva l'applicazione di un diverso criterio di calcolo e un diverso importo del danno liquidabile.

6. - Il secondo motivo è fondato e va accolto.

A fronte di un motivo di appello finalizzato alla liquidazione del danno differenziale, quindi alla liquidazione di un importo maggiore rispetto a quanto liquidato in primo grado, proprio in quanto accertato e calcolato come danno differenziale, la struttura sanitaria contestava in radice la propria responsabilità, ma nulla diceva sui criteri da utilizzare per la liquidazione del danno.

La sentenza impugnata applica correttamente i criteri per la liquidazione del danno differenziale indicati da Cass. n. 6341

del 2014, che richiama, secondo i quali **in tema di responsabilità medica, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario.**

La corte d'appello calcola, cioè, il totale del danno riportato (conseguente ad una invalidità permanente complessiva, all'esito dell'infarto, della caduta, e dell'intervento dei sanitari, al 50%) e sottrae da esso la percentuale di danno non iatrogeno, comunque ineliminabile perché derivante esclusivamente dai postumi permanenti della infermità che ha colpito il paziente (invalidità permanente al 30%). Quello che rimane è il danno differenziale: nel caso di specie, l'equivalente di una invalidità permanente al 20%, calcolata però come detto.

La sentenza impugnata non tiene in conto però, nell'effettuare il calcolo del danno differenziale, la differenza tra postumi coesistenti e concorrenti, e la sua rilevanza ai fini dell'esatta determinazione del danno risarcibile, differenza evidenziata da Cass. n. 28986 del 2019 e poi ripresa da Cass. n. 514 del 2020 e, tra le altre, da Cass. n. 26851 del 2023. Non spiega, cioè, perché i postumi della patologia cardiaca ischemica di natura non iatrogena dovrebbero ritenersi "concorrenti" con le conseguenze neurologiche della emorragia cerebrale oggetto della liquidazione risarcitoria, di talché le conseguenze dell'illecito sarebbero rese più gravi dall'incidere su un soggetto con quella specifica patologia pregressa, e non semplicemente coesistenti con essa.

Come chiarito appunto da Cass. n. 28986 del 2019, è una questione di diritto, e non di mero fatto, individuare secondo quale criterio giuridico debbano sceverarsi, dal novero delle conseguenze dannose provocate da una lesione della salute, quelle che, sole, possano dirsi risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c. Ai fini di una corretta liquidazione del danno risarcibile, quindi, occorre accertare se la condizione preesistente (o anche contemporaneamente determinatasi, ma per causa indipendente) del soggetto leso abbia o meno una incidenza causale sulla sua condizione finale, se cioè essa possa ritenersi concorrente, e non meramente coesistente.

Sarebbe stato pertanto necessario procedere a verificare, ai fini di una corretta liquidazione del danno, con accertamento in concreto ed ex post, se le lesioni cardiache derivanti dall'infarto concorressero o meno ad aggravare la situazione del A.A. nelle sue conseguenze permanenti derivanti dall'ischemia cerebrale, in quanto, se si fosse trattato di lesioni semplicemente concorrenti, prive di incidenza causale sulla condizione finale del controricorrente, l'appello avrebbe dovuto essere rigettato.

Quel che rileva, al fine della stima percentuale dell'invalidità permanente, non sono né formule definitorie astratte ("concorrenza" o "coesistenza" delle menomazioni), né il mero riscontro della identità o diversità degli organi o delle funzioni menomati. Poiché si tratta di accertare un nesso di causalità giuridica, quel che rileva è il giudizio controfattuale, e dunque lo stabilire col metodo c.d. della "prognosi postuma" quali sarebbero state le conseguenze dell'illecito, in assenza della patologia preesistente. Se tali conseguenze possono teoricamente ritenersi pari sia per la vittima reale, sia per una ipotetica vittima perfettamente sana prima dell'infortunio, dovrà concludersi che non vi è alcun nesso di causa tra preesistenze e postumi, i quali andranno perciò valutati e quantificati come se a patirli fosse stata una persona sana.

In tal caso, pertanto, sul piano medico-legale il grado di invalidità permanente sofferto dalla vittima andrà determinato senza aprioristiche riduzioni, ma apprezzando l'effettiva incidenza dei postumi sulle capacità, idoneità ed abilità possedute dalla vittima prima dell'infortunio.

Nel caso di specie, il necessario giudizio controfattuale manca del tutto.

Il motivo di ricorso deve essere accolto, la sentenza impugnata è cassata sul punto e deve in questa sede ribadirsi che:

1) la liquidazione del danno biologico cd. differenziale deve modellarsi sui criteri propri della causalità giuridica, e cioè con riferimento alla percentuale complessiva del danno (nella specie, il 50%), interamente ascritta all'agente sul piano della causalità materiale, da cui sottrarre quella non imputabile all'errore medico, del 30%, il cui risultato (20%) postula una liquidazione "per sottrazione", tra il primo e il secondo valore numerico (50%-30%). Il relativo importo (stante la progressione geometrica e non aritmetica del punto tabellare d'invalidità) risulta inevitabilmente superiore a quello relativo allo stesso valore percentuale (20%) se calcolato da 0 a 20;

2) tuttavia, in caso di coesistenza - come nella specie - di una menomazione non imputabile ad errore medico e di altra menomazione ad esso riconducibile, vi è spazio per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno differenziale, calcolato come sopra, soltanto nel caso in cui, con giudizio controfattuale ex post, si accerti che le due tipologie di postumi (quella indipendente dall'errore medico, nel nostro caso, i postumi dell'infarto, e quella provocata dall'errore medico, nel nostro caso, i postumi dell'ischemia cerebrale), siano in rapporto di concorrenza e non di semplice coesistenza, ovvero che la presenza della prima tipologia di postumi incida negativamente, aggravando la situazione del soggetto leso, sui postumi derivanti dall'errore medico.

Conclusivamente, il primo motivo è rigettato, il secondo è accolto.

La sentenza è cassata e la causa è rinviata alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo, cassa la sentenza impugnata in relazione al secondo motivo e rinvia alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 20 maggio 2024.

Depositato in Cancelleria il 30 luglio 2024.

Danno da perdita anticipata della vita e danno da perdita di chance di (maggiore) sopravvivenza

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21415; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Il danno da perdita anticipata della vita va distinto da quello da perdita di chance di (maggiore) sopravvivenza, posto che, se la morte è intervenuta (con riferimento alla patologia riguardo alla quale si discute dell'errore medico), l'incertezza eventistica, che di quest'ultima costituisce il fondamento logico prim'ancora che giuridico, è stata smentita da quell'evento; ne consegue l'inammissibilità della congiunta attribuzione di un risarcimento da "perdita anticipata della vita" e da perdita di chance di sopravvivenza, trattandosi di voci di danno logicamente incompatibili, salvo il caso, del tutto eccezionale, in cui si accerti, anche sulla base della prova scientifica acquisita, che esista, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, la seria, concreta e apprezzabile possibilità, sulla base dell'eziologica certezza della sua riconducibilità all'errore medico, che, oltre quel tempo già determinato di vita perduta, il paziente avrebbe potuto sopravvivere ancora più a lungo.

... Omissis ...

Motivi della decisione

con il primo motivo di ricorso principale si prospetta l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte di appello dapprima accertando il danno da perdita delle chance di sopravvivenza, peraltro determinate apoditticamente in misura maggiore rispetto a quelle ricostruite dal consulente medico d'ufficio, e poi liquidando, con quantificazione oltremodo sproporzionata, il danno morale e da perdita del rapporto parentale con riferimento esplicito alla perdita anticipata della vita della congiunta;

con il secondo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 360, n. 5, 132, n. 4, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe errato mancando del tutto di motivare, se non per generici richiami alla decisione di prime cure ma comunque in modo sterile e apparente, l'affermazione della misura delle chances perdute rispetto alle conclusioni peritali d'ufficio, condivise dai consulenti di parte fino alla comparsa nel fascicolo processuale di una relazione peritale integrativa di parte attorea della quale la deducente aveva avuto notizia solo con la sentenza, non potendosi neppure ritenere corretto l'assunto per cui il mancato accertamento dell'effettiva contaminazione dei linfonodi ascellari, nel momento della prestazione medica del dottore A.A., non avrebbe potuto andare a danno della vittima, posto che l'onere di provare il nesso causale, nella cornice della responsabilità extracontrattuale tanto quanto contrattuale, rimaneva in capo agli attori;

con il terzo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 153, secondo comma, 294, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe errato mancando di pronunciarsi sull'esplicitata istanza di rimessione in termini per la produzione della documentazione del procedimento penale svolto, in cui, in particolare, lo stesso perito d'ufficio aveva quantificato nel 10% il danno da perdita di chance;

con il quarto motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 92, secondo comma, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe errato per un verso compensando le spese di lite, per altro verso ponendo a carico della deducente Azienda Sanitaria quelle della consulenza medica d'ufficio;

con l'unico motivo di ricorso incidentale si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 112, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe erroneamente omesso di pronunciarsi sulla domanda, esplicitamente formulata, per il risarcimento dei danni da perdita di chance anche in via ereditaria, in quanto previamente acquisiti in capo alla vittima;

considerato che

preliminarmente dev'essere rimarcato che il ricorso incidentale tardivo è ammissibile a mente dell'arresto di questa Corte, a Sezioni Unite, 28/03/2024, n. 8486, essendo qualificabile, l'interesse alla sua proposizione, quale sorto in relazione alla proposizione del ricorso principale;

i primi due motivi di ricorso principale, e il motivo di ricorso incidentale, da esaminare congiuntamente per connessione, sono fondati per quanto di ragione;

di recente questa Corte (Cass., 19/09/2023, n. 26851, che qui si riprende, seguita tra le altre da Cass., 27/12/2023, n. 35998) ha chiarito che:

i) in ipotesi di condotta colpevole del sanitario cui sia conseguita la perdita anticipata della vita, perdita che si sarebbe comunque verificata, sia pur in epoca successiva, per la pregressa patologia del paziente, non è concepibile, né logicamente né giuridicamente, un danno da "perdita anticipata della vita" trasmissibile iure successionis, non essendo predicabile, nell'attuale sistema della responsabilità civile, la risarcibilità del danno tanatologico: è possibile, dunque, discorrere, risarcendolo, di "danno da perdita anticipata della vita", con riferimento al diritto iure proprio degli eredi, rappresentato dal pregiudizio da minor tempo vissuto con il congiunto;

ii) in linea generale, il danno da perdita anticipata della vita va distinto da quello da perdita di chance di (maggiore) sopravvivenza, posto che, se la morte è intervenuta (con riferimento alla patologia riguardo alla quale si discute dell'errore medico), l'incertezza eventistica, che di quest'ultima costituisce il fondamento logico prim'ancora che giuridico, è stata smentita da quell'evento; ne consegue l'inammissibilità della congiunta attribuzione di un risarcimento da "perdita anticipata della vita" e da perdita di chance di sopravvivenza, trattandosi di voci di danno logicamente incompatibili, salvo il caso, del tutto eccezionale, in cui si accerti, anche sulla base della prova scientifica acquisita, che esista, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, la seria, concreta e apprezzabile possibilità, sulla base dell'eziologica certezza della sua riconducibilità

all'errore medico, che, oltre quel tempo già determinato di vita perduta, il paziente avrebbe potuto sopravvivere ancora più a lungo;

più in particolare:

a) il primo accertamento (danno da premorienza) sarà effettuato secondo il criterio del "più probabile che non", proprio della responsabilità civile, e avrà ad oggetto un pregiudizio, non risarcibile, come detto, per la vittima ma solo per i suoi congiunti (Cass., Sez. U., 22/07/2015, n. 15350), conseguente all'omissione colposa dell'agente e consolidatosi nel tempo in capo alla vittima quale minor vissuto. L'evento di danno è rappresentato, pertanto, in tal caso, non dalla possibilità di vivere più a lungo, bensì dalla perdita anticipata della vita - perdita che pure si sarebbe, in tesi, comunque verificata, sia pur in epoca successiva, per la pregressa patologia;

b) quanto alla seconda verifica (accertamento del nesso di causa tra condotta dei sanitari e perdita di chance), in cui la "possibilità perduta" (e non la perdita anticipata della vita) costituisce l'evento di danno, l'incertezza sull'eventuale e ulteriore segmento temporale di cui il danneggiato avrebbe potuto godere - qualora, anche in via di policy, sostanzialmente apprezzabile e non mera ipotesi o speranza - messa a sua volta in relazione causale con l'errore diagnostico e terapeutico, potrebbe, in concreto, ed eccezionalmente, legittimare il riconoscimento di un distinto risarcimento, in via strettamente equitativa, sempre che, sul piano eziologico, sia stata raggiunta una soglia di certezza rispetto a quella concreta possibilità, perché la "seria, apprezzabile e concreta possibilità eventistica" conforma morfologicamente la struttura del bene tutelato, e dunque affermarne la sussistenza, al di là dei termini utilizzati in via di principio, equivale, logicamente, a farlo con eziologica certezza: dovrà, pertanto, risultare causalmente certo che, alla condotta colpevole, sia conseguita la perdita della possibilità di un risultato migliore - non potendosi discorrere di una "probabilità della possibilità" (dove il primo termine identifica la relazione causale e il secondo l'evento di danno);

c) al contempo, tanto il danno da perdita anticipata della vita, quanto quello da perdita della chance di una possibile, ulteriore sopravvivenza ("bene", va ancora ripetuto, morfologicamente diverso da quello della vita anticipatamente perduta) dovranno distintamente accertarsi non solo in base ai principî di causalità generale e di regolarità statistica, bensì anche, in specie quanto alla "seconda" perdita, in ragione del nesso di causalità specifica, ovvero tenuto conto, nel singolo caso, di tutti i dati medico-anamnestici - in tesi irripetibilmente peculiari del soggetto - alla luce dei quali predicarsi poi, quanto alla chance, l'esistenza di un'incerta - ma seria concreta e apprezzabile - possibilità di vivere per un lasso temporale più lungo;

in questo contesto:

1) se la vittima è già deceduta al momento dell'introduzione del giudizio da parte degli eredi non è concepibile, né logicamente né giuridicamente, un "danno da perdita anticipata della vita" trasmissibile iure successionis, non essendo predicabile, come visto, nell'attuale sistema della responsabilità civile, la risarcibilità del danno tanatologico: esemplificando, causare la morte d'un ottantenne sano, che ha dinanzi a sé cinque anni di vita sperata, non diverge, ontologicamente, dal causare la morte d'un ventenne malato che, se correttamente curato, avrebbe avuto dinanzi a sé ancora cinque anni di vita; l'unica differenza tra le due ipotesi sta nel fatto che, nel primo caso, la vittima muore prima del tempo che gli assegnava la statistica demografica, mentre, nel secondo caso, muore prima del tempo che gli assegnava la statistica e la scienza clinica: ma tale differenza non consente di pervenire ad una distinzione "morfologica" tra le due vicende, così da affermare la risarcibilità soltanto della seconda ipotesi di danno; è possibile, dunque, discorrere (risarcendolo) di "danno da perdita anticipata della vita", con riferimento al diritto iure proprio degli eredi, solo definendolo il pregiudizio da minor tempo vissuto ovvero da valore biologico relazionale residuo di cui non si è fruito; in conclusione, nell'ipotesi di un paziente che, al momento dell'introduzione della lite, sia già deceduto, sono, di regola, alternativamente concepibili e risarcibili iure hereditario, se allegati e provati, i danni conseguenti: a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'an e nel quantum), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza dell'anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della (apprezzabile) possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'an né nel quantum), come danno da perdita di chances di sopravvivenza; in nessun caso sarà risarcibile iure hereditario, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da "perdita anticipata della vita" con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente stesso;

2) se la vittima è ancora vivente al momento della liquidazione del danno, i danni liquidabili non divergono, morfologicamente, da quelle indicate sub 1) se non per il fatto che non saranno gli eredi, ma il paziente stesso, ancora in vita, a invocarne il risarcimento, salvo il diverso profilo del danno morale: a) se vi è incertezza sulle conseguenze quoad vitam dell'errore medico, il paziente può pretendere il risarcimento del danno da perdita delle chances di sopravvivenza, ricorrendone i consueti presupposti (serietà, apprezzabilità, concretezza, riferibilità eziologica certa della perdita di quella chance alla condotta in rilievo); b) se invece è accertato, secondo i comuni criteri eziologici, che l'errore medico anticiperà la morte del paziente, sarà risarcibile il danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita) e il danno morale da futura morte anticipata, in questo caso sicuramente predicabile (essendo il paziente ancora in vita) a far data dalla acquisizione della relativa consapevolezza;

3) se la vittima vivente al momento dell'introduzione del giudizio, è deceduta al momento della liquidazione del danno: a) se è certo che l'errore medico abbia causato la morte anticipata del paziente, si ricadrà nell'ipotesi di cui sopra, sub 1.a): il paziente può avere patito (e trasmesso agli eredi) un danno biologico (differenziale), e un danno morale da lucida consapevolezza della morte imminente, ma non un danno da "perdita anticipata della vita", risarcibile soltanto, nel perimetro sopra chiarito, iure proprio agli eredi, che potranno altresì proporre la relativa domanda in corso di causa, per ragioni di economia di giudizi; b) se è incerto che l'errore medico

abbia causato la morte del paziente, il paziente può avere patito, in relazione al tempo di vita vissuto (e trasmesso agli eredi), un danno da perdita delle chances di sopravvivenza, ma non un danno da "perdita anticipata della vita";

ribaditi tali principî, nella fattispecie in esame la Corte territoriale:

- ha sovrapposto e così confuso il danno da perdita di chance a quello di anticipata perdita della vita, affermando l'accertamento del primo e parametrandolo in funzione del secondo (pagg. 7-8, della sentenza gravata, quanto alla prima affermazione, e pag. 9, quanto alla seconda conclusione, in punto di danno morale e danno da lesione del rapporto parentale);
- ha negato del tutto apoditticamente (pag. 12 della decisione) che fosse stato richiesto iure successionis il risarcimento del danno da perdita di chance invece richiesto, in linea subordinata (come dimostrato col ricorso incidentale, 16ma pagina, nel rispetto dei requisiti di ammissibilità di cui all'art. 366, n. 6, cod. proc. civ.), con ciò incorrendo in violazione del vincolo di corrispondenza tra chiesto e pronunciato per inesatta rilevazione del contenuto della domanda (Cass., 6/11/2023, n. 30770, Cass., 10/06/2020, n. 11103);

e così:

- è stato negato il riscontro di un danno biologico differenziale (pag. 12 della sentenza di merito) affermando al contempo, con irresolubile contraddizione ovvero senza alcuna decifrabilità motivazionale, la sussistenza di una peggiore qualità della vita (pag. 9), in tesi coincidente;
- è stata affermata la spettanza del danno morale, rapportandolo, dunque, al minor vissuto oltre che al peggior vissuto, laddove, posta la distinzione tra danno da perdita anticipata della vita e danno - come in questo caso, si ripete, affermato dalla Corte territoriale in premessa - da perdita di chance, avrebbe potuto e dovuto rapportarsi solo all'acquisizione, verificata, della consapevolezza degli esiti infausti;
- è stata parimenti affermata la risarcibilità, evidentemente iure proprio, del danno per la perdita del rapporto parentale, ma rapportandolo alla certa perdita di una quota di vita (pag. 9, ultimo capoverso), invece che a quella della chance di maggiore sopravvivenza del congiunto affermata, come detto, in premessa generale;

ne consegue che, posti gli evidenziati errori in diritto e di violazione dell'art. 132, n. 4, cod. proc. civ., in cui è incorsa la decisione di seconde cure, il giudice del rinvio dovrà:

- liquidare il danno, accertato quale perdita di chance, verificando e spiegando, in termini razionalmente decifrabili, la componente biologica differenziale da peggiore qualità della vita, e la componente morale da lucida consapevolezza acquisita degli esiti, entrambe assegnabili per via ereditaria;
- liquidare il danno da perdita della chance di un più ampio rapporto parentale, assegnabile iure proprio;

dev'essere aggiunto che risulta parimenti totalmente immotivata, se non con una vuota formula autoreferente relazionata a "età e ritardo diagnostico", la statuizione di perdita del 55% di chances in luogo della misura del 30% risultante dall'istruttoria tecnica peritale;

al contempo, quanto all'affermata impossibilità di verificare l'effettiva contaminazione linfonodale al momento del referto erroneo, essa di per sé non può incidere sull'accertamento della sussistenza eziologica del danno da perdita di chance se non con una rivalutazione istruttoria estranea alla presente sede di legittimità;

il terzo motivo di ricorso principale è inammissibile;

infatti, a prescindere dalla configurabilità di un vizio di omessa pronuncia riferito non a statuizioni giurisdizionali sulle domande conclusivamente formulate dalla parte per l'ottenimento di beni della vita, bensì a una richiesta istruttoria, e premesso, gradatamente, che il giudice di merito non deve dar singolo conto di tutte le componenti istruttorie anche in termini d'implicito rigetto delle relative istanze e prospettazioni a fronte delle evidenze processuali giudicate sufficienti alla decisione (cfr., solo ad esempio, Cass., 29/12/2020, n. 29730), non è dato comprendere l'assunta incidenza del materiale probatorio oggetto della richiesta di rimessione in termini, al contempo neppure dettagliata in relazione al suo prospettato fondamento, in specie non essendo riportato né meglio spiegato in quali termini il medesimo consulente d'ufficio, incaricato anche in sede penale, abbia concluso per una percentuale del 10% di chance perduta, con conseguente inammissibilità per difetto di specificità anche ai sensi dell'art. 366, n. 6, cod. proc. civ. (Cass., Sez. U., 27/12/2019, n. 34469);

il quarto motivo di ricorso principale è logicamente assorbito;

spese al giudice del rinvio;

va disposto che, ai sensi dell'art. 52, D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi delle parti odierne controricorrenti e della loro dante causa;

P.Q.M.

La Corte accoglie per quanto di ragione i primi due motivi di ricorso principale e il ricorso incidentale, inammissibile il terzo motivo di ricorso principale, assorbito il quarto, cassa in relazione alle censure accolte la decisione impugnata e rinvia alla Corte di appello di L'Aquila perché, in diversa composizione, si pronunci anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 10 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 30 luglio 2024.

Responsabilità medica e conseguenze sottese alla “causa” ignota

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 21 agosto 2024, n. 22996; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

Nella responsabilità medica se resta ignota la causa dell'evento dannoso (e cioè se il creditore non riesce a provare, neanche attraverso presunzioni, che l'evento dannoso - l'aggravamento della patologia preesistente o l'insorgenza di una nuova patologia - sia in nesso causale con la condotta del sanitario), le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore medesimo, che ne aveva il relativo onere; se, invece, resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della diligenza professionale (ovvero, resta indimostrata l'imprevedibilità o l'inevitabilità di tale causa di impossibilità), le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti lamentano la "Nullità della sentenza per la violazione dell'art. 132 n. 4 c.p.c. e dell'art. 111, comma 6, della Costituzione, in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c., in quanto la motivazione della sentenza impugnata è apparente e/o manifestamente ed irriducibilmente contraddittoria perché si estrinseca in argomentazioni non idonee a rivelare la ratio decidendi o fra di loro logicamente inconciliabili".
In particolare, gli odierni ricorrenti contestano l'apparenza della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'Appello ha ritenuto "non corretta" l'osservazione critica formulata dagli appellanti "secondo la quale i CTU si sarebbero spinti ad effettuare "valutazioni" ontologiche circa le cause dell'errore commesso dal dott. D.D., non basate su alcun dato scientifico" e ritenuto altresì che i CTU avevano rappresentato che "non è possibile stabilire se l'operatore abbia annotato la visualizzazione delle ossa lunghe del segmento distale dell'arto inferiore destro, senza in realtà ottenerla, nel qual caso la condotta dello stesso risulterebbe censurabile sotto il profilo della valutazione medico legale in tema di responsabilità professionale; ovvero se sia stato tratto in inganno, come può capitare, dai movimenti del feto, identificando come arto inferiore destro l'arto controlaterale già evidenziato, nel qual caso la condotta dell'operatore potrebbe risultare esente da censure" (CTU pag. 32)" (pag. 25 della sentenza impugnata). Lamentano che la Corte territoriale - nel superare le censure formulate dalle parti appellanti alla CTU perché non basata su alcun dato documentale/scientifico atteso che alcuna annotazione era stata fatta sul referto in merito a difficoltà riscontrate nell'eseguire l'esame ecografico - abbia ritenuto che "la circostanza che il dott. D.D. non abbia annotato delle difficoltà nell'esecuzione dell'ecografia non comporta necessariamente che il feto non si sia mosso in occasione di tutte le fasi dell'indagine ecografica in cui non è possibile mantenere la visualizzazione del feto, come ad esempio nell'arco di tempo necessario per l'acquisizione di ciascuna immagine e quello successivo per riprendere l'indagine ecografica. In altri termini, vi sono momenti dell'indagine ecografica in cui è tutt'altro che semplice rilevare i movimenti del feto e trarne le dovute conseguenze. Non può quindi considerarsi una malpractice il fatto che il sanitario non abbia annotato di non avere potuto eseguire compiutamente l'accertamento (anche solo a causa dei movimenti fetali) proprio perché non vi è evidenza che tali movimenti siano stati rilevati nel corso della visualizzazione del feto" (pag. 26 della sentenza impugnata). Insistono, in proposito, nel sostenere che la motivazione appena riportata sia manifestamente apparente e/o comunque irriducibilmente illogica, con conseguente violazione dell'art. 111 comma 6 della Costituzione e dell'art. 132 n. 4 c.p.c., atteso che il "fatto che non sia stato possibile mantenere la continua visualizzazione del feto durante le fasi dell'ecografia, per coglierne eventualmente i movimenti, costituisce esso stesso un elemento di difficoltà dell'esame ecografico che avrebbe dovuto essere annotato e che avrebbe comportato la necessità di ripetere l'esame ovvero di prescrivere un'ulteriore indagine diagnostica" (cosi evidenziato, nella pag. 23 del ricorso).
2. Con il secondo motivo, i ricorrenti denunciano la Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1176 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3." in quanto la Corte di merito avrebbe, a loro avviso, interpretato l'art. 1176 cod. civ. nel senso che la diligenza degli ecografisti nell'adempimento della prestazione, rivelatasi errata, dovesse essere valutata in relazione alla probabilità statistica dell'errore nell'accertamento diagnostico e non, come avrebbe dovuto, interpretando correttamente la norma, in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione eseguita in favore dei ricorrenti ed al dovere dei medici di fare tutto quanto fosse necessario per soddisfare l'interesse dei creditori all'esatto adempimento, tenuto conto della natura dell'attività esercitata. Nello specifico, contestano il punto della motivazione della sentenza impugnata ove la Corte territoriale ha ritenuto "Contrariamente a quanto assunto dagli appellanti, l'inadempimento dei sanitari non può essere affermato per il solo fatto che gli stessi abbiano attestato l'avvenuta visualizzazione delle ossa lunghe degli arti inferiori, mani e piedi, attestazione che poi non ha trovato riscontro nella realtà. La prova dell'inadempimento dei sanitari non può arrestarsi a tale constatazione, dovendosi piuttosto valutare nel caso concreto se fosse ragionevolmente esigibile una diversa diligenza e se fosse quindi possibile con elevata probabilità un accertamento ecografico con esito diverso" (pag. 24 della sentenza impugnata).
Gli odierni ricorrenti deducono che la motivazione della Corte di merito "in ordine alla diligenza in relazione alla natura dell'attività esercitata è incentrata solo sull'aspetto della probabilità statistica dell'esito errato dell'accertamento diagnostico (anche in relazione alla percentuale statistica di ricorrenza della detta malformazione nella popolazione". Sostengono che, in tal modo, si finisce per giustificare qualsiasi inadempimento solo perché vi è una probabilità statistica non trascurabile di insuccesso dell'opera professionale; a sostegno del ricorso richiamano pronunce della Corte di legittimità e, in particolare, la sentenza Cass. 21.06.2004 n. 11488, con cui era stata cassata la decisione di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento danni nei confronti del medico ecografista per la nascita di un

bambino malformato, senza accertare se nel corso dell'ecografia gli arti erano stati diligentemente ricercati per verificarne eventuali malformazioni e senza considerare che l'incertezza del risultato di un'indagine non comporta che la stessa sia necessariamente da qualificare come particolarmente difficile, onde il fatto che l'ecografia non consenta di vedere sempre (e bene) gli arti non esclude la necessità di cercarli, o di consigliare la ripetizione dell'indagine, né qualifica quest'ultima come particolarmente difficile; richiamano in proposito altro indirizzo di legittimità che ha affermato come l'esclusione della responsabilità può configurarsi solo nel caso in cui l'intervento implichi, per l'appunto, la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ovvero richieda notevoli abilità o, ancora, implichi la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate (Cass. 28.05.2004 n. 10297; Cass. 10.05.2000 n. 5945) e "non anche in ragione dell'incertezza circa l'esito della tecnica applicata o dell'alta percentuale di risultati insoddisfacenti, atteso che la difficoltà di prova non coincide con l'aleatorietà..." (Cass. 9.10.2012 n. 17143). Concludono nel ritenere che detta erronea interpretazione dell'art. 1176 c.c. pervada tutta la motivazione della Corte d'Appello (ne riportano in proposito anche ulteriori punti salienti) e sottolineano che la valutazione della diligenza che si conviene ad un'attività, come quella di specie, non può prescindere totalmente dal fine che tale attività si prefigge (l'esame diagnostico ecografico morfologico è stato effettuato proprio nel periodo indicato dalle linee guida, tra la 19 e la 21 settimana, per l'individuazione di eventuali malformazioni).

3. Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la "Violazione e falsa applicazione dell'articolo dell'art. 1218 c.c. e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., n. 3"; in particolare, sostengono che la Corte di Appello avrebbe errato in relazione all'imputazione dell'onere della prova dell'inadempimento, non potendo lo stesso gravare sul creditore della prestazione, dovendo, invece, essere posto a carico del debitore fornire la prova che l'errata prestazione non sia a lui imputabile. Il debitore, infatti, è responsabile dell'inadempimento della prestazione se non prova che tale inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè da un evento imprevedibile o inevitabile che fuoriesca dal controllabile sforzo diligente, unico parametro al quale il debitore deve commisurare il proprio impegno esecutivo (richiamano sul punto la sentenza della Corte di cassazione resa a Sezioni Unite, 30.10.2001 n. 13533 e, da ultimo, anche Cass. 11/11/2019 nn. 28991 e 28992). A parere dei ricorrenti, la questione, quindi, è se la Corte abbia motivato il rigetto sulla base del fatto che i debitori avevano assolto all'onere di provare di aver osservato, nell'espletamento della propria prestazione, la diligenza che si conviene per attività di tale natura e specie, operando in modo da escludere l'errore in cui sono incorsi e/o finanche di ridurre la percentuale di insuccesso che la letteratura scientifica prevedeva in casi simili. Lamentano che la Corte d'Appello, viceversa, abbia omesso di valutare l'assolvimento di tale onere da parte dei debitori, ponendolo a carico dei creditori di quella prestazione, con falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 1218 c.c., affermando quanto già riportato a proposito del motivo precedente a pag. 24 della sentenza impugnata; al contrario, osservano i ricorrenti, non è il creditore che deve provare l'inadempimento, bensì è il debitore che è onerato di dimostrare, a fronte della mera allegazione del creditore che la prestazione sia stata eseguita in modo errato (e sul punto non vi è dubbio alcuno) che le cause di tale errore, che hanno inficiato l'esito della prestazione sanitaria, siano estranee alla sua sfera di azione e di controllo. Infine, la Corte di merito, nel richiamare la decisione resa dal Tribunale, ha affermato che la prova dell'insussistenza dell'inadempimento sarebbe stata fornita dai convenuti con le risultanze della CTU, ponendosi in aperto contrasto con il principio testé enunciato e violando la norma di cui all'art. 2697 c.c. che pone obblighi probatori ben precisi a carico delle parti che non possono essere suppliti con l'indagine peritale.

4. Il primo motivo di ricorso non è fondato.

La lamentata nullità della sentenza impugnata e l'apparenza della motivazione per irriducibile contraddittorietà della sentenza non sussistono.

Come noto, secondo il più recente indirizzo di questa Corte non sono più ammissibili nel ricorso per cassazione le censure di contraddittorietà e insufficienza della motivazione della sentenza di merito impugnata, in quanto il sindacato di legittimità sulla motivazione resta circoscritto alla sola verifica della violazione del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost., individuabile nelle ipotesi - che si convertono in violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. e danno luogo a nullità della sentenza -di "mancanza della motivazione quale requisito essenziale del provvedimento giurisdizionale", di "motivazione apparente", di "manifesta ed irriducibile contraddittorietà" e di "motivazione perplessa od incomprensibile", al di fuori delle quali il vizio di motivazione può essere dedotto solo per omesso esame di un "fatto storico", che abbia formato oggetto di discussione e che appaia "decisivo" ai fini di una diversa soluzione della controversia (da ultimo, tra tante, Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 196 del 4/01/2024).

Tale obbligo è violato qualora la motivazione sia totalmente mancante o meramente apparente, ovvero essa risulti del tutto inidonea ad assolvere alla funzione specifica di esplicitare le ragioni della decisione (per essere afflitta da un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili oppure perché perplessa ed obiettivamente incomprensibile) e, in tal caso, si concreta una nullità processuale deducibile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ..

Nella specie, con le contestate argomentazioni la Corte d'Appello non è incorsa nelle invocate violazioni e l motivazione della sentenza impugnata si pone in modo evidente al di sopra della soglia del "minimo costituzionale".

5. Va accolto, viceversa, il secondo motivo di ricorso nei limiti e in ragione delle seguenti considerazioni.

Il Collegio osserva che con la censura in esame, i ricorrenti non si limitano a criticare la valutazione che il giudice del merito abbia svolto delle risultanze istruttorie, di regola, insindacabile in sede di legittimità, bensì deducono che questi abbia non correttamente interpretato il canone della diligenza qualificata in relazione alle modalità di esecuzione della prestazione eseguita in favore dei ricorrenti.

La censura è dunque ammissibile e, tenuto conto della natura dell'attività esercitata in concreto e dell'onere dei medici - nel caso in esame medici ecografisti - di fornire la prova di aver adempiuto la richiesta prestazione diligentemente, la Corte territoriale ha erroneamente sovrapposto a tale prova il rilievo ritenuto dirimente tratto dalla esperita CTU, affermando in modo assertivo che la probabilità statistica dell'errore nell'accertamento diagnostico non consentisse di ritenere ragionevolmente esigibile una diversa diligenza (pag. 24 della sentenza impugnata).

Vale osservare che la responsabilità che nella presente controversia si fa valere è la responsabilità contrattuale nei confronti dei medici ecografisti e delle strutture sanitare secondo il regime normativo anteriore alla legge n.24 del 2017 che, come chiarito da questa Corte, non trova applicazione in ordine ai fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore (Cass. 11 novembre 2019, n. 28994).

Inoltre, con particolare riferimento alle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali - tra le quali si collocano quelle, come nella specie, di responsabilità medica - giova rammentare che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato (Cass. 7 dicembre 2017, 29315; Cass. 15 febbraio 2018, n. 3704; Cass. 20 agosto 2018, n. 20812), mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. 23 ottobre 2018, n.26700; Cass. 24 maggio 2019, n. 14335; Cass. 29 ottobre 2019, n. 27606 e Cass. 11 novembre 2019 n. 28991).

In proposito, il Collegio condivide quanto già affermato da questa Corte (Cass. 29 marzo 2022, n. 10050) in merito al concetto di "imprevedibilità", che pur lessicalmente evocativo di una soggettività comportamentale che rientra nell'area della colpa, se riferito alla causa impeditiva dell'esatto adempimento, va inteso, precisamente, nel senso oggettivo della "non imputabilità" (art. 1218 c.c.), atteso che la non prevedibilità dell'evento (che si traduce nell'assenza di negligenza, imprudenza e imperizia nella condotta dell'agente) è giudizio che attiene alla sfera dell'elemento soggettivo dell'illecito, in funzione della sua esclusione, e che prescinde dalla configurabilità, sul piano oggettivo, di una relazione causale tra condotta ed evento dannoso.

Nelle fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali - si è ulteriormente precisato - è configurabile un evento di danno, consistente nella lesione dell'interesse finale perseguito dal creditore (la vittoria della causa nel contratto concluso con l'avvocato; la guarigione dalla malattia nel contratto concluso con il medico), distinto dalla lesione dell'interesse strumentale di cui all'art. 1174 c.c. (interesse all'esecuzione della prestazione professionale secondo le leges artis, v. Cass. 21 giugno 2004 n. 11488) e viene dunque in chiara evidenza il nesso di causalità materiale che rientra nel tema di prova di spettanza del creditore, mentre il debitore, ove il primo abbia assolto il proprio onere, resta gravato da quello "di dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione". Di conseguenza, se resta ignota la causa dell'evento dannoso (e cioè se il creditore non riesce a provare, neanche attraverso presunzioni, che l'evento dannoso - l'aggravamento della patologia preesistente o l'insorgenza di una nuova patologia - sia in nesso causale con la condotta del sanitario), le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore medesimo, che ne aveva il relativo onere; se, invece, resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della diligenza professionale (ovvero, come detto, resta indimostrata l'imprevedibilità o l'inevitabilità di tale causa di impossibilità), le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore. (Cass. 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. 31 agosto 2020, n. 18102; Cass. 26 novembre 2020 n. 26907; Cass. 29 marzo 2022, n. 10050).

Nella controversia - come quella in esame - ove si richiede il risarcimento dei danni e gli attori, odierni ricorrenti, fanno valere la responsabilità dei medici e della struttura sanitaria per i danni derivati loro da quanto riportato nella annotazione contenuta nei referti della duplice ecografia morfologica effettuata da A.A., la prima alla 20ma settimana e la seconda alla 31ma settimana di gravidanza, recante la seguente attestazione: di aver visualizzato con caratteristiche nella norma le ossa lunghe degli arti inferiori - mani e piedi, annotazione (e, quindi, refertazione) che assumono erroneamente effettuata per non aver rilevato e informato delle malformazioni del feto, i danneggiati sono tenuti a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta dei medici e l'evento dannoso, consistente nella lesione della salute e nelle altre lesioni ad essa connesse (nella specie, il diritto ad essere informati della nascita di una figlia malformata); viceversa, è onere dei convenuti, ove il predetto nesso di causalità materiale sia stato dimostrato, provare o di avere eseguito la prestazione con la diligenza, la prudenza e la perizia richieste nel caso concreto, o che l'inadempimento (ovvero l'adempimento inesatto) è dipeso dall'impossibilità di eseguirla esattamente per causa ad essi non imputabile (Cass. 26 novembre 2020, n. 26907).

La Corte di appello di Torino ha disatteso i richiamati consolidati principi.

Nella concreta fattispecie, dovendosi ritenere dimostrata, secondo i criteri presuntivi indicati, la relazione di causalità tra l'intervento sanitario praticato alla paziente (referti ecografici, tutti e due, attestanti la visualizzazione con caratteristiche nella norma, tra l'altro, le ossa lunghe degli arti inferiori, mani e piedi) e il successivo evento (nascita di una bimba affetta da molteplici malformazioni: agenesia della gamba dx, ipoplasie degli arti e brachidattilia di entrambe le mani e del piede sx), in applicazione dei suindicati criteri di riparto dell'onere della prova, sarebbe spettato ai medici e alla struttura sanitaria dimostrare che la prestazione era stata eseguita con la dovuta diligenza professionale, e che l'evento di danno si era verificato per una causa non a loro imputabile.

In altre parole, una volta emerso e provato, sul piano presuntivo, il nesso causale tra l'intervento sanitario e l'evento dannoso, come allegato e provato dai ricorrenti, ai professionisti e alla struttura sanitaria spettava dimostrare l'esatto adempimento, provando, in ossequio al parametro della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, secondo comma, c.c., di avere eseguito le ecografie morfologiche in modo corretto, attenendosi, alle regole tecniche proprie della professione esercitata.

A prescindere dalla elevata probabilità che le malformazioni scheletriche sfuggano ad un'indagine ecografica di primo livello in una percentuale elevata di casi - (elevata probabilità dipendente dalla insindacabile valutazione delle risultanze istruttorie - esiti della CTU - operata dalla Corte territoriale, di esclusiva spettanza del giudice del merito) appare, dunque, errata in diritto la statuizione di rigetto della domanda risarcitoria laddove ha ritenuto la condotta dei medici in concreto tenuta come non integrante ipotesi di responsabilità, pur in assenza della prova da parte dei medesimi, in ossequio al combinato disposto di cui agli artt. 1176, 1218 e 2236 cod. civ., dell'essere tale esito dovuto a causa a loro non imputabile.

Al riguardo, in violazione di tale regola, la Corte di merito ha infatti rigettato la domanda sul rilievo, vuoi della non agevole rilevabilità delle malformazioni, vuoi della elevata probabilità statistica dell'esito errato dell'accertamento diagnostico, senza considerare che l'incertezza del risultato di una indagine, come quella di specie, destinata specificatamente alla ricerca di eventuali malformazioni fetali degli arti secondo le linee guida, non comporta necessariamente che la medesima sia particolarmente difficile, e che, soprattutto, detta probabilità statistica di insuccesso possa esaurire l'accertamento in ordine alla diligenza richiesta ai sanitari e supplire all'onere di questi ultimi di fornire elementi probatori idonei a dimostrare che la condotta negligente, imprudente ed imperita loro addebitata non sia stata da loro posta in essere (Cass. 28 maggio 2004 n. 10297; Cass. 19 aprile 2006 n. 9085). Anzi, proprio le probabilità statistiche segnalate dalla Corte di merito avrebbero eventualmente dovuto indurre i sanitari a darne conto alla paziente, ad attivarsi per un approfondimento della situazione, prospettando, se del caso, l'esigenza di sottoporsi ad ulteriori e più adeguati esami.

6. Dall'accoglimento del secondo motivo di ricorso nei termini appena precisati, discende l'assorbimento del terzo motivo.

7. In conclusione, il secondo motivo del ricorso va accolto, come sopra specificato, rigettato il primo e assorbito il terzo, la sentenza impugnata va dunque cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio della causa ex art. 383 c.p.c. alla Corte di appello di Torino, in diversa composizione, che si uniformerà ai principi sopra ricordati e valuterà nuovamente la domanda risarcitoria sulla base della esperita CTU al fine di verificare se gli operatori sanitari e la struttura abbiano operato con la diligenza professionale qualificata ai sensi dell'art. 1176 cod. civ., comma 2, adeguata alla natura dell'attività esercitata e alle circostanze concrete del caso, e provvederà, altresì, sulle spese del presente giudizio di legittimità.

Va disposto che, ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso nei termini precisati in motivazione, rigetta il primo e assorbito il terzo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte di appello di Torino, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

Dispone che, ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi dei ricorrenti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile, il 16 febbraio 2024.

Depositata in Cancelleria il 21 agosto 2024.

Statuto del consenso informato

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 18 settembre 2024, n. 25126; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

La violazione degli obblighi informativi dovuti al paziente può essere dedotta sia in relazione eziologica rispetto all'evento di danno rappresentato dalla lesione del diritto alla salute, sia in relazione all'evento di danno rappresentato dalla violazione del diritto all'autodeterminazione, sia, contemporaneamente, in relazione ad entrambi.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

6. Il terzo motivo è fondato.
Giova ripercorrere quello che è stato definito "lo statuto del consenso informato", come delineato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte, che ha avuto modo di affermare che il consenso del paziente, oltre che informato, dev'essere consapevole, completo (deve riguardare cioè tutti i rischi prevedibili, compresi quelli statisticamente meno probabili, con esclusione solo di quelli assolutamente eccezionali ed altamente improbabili) e globale (deve coprire non solo l'intervento nel suo complesso, ma anche ogni singola fase dello stesso), dall'altro, esso deve essere esplicito e non meramente presunto o tacito (anche se presuntiva, per contro, può essere la prova, da darsi dal medico, che un consenso informato sia stato prestato effettivamente ed in modo esplicito: Cass. n. 20984 del 2012; n. 26827 del 2017; n. 7248 del 2018; n. 9053 del 2018; n. 9807 del 2018; n. 9179 del 2018; n. 16336 del 2018; n. 3992 del 2019).
Orbene, la sentenza impugnata ha rilevato che nel caso di specie non era presente alcun modulo scritto di consenso informato, ma non ne ha tratto poi le necessarie conseguenze sotto il profilo del danno risarcibile.
Costituisce principio consolidato di questa Corte che l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente può assumere diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute.
Nel primo caso, l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia ex se una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario. Nel secondo, l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende, invece, dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile, di regola, in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova -che, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 2697 cod. civ., grava sul danneggiato- del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso (v. e pluribus Cass. n. 24471 del 12/06/2023; 04/11/2020; n. 28985 del 11/11/2019; n. 19199 del 19/07/2018; n. 11749 del 15/05/2018).
6.1. Con un recente arresto, cui si intende dare continuità, questa Corte ha affermato che "Questi enunciati vanno certamente condivisi ma -va rimarcato- non esauriscono lo schema concettuale cui occorre far riferimento ai fini della verifica della fondatezza della pretesa risarcitoria, anche quando dedotta come nascente dalla violazione degli obblighi informativi" (v. Cass., 12/06/2023, n. 16633).
Ora, **il fatto costitutivo del credito risarcitorio richiede la presenza dei seguenti elementi: a) la condotta lesiva (ovvero l'omissione o l'incompletezza delle informazioni rese al paziente, insieme con il presunto dissenso all'atto terapeutico nelle ipotesi di cui si dirà); b) l'evento di danno (che può essere rappresentato dalla violazione del diritto all'autodeterminazione o della lesione del diritto alla salute o da entrambi allo stesso tempo: potenziale plurioffensività del medesimo fatto lesivo già riconosciuta da Cass. n. 28985 dell'11/11/2019, in motivazione, par. 2.3), legato al primo da nesso di causalità materiale; c) il danno-conseguenza, ossia le concrete conseguenze pregiudizievoli, derivanti, secondo nesso di causalità giuridica ex art. 1223 cod. civ., dall'evento di danno, queste sole costituendo danno risarcibile nel vigente ordinamento che non ammette la risarcibilità di un danno in re ipsa** (v. Cass., Sez. Un., 11/01/2008, nn. 576, 582, 581, 582, 584; Cass., 11/11/2008, nn. 26972 - 26975; ma v. già Cass. 15/10/1999, n. 11629 e, in seguito, Cass. 21/07/2011, n. 15991; v. anche Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372; da ultimo, sia pure con riferimento al diverso e specifico tema del danno patrimoniale da occupazione illegittima, Cass., Sez. Un., n. 33645 del 15/11/2022).
La violazione degli obblighi informativi dovuti al paziente può dunque essere dedotta sia in relazione eziologica rispetto all'evento di danno rappresentato dalla lesione del diritto alla salute, sia in relazione all'evento di danno rappresentato dalla violazione del diritto all'autodeterminazione, sia, contemporaneamente, in relazione ad entrambi.
Con la precisazione che risarcibile non sarà, in sé, la lesione dell'integrità psico-fisica, ma le conseguenze pregiudizievoli da questa derivanti (danno patrimoniale - danno biologico - danno morale) nei termini fissati dalla giurisprudenza e che non è necessario in questa sede richiamare (v., tra le altre, Cass., 17/01/2018, n. 901; Cass., 27/03/2018, n. 7513; Cass. 28/09/2018, n. 23469).
Orbene, sotto il profilo della condotta lesiva la citata sentenza di questa Corte n. 16633/2023 ha di recente affermato che "Quel che rileva infatti, ai fini della valutazione da compiere sulla completezza delle informazioni da fornire al paziente, è che si tratti di evento correlabile alla prestazione sanitaria, la cui possibile verificazione sia comunque nota nella letteratura medica e come tale prevedibile, ancorché quale conseguenza di bassa frequenza statistica", come appunto, nel caso di specie, la recidiva di "pollice a scatto" accertata dal c.t.u.
E questo sempre in relazione al più generale principio secondo cui "l'omessa informazione assume di per sé carattere neutro sul piano eziologico, in quanto la rilevanza causale dell'inadempimento viene a dipendere indissolubilmente dalla alternativa "consenso/dissenso" che qualifica detta omissione".
6.2. E dunque, se, di regola, occorre allegare e provare, oltre alla violazione dell'obbligo informativo, anche che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di

sottoporsi all'intervento, è di converso ipotizzabile che, pur nel caso in cui possa presumersi che questi avrebbe prestato il consenso (o in cui comunque non v'è prova del contrario, come nella specie), egli non sia stato messo nelle condizioni di autonomamente determinarsi ed affrontarle consapevolmente (Cass. n. 7248 del 2018; Cass. n. 28895 del 2019). Anche in tale ipotesi, dunque, la violazione dell'obbligo informativo determina comunque la lesione del diritto all'autodeterminazione.

6.3. Così la recente pronuncia 12/06/2023, n. 16633 è quindi pervenuta espressamente ad affermare: **"Nell'ambito della responsabilità medicochirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi: I) se ricorrono a) il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico, è risarcibile il solo danno alla salute del paziente, nella sua duplice componente relazionale e morale, conseguente alla non corretta esecuzione, inadempiente o colposa, della prestazione sanitaria; II) se ricorrono a) il dissenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, è risarcibile sia, per intero, il danno, biologico e morale, da lesione del diritto alla salute, sia il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, cioè le conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, allegate e provate (anche per presunzioni); III) se ricorrono sia il dissenso presunto, sia il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), è risarcibile la sola violazione del diritto all'autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - dev'essere valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto; IV) se ricorre il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall'intervento, non è dovuto alcun risarcimento; V) se ricorrono il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente. (Nella fattispecie, la S.C., in relazione ad un caso di asportazione di ernia discale con aggravamento della sintomatologia dolorosa causata da fibromi e aderenze cicatriziali, ha confermato la decisione di merito che, ravvisando un consenso presunto, aveva riconosciuto un risarcimento equitativo per la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente).**

6.4. Orbene, nel caso di specie la sentenza impugnata, svolgendo correttamente il ragionamento presuntivo, come si è rilevato nello scrutinio del secondo motivo, ha ritenuto esistere un presunto mancato dissenso della paziente, odierna ricorrente, all'intervento.

In questo caso ci si viene a trovare in una delle ipotesi previste dal suindicato recente arresto del 2023 e cioè in una fattispecie in cui ricorrono -secondo quanto appunto motivato nella impugnata sentenza- il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, dato che, con motivata valutazione in fatto, il cui riesame è precluso in sede di legittimità, il giudice di merito ha ritenuto che l'intervento sia stato correttamente eseguito.

In tal caso, il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione sarà risarcibile qualora il paziente alleghi e provi -anche per presunzioni- che, dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione, gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente (v. anche Cass. n. 28985 del 2019, cit.).

6.5. La sentenza impugnata (v. p. 11) si limita invece a rilevare che "In relazione alla dedotta violazione del diritto all'autodeterminazione non risultano tuttavia specificamente allegate e provate dall'attrice le conseguenze, diverse dal danno alla salute, derivate alla medesima e ne va pertanto esclusa la risarcibilità in giudizio, in linea con le indicazioni della giurisprudenza sul punto che pone il relativo onere di allegazione e prova a carico della parte danneggiata", ed a richiamare precedenti pronunzie di questa Corte, in parte piuttosto risalenti e comunque superate dal nuovo più recente orientamento, di cui occorre tenere conto.

7. In conclusione, il primo ed il secondo motivo vanno rigettati, mentre va accolto il terzo; l'impugnata sentenza va pertanto cassata in relazione, con rinvio al Tribunale di Belluno, in persona di diverso Magistrato, per nuovo esame, in applicazione dei più recenti, suindicati, principi.

8. Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il primo ed il secondo motivo, accoglie il terzo.

Cassa in relazione l'impugnata sentenza e rinvia al Tribunale di Belluno, in persona di diverso Magistrato, anche per provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione il 20 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 18 settembre 2024.

Condizioni per il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, sentenza 18 settembre 2024, n. 25127; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Si può intervenire con un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale con prestazione delle cure in condizioni di degenza ospedaliera anche a prescindere dal consenso del paziente soltanto se sono contemporaneamente presenti tre condizioni: a) l'esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; b) la mancata accettazione da parte dell'infermo degli interventi terapeutici proposti; c) l'esistenza di condizioni e circostanze che non consentano di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extra-ospedaliere.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

8. - Il ricorso va complessivamente rigettato, per le considerazioni che seguono.
In relazione al trattamento sanitario obbligatorio, questa Corte ha avuto recentemente occasione di precisare, con l'ordinanza n. 509/2023 (richiamata dalla successiva Cass. n. 4000 del 2024), che:
- il trattamento sanitario obbligatorio è un evento straordinario -finalizzato alla tutela della salute mentale del paziente - che non deve essere considerato una misura di difesa sociale;
- esso può essere legittimamente disposto solo dopo aver esperito ogni iniziativa concretamente possibile - sia pur compatibilmente con le condizioni cliniche di volta in volta accertate e certificate in cui versa il paziente ed ove queste lo rendano possibile - per ottenere il consenso del paziente ad un trattamento volontario;
- si può intervenire con un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale con prestazione delle cure in condizioni di degenza ospedaliera anche a prescindere dal consenso del paziente soltanto se sono contemporaneamente presenti tre condizioni: a) l'esistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; b) la mancata accettazione da parte dell'infermo degli interventi terapeutici proposti; c) l'esistenza di condizioni e circostanze che non consentano di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extra-ospedaliere.
9. - Si è altresì ricostruito che il trattamento sanitario obbligatorio richiede una specifica ed articolata procedura, a tutela del paziente, che prevede:
- l'attivazione da parte di un medico (art. 33, comma 3, L. 833/1978), la cui proposta è convalidata da parte di un altro medico, dipendente pubblico, generalmente specialista in psichiatria (art. 34, comma 4), ed immediatamente comunicata al Sindaco;
- l'emanazione da parte del sindaco, nella sua qualità di autorità sanitaria, di una ordinanza esecutiva con cui viene disposto il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera, da emanarsi entro quarantotto ore dalla convalida (art. 35, comma 1);
-la notifica della stessa ordinanza (entro quarantotto ore dal ricovero) al giudice tutelare, che provvede (nelle successive quarantotto ore) a convalidare o meno il provvedimento, comunicandolo al sindaco (art. 35, comma 2); -la possibilità per la parte e per chi vi abbia interesse di impugnare il provvedimento del giudice tutelare dinanzi al Tribunale: ex art. 35, comma 8, L. 833/1978 "chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al Tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare". L'oggetto del giudizio di opposizione contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare è costituito, come rende evidente la collocazione della norma in esame all'interno di un articolo che regola le modalità di disposizione del trattamento sanitario obbligatorio, dalla verifica del fatto che la misura sia stata disposta in presenza di tutte le condizioni indispensabili per la sua adozione e nel rispetto dei tempi previsti.
Data la funzione dell'istituto, che incide sul diritto alla libertà personale per di più in situazioni di particolare vulnerabilità del soggetto destinatario delle misure, che rendono necessaria la momentanea limitazione della autonomia del paziente per salvaguardare l'incolumità del diretto interessato e delle persone con cui questi è a contatto, il relativo procedimento è estremamente articolato, al fine di assicurare che il ricorso al TSO, che costituisce una misura eccezionale, sia circoscritto ai casi strettamente necessari e sia assistito da una serie di garanzie e controlli: come descritto, il procedimento è attivato su impulso medico, si traduce nell'adozione di un provvedimento del sindaco che risponde agli specifici presupposti previsti dalla legge (riconducibili in generale ai poteri sindacali di emettere ordinanze in caso di necessità e urgenza), il quale a sua volta, incidendo su diritti soggettivi, è sottoposto al controllo del giudice ordinario, in particolare del giudice tutelare, e alla eventuale, ulteriore verifica di esso a mezzo di impugnazione ad impulso della parte interessata o di chi per essa vi abbia interesse, col ricorso al Tribunale.
Si tratta dunque di un provvedimento emesso all'esito di un procedimento articolato, che, pur emanato da una autorità amministrativa in materia sanitaria, essendo idoneo ad incidere direttamente su diritti soggettivi personalissimi, è soggetto alla verifica da parte del giudice ordinario e non del giudice amministrativo.
10. - Tutto ciò premesso sulla funzione dell'istituto e sul procedimento che lo regola, il ricorso è infondato.
Va premesso che il non aver proposto l'impugnazione del provvedimento amministrativo adottato nei suoi confronti non precludeva alla A.A. la possibilità di proporre l'azione risarcitoria, stante l'autonomia della azione risarcitoria a tutela dei propri diritti soggettivi da quella impugnatoria del provvedimento.
Nel caso di specie è pacifico che la A.A. non ha a suo tempo impugnato, nei termini di legge, il provvedimento del giudice tutelare che convalidava il trattamento sanitario obbligatorio. Ciò non le precludeva in alcun modo la possibilità di agire in

giudizio, non più per impugnare, direttamente, quel provvedimento contestando che fosse stato emesso in presenza dei presupposti di legge, e per ottenerne la caducazione previa declaratoria di illegittimità, né tanto meno per chiederne la disapplicazione in via principale, ma per ottenere il risarcimento del danno, seguendo l'autonoma strada dell'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c., e quindi dando la prova che in quella situazione fossero configurabili i presupposti dell'illecito civile: il fatto potenzialmente dannoso, l'evento di danno e le conseguenze dell'illecito (sugli elementi costitutivi dell'illecito civile e sulla distinzione tra danno evento, del quale va accertato il nesso di causalità materiale tra questo e il fatto illecito, e danno conseguenza, che va accertato secondo i principi della causalità giuridica, v. da ultimo Cass. n. 24954 del 2023).

10.2. - Ciò detto, ed avuto riguardo alla causa petendi dell'azione proposta dalla A.A., essa contiene anche l'azione di risarcimento dei danni per illegittima sottoposizione a TSO contro la volontà del destinatario della misura.

Nell'ambito dell'azione proposta, spettava al giudice di merito accertare -e tanto ha fatto la Corte d'Appello- se la A.A., in quella occasione, fosse comunque stata vittima di un comportamento illecito, in violazione di suoi diritti soggettivi, fonte per lei di danni risarcibili.

10.3. - Non avrebbe potuto accertare in via diretta la legittimità del provvedimento di TSO a suo tempo adottato, essendo scaduti i termini per la relativa impugnazione né tanto meno avrebbe potuto disapplicarlo in via principale, perché al giudice ordinario compete solo la facoltà di disapplicare in via incidentale l'atto amministrativo ove ritenuto illegittimo (qualora lo stesso sia ancora in grado di incidere negativamente sulla posizione del soggetto leso). Come già affermato infatti da questa Corte a Sezioni Unite, Il giudice ordinario deve, a fronte di un provvedimento amministrativo idoneo ad incidere su diritti soggettivi, limitarsi "a decidere la controversia valutando il provvedimento amministrativo denunziato, disattendendolo "tamquam non esset" e adottando i conseguenti provvedimenti idonei a rimuoverne gli effetti, ove confermato lesivo (nel caso a quel tempo esaminato dalla Corte, del principio di non discriminazione) od integrante gli estremi della illegittima reazione, senza tuttavia interferire nelle potestà della p.a., se non nei consueti e fisiologici limiti ordinamentali della disapplicazione incidentale ai fini della tutela dei diritti soggettivi controversi". (Cass. S.U. n. 3670/2011).

11. - Ciò premesso, sono in gran parte inammissibili, e sono anche infondate, le censure formulate col primo motivo.

Se la mancata impugnazione del provvedimento non preclude l'azione civile per il risarcimento del danno ingiusto riportato, non ha però senso invocare la disapplicazione del provvedimento all'interno del giudizio per l'azione risarcitoria, tanto più che si può richiedere la disapplicazione solo in via incidentale e finché il provvedimento amministrativo spieghi i suoi effetti, mentre essa non può essere fondatamente invocata, in riferimento ad un provvedimento che ha una efficacia limitata nel tempo (nel caso di specie, di sole 48 ore), dopo che lo stesso ha esaurito da anni i suoi effetti, né tanto meno è possibile chiedere la disapplicazione, in via principale, di un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo.

12. - Sono inammissibili anche le censure proposte col secondo motivo, perché dirette contro l'accertamento di merito che il giudice d'appello correttamente ha compiuto, per verificare se, a prescindere dalla mancata impugnazione del provvedimento di convalida, sussistessero elementi emergenti dagli atti, o sottoposti alla sua attenzione dalla appellante, in base ai quali poter ritenere accertato che la A.A. avesse subito, in quel frangente, una illegittima compressione dei suoi diritti. Il giudice d'appello lo ha fatto valutando autonomamente le circostanze di fatto, effettuando un accertamento di fatto con il quale ha confermato la congruità e la correttezza dell'attività medica preliminarmente svolta rispetto alla richiesta del TSO ed escluso che, nella sequenza degli avvenimenti risultante dagli atti, emergessero comportamenti atti ad inficiare la legittimità dell'intervento dei medici, che si traducessero in una illegittima limitazione della libertà personale della paziente e che potessero quindi costituire quel fatto illecito in relazione al quale la A.A. chiede il risarcimento. 13. - Il terzo motivo è sia inammissibile che infondato.

13.1. - Esso è inammissibile là dove contesta anch'esso l'accertamento in fatto, ampiamente sviluppato nella sentenza impugnata, sulla sussistenza dei presupposti per il TSO, ricostruendo che la paziente era stata accompagnata in ospedale dal 118, era indicata come aggressiva e come reduce da un tentativo di suicidio e recante segni di autolesionismo quali tagli sulle braccia.

La ricorrente ipotizza di essere stata sottoposta al trattamento sanitario obbligatorio soltanto perché si oppose fermamente al ricovero e minacciò di azioni legali lo psichiatra che minacciava di contenerla ma tali affermazioni non hanno trovato alcun riscontro nell'accertamento di merito contenuto nella sentenza impugnata.

13.2. - Il terzo motivo è poi anche infondato in diritto, là dove sostiene che esiste un arco di tempo durante il quale la paziente sarebbe stata illecitamente segregata, e colloca tale spazio tra la formulazione della proposta di TSO da parte dei medici, alla quale ha fatto seguito l'immediata messa in opera delle misure, di contenzione e terapeutiche, ritenute necessarie per preservare l'incolumità stessa della paziente, e l'adozione dell'ordinanza sindacale. In proposito, la ricorrente si limita ad affermare che tutte le attività precedenti all'adozione del provvedimento da parte del sindaco non sono legittime, perché è un provvedimento costitutivo e come tale non può essere retroattivo.

Come si è dianzi più analiticamente descritto, **il trattamento sanitario obbligatorio costituisce una eccezione alla regola della volontarietà della sottoposizione ad interventi medici, ed alla necessità che il paziente sia messo in grado di scegliere se sottoporsi o meno ad un determinato intervento a mezzo della formazione del consenso informato (sulla cui nozione e sullo stretto legame tra la formazione del consenso ed il rispetto della stessa dignità umana, v. sempre, fra tutte, Cass. n. 21748 del 2007), ammissibile nella sole ristrette ipotesi previste dalla legge (e analiticamente procedimentalizzato, a tutela del paziente). I casi nei quali si fa ricorso al TSO, e con esso a eventuali misure di contenzione e alla somministrazione forzata di farmaci, sono ipotesi eccezionali, presidiate da numerose garanzie a tutela del paziente e tuttavia caratterizzate dalla assoluta necessità e urgenza di intervenire a sua stessa tutela, per cui l'adozione immediata (ove sia legittima, in quanto confermata dall'ordinanza sindacale) di tali misure da un lato rientra nella scriminante dello stato di necessità, ex art. 54 c.p. e 2045 c.c., dall'altro l'intervento medico ha un senso, in queste ipotesi eccezionali, proprio in quanto sia immeditato. Rimarrebbe altrimenti del tutto vanificata la sua funzione, di preservare l'integrità del paziente e delle persone con le quali questi interagisce, se i medici, che pur ne indicano la necessità assumendosi le relative responsabilità, non potessero adottare alcuna misura**

finché il sindaco non abbia, previa verifica della necessità e urgenza, adottato l'ordinanza. Diversamente opinando, poiché quella sottesa all'adozione di un TSO è una situazione eccezionale in cui l'agitazione del paziente potrebbe nuocere prima di tutto a lui stesso e poi agli altri, se si dovesse necessariamente attendere l'adozione della ordinanza sindacale per legittimamente sottoporre a misura di contenzione o a un trattamento terapeutico imposto il paziente la cui situazione rientri nei presupposti di legge, la misura sarebbe nella maggior parte dei casi inutile perché lo stato di agitazione verrebbe affrontato ad ore di distanza, durante le quali il paziente avrebbe potuto porre in essere tutti quei comportamenti autolesionistici e pericolosi per gli altri che i medici hanno previsto e segnalato come tali.

Se l'ordinanza sindacale non venisse emessa, perché non ritenuto necessario il trattamento restrittivo, o non fosse convalidata dal giudice tutelare, i medici potrebbero invece rimanere esposti alle conseguenze delle attività restrittive disposte avventatamente, venendo meno la scriminante dello stato di necessità.

14. - Il quarto motivo è infondato. Non di omessa pronuncia si tratta, ma di implicita valutazione negativa da parte della Corte d'Appello, che ha ritenuto legittimo l'intervento dei medici, dei presupposti per la configurabilità di una loro responsabilità penale proprio perché si è ritenuto che abbiano legittimamente agito in presenza di uno stato di necessità.

15. - Il quinto motivo è infondato. La Corte d'Appello correttamente ha soggiunto che la ricorrente, in ogni caso, non avesse né allegato né provato il danno, né la stessa in questa sede richiama allegazioni specifiche né tanto meno documenti prodotti e non valutati, o prove costituende delle quali aveva chiesto l'ammissione che non siano state ammesse.

16. - Anche il sesto motivo è infondato.

La Corte d'Appello non è incorsa nella violazione di legge denunciata, avendo fatto corretta applicazione del principio, richiamato da ultimo da Cass. n. 2956 del 2024, secondo il quale in caso di più parti aventi la medesima posizione processuale assistite dal medesimo avvocato, "... l'art. 4, comma 2, del D.M. n. 55 del 2014, che prevede la spettanza di un solo compenso, ma maggiorato, è applicabile anche nel caso in cui l'avvocato assista più soggetti contro le domande proposte da più parti, sussistendo, anche in tal caso, la ratio della norma, da individuarsi nell'esigenza di remunerare l'avvocato in misura maggiore quando maggiore è stato il suo impegno, evitando, al contempo, una duplicazione del compenso a fronte di un'attività solo formalmente reiterata, ma sostanzialmente unitaria... La Corte d'Appello non ha duplicato le spese di lite, che sono state liquidate in favore dei tre gruppi di appellati né la ricorrente chiarisce se il B.B. e l'Azienda ospedaliera, che si erano congiuntamente costituiti in appello ed in favore dei quali era stata prevista una unica liquidazione, le abbiano chiesto separatamente la rifusione delle spese di appello con una duplicazione delle stesse.

17. È fondato invece il ricorso incidentale proposto dagli eredi C.C., in quanto la domanda della A.A. non aveva valore indeterminabile ma, come traspare chiaramente dalle conclusioni richiamate nella sentenza impugnata, la stessa aveva chiesto di essere risarcita di un danno pari ad Euro 983.712,00. La liquidazione nella misura di 6.000 Euro si pone quindi al di sotto dei minimi nello scaglione corrispondente, quello del valore da 520.000 a 1.000.000,00 di euro.

18. - Conclusivamente, il ricorso principale deve essere rigettato, il ricorso incidentale è accolto, la sentenza impugnata è cassata in relazione e la causa può essere decisa nel merito, ex art. 384, secondo comma, c.p.c., non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, liquidando per le spese del grado di appello in favore degli eredi C.C. l'importo di Euro 13.000,00, oltre 200,00 per esborsi, contributo forfettario ed accessori.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come al dispositivo.

Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale. Accoglie il ricorso incidentale. Cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, liquida in favore di D.D. e C.C. le spese del giudizio di appello nella misura di Euro 13.000,00 per compensi ed Euro 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori.

Pone a carico della parte ricorrente le spese di giudizio sostenute dalle parti controricorrenti, e le liquida in complessivi Euro 8.000,00 ciascuno oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 20 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 18 settembre 2024.

Responsabilità medica e giudizio di causalità sull'evento lesivo

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 21 ottobre 2024, n. 27142; Pres. Travaglino; Rel. Fiecconi

In tema di responsabilità medica, ove le carenze colpose della condotta del medico, tipicamente omissive e astrattamente idonee a causare il pregiudizio lamentato, abbiano reso impossibile l'accertamento del nesso eziologico, tale deficit, non potendo logicamente riflettersi a danno della vittima, sia pur in generale onerata della dimostrazione del rapporto causale, rileva non solo in punto di accertamento della colpa ma anche al fine di ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

20. In merito, **va richiamato il principio espresso dalle pronunce della Corte Suprema di cassazione (Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28991 e Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28992), con cui è stato affrontato in maniera organica il tema dell'accertamento e degli oneri probatori in ordine al nesso di causalità chiarendo, che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno conseguenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione. In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore), ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato). Ove, , come nel caso in questione, sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione. La causalità attiene, infatti, al collegamento naturalistico fra fatti accertati sulla base delle cognizioni scientifiche del tempo ovvero su basi logico-inferenziali. Essa attiene alla relazione probabilistica (svincolata da ogni riferimento alla prevedibilità soggettiva) tra condotta ed evento di danno (e fra quest'ultimo e le conseguenze risarcibili), da ricostruirsi secondo un criterio di regolarità causale, integrato, se del caso, da quelli dello scopo della norma violata e dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dell'evento, mentre su un piano diverso si colloca la dimensione soggettiva dell'imputazione. Quest'ultima corrisponde all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore, che è rappresentato dall'inadempienza nella responsabilità contrattuale e dalla colpa o il dolo in quell'aquiliana (salvo i casi di imputazione oggettiva dell'evento nell'illecito aquiliano - artt. 2049,2050,2051 e 2053 c.c.). 21. Al proposito, questa Suprema Corte, nelle citate pronunce, ha altresì affermato che la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali e dunque il creditore di prestazione professionale che alleghi un evento di danno alla salute, non solo deve provare quest'ultimo e le conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate (c.d. causalità giuridica del "più probabile che non"), ma deve provare anche, avvalendosi eventualmente pure di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, impregiudicata la natura di inadempienza di quella condotta, inadempienza che al creditore spetta solo di allegare. Una volta assolto tale onere probatorio, sorgono gli oneri probatori del debitore, il quale deve provare o l'adempimento o che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo (cfr. Cass. 18392/2017, in motivazione). Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il nesso di causalità materiale che il creditore della prestazione professionale deve provare è quello fra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie; il nesso eziologico che invece spetta al debitore di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, è quello fra causa esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176, comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218).**

22. Su tali premesse, con riferimento al caso in esame deve essere confermato l'orientamento secondo il quale ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso i l'esatta esecuzione della prestazione. Ne discende che, se resta ignota anche mediante l'utilizzo di presunzioni la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale; se invece resta ignota la causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza

professionale, ovvero resta indimostrata l'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul debitore (cfr. Cass. 18392/2017, in motivazione).

23. Sicché**, in tema di responsabilità medica, ove le carenze colpose della condotta del medico, tipicamente omissive e astrattamente idonee a causare il pregiudizio lamentato, abbiano reso impossibile l'accertamento del nesso eziologico, tale deficit, non potendo logicamente riflettersi a danno della vittima, sia pur in generale onerata della dimostrazione del rapporto causale, rileva non solo in punto di accertamento della colpa ma anche al fine di ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente (Cass. Sez. 3 -, Ordinanza n. 34427 del 11/12/2023). Il giudizio di causalità sull' evento lesivo, tenuto conto di tutte le risultanze del caso concreto nella loro irripetibile singolarità, è pertanto da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)** (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21530 del 27/07/2021) .

24. Ritiene pertanto il Collegio che, nel caso di specie, il ragionamento della Corte di merito non sia censurabile, in quanto effettuato attraverso un attento e compiuto esame delle circostanze riferite dai CTU alla luce dei criteri di cui sopra, senza alcuna omissione di dati rilevanti, e ciò al fine della valutazione del nesso causale, compiuta sulla base dell' accertato errore in cui sono incorsi i chirurghi, i plurimi interventi riparatori che sono susseguiti infruttuosamente e l'insorgenza della cardiomiopatia ipocinetica dopo lo shock cardiogeno occorso nell'ultimo intervento, con severa compromissione della funzione sistolica, tutte circostanze astrattamente idonee, in carenza di fattori alternativi estranei alla condotta dei medici, a causare il pregiudizio lamentato (il decesso) in termini di preponderanza dell'evidenza.

25. Tale giudizio non deve necessariamente coincidere con il giudizio finale dei CTU in ordine alla causa del decesso, da cui la Corte di merito si è ragionevolmente discostata, evidentemente riposto su un criterio di non raggiunta certezza scientifica circa la causa della morte, avvenuta per arresto circolatorio a distanza di alcuni mesi dagli interventi chirurgici accertati come non eseguiti a regola d'arte. Difatti la Corte territoriale ha sottolineato come i CTU, pur sostenendo che non sia possibile affermare che una diversa condotta avrebbe in termini di maggiore probabilità evitato il decesso, anche per la mancanza di dati precisi in merito alla causa della morte, abbiano cionondimeno dichiarato che il paziente ha perso, per effetto della condotta imprudente dei sanitari, delle chance che statisticamente aveva di sopravvivenza, ritenendo così provati i fatti materiali sui quali fondare ragionevolmente, secondo il principio del "più probabile che non", la convinzione della sussistenza del nesso causale tra le plurime condotte di malpractice dei sanitari e la morte del D.D.

26. Per le medesime ragioni, la motivazione della decisione appare in conformità al requisito di "minimo costituzionale" richiesto ai fini della valutazione della sua compiutezza e sufficienza (Cass, SU 8053/2014), con assorbimento delle ulteriori censure.

27. Quanto al ricorso principale dei fratelli E.E. deve rilevarsi la fondatezza dei motivi con cui denunciano il mancato rilievo di dati fattuali incontroversi ai fini del riconoscimento del danno parentale, nonché la violazione dei criteri indicati dalla giurisprudenza ai fini della valutazione del danno parentale. Il rigetto della domanda di riconoscimento del danno morale jure proprio si fonda sull'assunto che i figli del deceduto erano in un'età pienamente adulta relativamente alla quale non possono ritenersi presumibili né la perdurante dipendenza economica né la convivenza con i genitori e che nulla sia stato specificato in sede di allegazione circa la natura e intensità della relazione con il padre, e ciò a differenza della moglie convivente che lo ha assistito in tutto il percorso ospedaliero.

28. Va osservato che questa Corte ha indicato in plurime occasioni che **la natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, come predicata dalle sezioni unite della S.C. con la sentenza n. 26972 del 11/11/2008, deve essere interpretata, rispettivamente, nel senso di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica e come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie, attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità, procedendo ad un accertamento concreto e non astratto, dando ingresso a tutti i mezzi di prova normativamente previsti, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni** (Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 25541 del 30/08/2022; Cass. Sez. 3 Sez. 3 - , Sentenza n. 901 del 17/01/2018; Cass. Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008).

29. È stato altrettanto chiarito che, **in tema di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, sussiste una presunzione iuris tantum di esistenza del pregiudizio configurabile per i membri della famiglia nucleare "successiva" (coniuge e figli) che si estende anche ai membri della famiglia "originaria" (genitori e fratelli), senza che assuma ex se rilievo il fatto che la vittima ed il superstite non convivessero o che fossero distanti; tale presunzione impone al terzo danneggiante l'onere di dimostrare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, con conseguente insussistenza in concreto dell'aspetto interiore del danno risarcibile (c.d. sofferenza morale) derivante dalla perdita, ma non riguarda, invece, l'aspetto esteriore (c.d. danno dinamico-relazionale), sulla cui liquidazione incide la dimostrazione, da parte del danneggiato, dell'effettività, della consistenza e dell'intensità della relazione affettiva (desunta dalla coabitazione o da altre allegazioni fornite di prova)** (cfr. Cass. Sez. 3 - , Ordinanza n. 5769 del 04/03/2024; Cass. Sez. 3 -, Sentenza n. 22397 del 15/07/2022; Cass. Sez. 6 -3, Ordinanza n. 26440 del 08/09/2022).

30. Posto quanto sopra in termini di an deabeatur, al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, **il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul "sistema a punti", che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella** (Cass. Sez. 3 - , Ordinanza n. 26300 del

29/09/2021; Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 26440 del 08/09/2022).

31. Atteso che, con riferimento al caso di specie, il danno morale subito dai figli non è stato messo in discussione dalla convenuta, la sentenza è certamente errata sotto questo profilo. Quanto alla ulteriore componente del danno dinamico - relazionale, la Corte territoriale non ha dimostrato di avere tenuto adeguatamente conto dei fatti allegati sin dal primo atto, da cui è presuntivamente desumibile l'intensità della relazione dei figli con il padre all'interno della famiglia nucleare, in virtù della stretta relazione parentale tra i figli, giovani adulti con il medesimo ancora conviventi, e il padre, prematuramente scomparso, atteso che il grado di parentela non è stato messo in discussione. Risulta pertanto del tutto contraddittoria perché non idoneamente correlata alle circostanze allegate, la motivazione, là dove, confondendo l'an debeatur con il quantum debeatur, assume che lo sforzo di allegazione di parte attrice è stato del tutto insufficiente e fondato su allegazioni generiche, solo per il fatto che non sono presumibili né la perdurante dipendenza economica (circostanza marginale in tale ambito di valutazione), né la convivenza che, come visto, non appare neanche quale elemento essenziale ai fini del decidere. Lo stato di filiazione, del tutto pretermesso, avrebbe dovuto essere preso in considerazione ai fini della configurazione di un danno parentale; mentre sul piano del quantum del risarcimento, la Corte di merito avrebbe avuto ampia discrezionalità nel decidere secondo i criteri sopra enunciati, tenendo conto dei fatti allegati in ordine alla natura e intensità della relazione con il padre.

32. Conclusivamente, la Corte accoglie i motivi del ricorso principale per quanto di ragione; respinge il ricorso incidentale; per l'effetto cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Torino in diversa composizione, demandando di decidere sul danno parentale alla luce dei criteri sopra indicati, oltre alla regolamentazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

accoglie il ricorso principale, per quanto di ragione; respinge il ricorso incidentale; per l'effetto cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Torino in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente in via incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, il 09 settembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 21 ottobre 2024.

Responsabilità medica *ante* L. n. 24/2017 e riparto dell'onere della prova

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 24 ottobre 2024, n. 27579; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Nelle fattispecie di responsabilità medica non sottoposte al nuovo regime introdotto dalla L. n. 24/2017 (la quale non trova applicazione in ordine ai fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore), il regime probatorio si articola nel senso che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato, mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile.

... Omissis ...

Motivi della decisione

A. Preliminarmente, va dichiarata l'inammissibilità delle memorie depositate dal controricorrente A.A. nella parte in cui contraddicono alle censure proposte con ricorso incidentale da B.B.

Costituisce ius receptum nella giurisprudenza di questa Corte il principio secondo cui la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddirvi, deve farlo mediante controricorso contenente, ai sensi dell'art. 366 cod. proc. civ. (richiamato dall'art. 370, secondo comma, cod. proc. civ.), l'esposizione delle ragioni atte a dimostrare l'infondatezza delle censure mosse alla sentenza impugnata dal ricorrente; in mancanza di tale atto, essa non può presentare memoria, ma solamente partecipare alla discussione orale (tra le altre, Cass. 11/06/2004, n. 11160; Cass. 20/04/2012, n. 6222; Cass. 09/02/2023, n. 4049).

Poiché, come si è rilevato, A.A. non ha risposto con controricorso al ricorso incidentale di B.B., le memorie da lui depositate devono, in parte qua, essere dichiarate inammissibili.

B.1. Con il primo motivo del ricorso principale viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 2697 cod. civ.".

La società ricorrente lamenta che, in contrasto con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di riparto dell'onere probatorio tra medico e paziente, la Corte d'Appello abbia fatto discendere l'accertamento della responsabilità dei convenuti automaticamente dalle riscontrate carenze della cartella clinica, omettendo di considerare che i tre accertamenti tecnici espletati, da un lato, avevano concordemente escluso "il raggiungimento della prova del nesso di causalità materiale e giuridica a carico dell'attore", dall'altro lato, avevano, sempre concordemente, ritenuto sussistente "la prova della correttezza della prestazione resa e dell'inevitabilità della complicanza verificatasi".

B.1.1. Il motivo è inammissibile.

B.1.1.a. Secondo il consolidato orientamento di questa Corte, **nelle fattispecie di responsabilità medica non sottoposte al nuovo regime introdotto dalla legge n. 24 del 2017 (la quale non trova applicazione in ordine ai fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore: Cass. 08/11/2019, n. 28811; Cass. 11/11/2019, n. 28994), il regime probatorio si articola nel senso che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato (Cass. 07/12/2017, 29315; Cass. 15/02/2018, n. 3704; Cass. 20/08/2018, n. 20812), mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile (Cass. 26/07/2017, n. 18392; Cass. 23/10/2018, n. 26700; Cass. 24/05/2019, n. 14335).**

In particolare, nell'ipotesi - come quella in esame - in cui il paziente faccia valere la responsabilità del medico e della struttura sanitaria per i danni derivatigli da un intervento che si assume svolto in spregio alle leges artis, l'attore è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta del medico e l'evento dannoso, consistente nella lesione della salute e nelle altre lesioni ad essa connesse (nella specie, l'aggravamento della patologia retinica con perdita sostanziale del visus); è, invece, onere dei convenuti, ove il predetto nesso di causalità materiale sia stato dimostrato, provare o di avere eseguito la prestazione con la diligenza, la prudenza e la perizia richieste nel caso concreto, o che l'inadempimento (ovvero l'adempimento inesatto) è dipeso dall'impossibilità di eseguirla esattamente per causa ad essi non imputabile (Cass. 26/11/2020, n. 26907; Cass. 29/03/2022, n. 10050; Cass. 17/07/2023, n. 20707).

B.1.1.b. Nella fattispecie in esame, questi principi sono stati correttamente applicati dalla Corte di merito.

Il giudice d'appello, infatti, come si è veduto, si è anzitutto posto il problema se l'attore avesse debitamente assolto l'onere di provare il nesso eziologico tra l'aggravamento della sua patologia e la condotta del professionista: a tale problema ha dato risposta affermativa, traendo argomento, non già dall'incompletezza della cartella clinica - come inesattamente sostenuto dalla società ricorrente -, bensì dalla documentazione medica in atti (da cui era emerso, in particolare, il peggioramento del quadro clinico in esito alla diagnosi in ingresso formulata il 22 novembre 2004 al momento del ricovero presso la Clinica Oculistica (Omissis), con il riscontro di una "tractionis ablatio retinae sub-totale" e di un valore di visus residuo all'occhio destro 1/40), nonché dalle risultanze delle indagini peritali - erroneamente ritenute trascurate dalla società ricorrente -, le quali avevano concordemente riconosciuto che la perdita del visus era dipesa dall'insorgenza di proliferazione vitreo-retinica (PVR) post-operatoria e dalla recidiva del distacco di retina seguite all'intervento; al riguardo, correttamente non si è dato rilievo, ai fini della prova del nesso causale (che rientra nella sfera dell'onere probatorio del paziente), alla circostanza che i

consulenti avessero qualificato tali fenomeni alla stregua di complicanze, giacché il carattere, evitabile o no, della complicanza attiene alla prova della correttezza dell'adempimento in alternativa a quella della causa non imputabile; prova che rientra, invece, nella sfera dell'onere probatorio del medico e della struttura.
Accertata la sussistenza del nesso causale, altrettanto correttamente la Corte di merito si è posta il problema se i convenuti avessero dato la prova della diligente, prudente e perita esecuzione della prestazione professionale o, in alternativa, dell'impossibilità di eseguirla esattamente per causa ad essi non imputabile: a questo problema ha dato risposta negativa, tenendo conto, non solo delle carenze riscontrate nella cartella clinica in ordine alle eventuali indagini cliniche e anamnestiche pre-operatorie (la mancanza delle quali aveva indotto il dubbio sull'esattezza della diagnosi), ma anche - contrariamente a quanto reputato dalla ricorrente - delle risultanze delle indagini peritali, alla stregua delle quali era sorto l'ulteriore dubbio sulla correttezza della scelta della terapia chirurgica, che avrebbe esposto il paziente ad un alto rischio di recidiva e di proliferazione vitreo-retinica.
Infine, la Corte di merito ha escluso che il professionista avesse assolto l'onere di provare il carattere inevitabile delle complicanze, tra l'altro mancando anche la dimostrazione di una corretta gestione post-operatoria.
B.1.1.c. Avuto riguardo, per un verso, alla circostanza che la Corte territoriale ha condotto l'accertamento di merito nel pieno rispetto dei principi enunciati da questa Corte in ordine al regime di riparto dell'onere probatorio, nonché, per altro verso, all'ulteriore circostanza che il predetto accertamento è stato debitamente e coerentemente motivato, il motivo di ricorso in esame è inammissibile, poiché, ad onta della formale intestazione, attiene, nella sostanza, a profili di fatto e tende a suscitare dalla Corte di cassazione un nuovo giudizio di merito in contrapposizione a quello espresso dalla Corte di appello, omettendo di considerare che tanto l'accertamento dei fatti, quanto l'apprezzamento - ad esso funzionale - delle risultanze istruttorie è attività riservata al giudice del merito, cui compete non solo la valutazione delle prove ma anche la scelta, insindacabile in sede di legittimità, di quelle ritenute più idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi (Cass. 04/07/2017, n. 16467; Cass. 23/05/2014, n. 11511; Cass. 13/06/2014, n. 13485; Cass. 15/07/2009, n. 16499).
B.2. Con il secondo motivo del ricorso principale viene denunciato, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., l'"omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".
B.3. Il motivo presenta elementi di connessione col (e va pertanto esaminato unitamente al) terzo motivo, con cui si denuncia il medesimo vizio.
Con entrambi i motivi si imputa alla Corte d'Appello di essersi discostata dalle conclusioni dei consulenti tecnici senza fornire specifica motivazione delle ragioni di tale scostamento.
Si evidenzia, precisamente, con il secondo motivo, che gli stessi consulenti, pur considerando le lacune della cartella clinica, avevano nondimeno "ritenuto di poter formulare una valutazione in temini di esclusione della responsabilità del personale sanitario"; si osserva, poi, con il terzo motivo che erroneamente, avuto riguardo all'esito delle CTU, era stato fatto derivare dall'insorgenza della complicanza post-operatoria "l'automatico accertamento della riconducibilità del progressivo deterioramento del visus sino alle condizioni attuali al primo intervento chirurgico eseguito dal dott. B.B.", laddove le indagini tecniche avevano individuato precisi possibili fattori causali alternativi, con particolare riferimento "al grave ritardo con cui il A.A. si sottoponeva alla rimozione dell'olio di silicone".
B.3.1. Anche questi motivi sono inammissibili.
B.3.1.a. Il "fatto" di cui può denunciarsi con ricorso per cassazione l'omesso esame, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., deve essere un fatto storico vero e proprio avente carattere di fatto principale, ex art. 2697 cod. civ. (ovverosia, un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del diritto azionato) o di fatto secondario (cioè un fatto dedotto in funzione di prova di un fatto principale) e deve altresì possedere i due necessari caratteri dell'essere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia) e dell'aver formato oggetto di controversia tra le parti (Cass., Sez. Un., 07/04/2014, n. 8053 e succ. conf.; v., ex aliis, Cass. 08/09/2016, n. 17761; Cass. 29/10/2018, n. 27415).
Pertanto, non costituisce omissione censurabile, ai sensi della norma richiamata, l'omesso esame di elementi istruttori qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie; del pari, la critica concernente l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio non può ricomprendere "questioni" o "argomentazioni", sicché sono inammissibili le censure che, irritualmente, estendano il paradigma normativo a quest'ultimo profilo (Cass. 06/09/2019, n. 22397; Cass. 18/10/2018, n. 26305).
B.3.1.b. Nella fattispecie, la critica secondo la quale la Corte di merito si sarebbe immotivatamente discostata dalle risultanze peritali è fondata su un assunto erroneo, posto che al contrario, come si è veduto, il giudice del merito ha tratto il proprio convincimento (soprattutto) dagli esiti delle indagini tecniche e dalle conclusioni dei periti, sebbene sulla base di un - peraltro doveroso - motivato vaglio critico; la critica circa la pretermissione di fattori causali alternativi asseritamente individuati dai consulenti è pretestuosa, sia perché la circostanza del ritardo con cui A.A. si recò nella clinica tedesca per rimuovere l'olio siliconico è stata specificamente considerata dalla Corte d'Appello (che ha ritenuto non provata l'imputabilità del ritardo medesimo a sua negligenza), sia perché il giudizio sul nesso causale è stato formulato in relazione alla diagnosi d'ingresso nell'ospedale tedesco del 22 novembre 2004, allorché era stato riscontrato un peggioramento clinico rispetto al precedente 16 ottobre, con visus residuo di 1/40; in ogni caso, le doglianze sono inammissibili perché esorbitano dai confini del sindacato di legittimità, invocando indebitamente la censura dell'accertamento di merito.

B.4. Con il quarto motivo viene denunciata, si sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 1223 e 2697 cod. civ.".
La mancata considerazione di fattori causali alternativi viene dedotta anche sub specie di violazione di legge, censurandosi la sentenza impugnata per non aver posto "l'incertezza in merito ai fattori che hanno determinato il progressivo peggioramento della perdita del visus del paziente a carico dell'originario attore".
B.4.1. Anche il quarto motivo è inammissibile, dovendosi richiamare integralmente quanto è stato appena sopra osservato in relazione al terzo motivo.
B.5. Con il quinto motivo viene denunciato, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., "error in procedendo per motivazione

apparente, illogica, perplessa e incomprensibile e conseguente violazione dell'art. 132, II comma n. 4 c.p.c.".
La sentenza d'appello è censurata nella parte in cui ha escluso la prova dell'imputabilità a A.A. del ritardo con cui egli si era recato nella clinica tedesca per rimuovere l'olio siliconico.
B.5.1. Anche questo motivo è inammissibile.
B.5.1.a. In seguito alla riformulazione dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., disposta dall'art. 54 del decreto-legge n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012, non sono più ammissibili nel ricorso per cassazione le censure di insufficienza della motivazione della sentenza di merito impugnata, in quanto il sindacato di legittimità attiene all'esistenza in sé della motivazione e alla sua coerenza, e resta circoscritto alla verifica del rispetto del "minimo costituzionale" richiesto dall'art. 111, sesto comma, Cost. e, nel processo civile, dall'art. 132 n. 4 cod. proc. civ., la cui violazione - deducibile in sede di legittimità quale nullità processuale ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ. - sussiste qualora la motivazione sia totalmente mancante o meramente apparente, ovvero si fondi su un contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, o risulti perplessa ed obiettivamente incomprensibile, purché il vizio emerga dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali (Cass., Sez. Un., 07/04/2014, nn. 8053 e 8054; Cass. 12/10/2017, n. 23940; Cass. 25/09/2018, n. 22598; Cass. 03/03/2022, n. 7090).
B.5.1.b. Nella vicenda in esame, al di là della già evidenziata irrilevanza della circostanza (atteso che il giudizio di causalità è stato formulato in relazione alla data del 22 novembre 2022, momento di ingresso del paziente nella struttura tedesca, allorché già il visus era risultato ridotto nella misura di 1/40), non sussiste alcuno dei difetti di coerenza della motivazione; alla stessa stregua dell'illustrazione del motivo di ricorso (che per tale ragione è paralizzato da una sanzione di inammissibilità), non si integra, poi, l'essenziale condizione che esige che il dedotto vizio emerga dalla sentenza impugnata, poiché la presunta illogicità della motivazione viene affermata in relazione agli esiti degli accertamenti tecnici.
B.6. Con il sesto motivo viene denunciato, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., "error in procedendo per violazione degli artt. 62 e 194 c.p.c. nonché dell'art. 183 c.p.c. e dell'art. 2735 cod. civ.".
La sentenza d'appello viene censurata nella parte in cui ha escluso di poter desumere la prova del carattere inevitabile delle complicanze dalle considerazioni svolte dal collegio peritale in ordine alla proliferazione vitreo-retinica insorta dopo l'intervento, sul presupposto che si trattasse di considerazioni basate su documentazione sanitaria nuova, non allegata dalle parti ma acquisita dai consulenti presso la clinica oculistica tedesca ove A.A. si era sottoposto a successivi interventi.
La ricorrente deduce che la documentazione in questione tendeva all'accertamento di un fatto secondario (esiti di interventi successivamente eseguiti dal danneggiato presso un'altra struttura) e dava conto del fatto che la proliferazione vitreo-retinica costituisce una complicanza inevitabile, la quale, secondo l'univoca letteratura scientifica, non può essere imputata a imperizia, imprudenza o negligenza dell'operatore.
B.6.1. Anche questo motivo è inammissibile.
Anzitutto, lo specifico accertamento peritale non era stato invocato per provare un fatto secondario, bensì il fatto principale estintivo posto a fondamento dell'eccezione di adempimento.
In secondo luogo, il motivo difetta di decisività, in quanto la generale dimostrazione - desumibile dalla documentazione posta a fondamento delle considerazioni peritali asseritamente pretermesse dal giudice del merito - che la proliferazione vitreo-retinica integri, secondo la letteratura scientifica, una complicanza non ascrivibile a colpa del sanitario nulla avrebbe detto in ordine alla effettiva evitabilità o inevitabilità della stessa nel caso concreto.
Infatti, **nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ., non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile (Cass. 29/11/2022, n. 35024; in precedenza, già Cass. 30/06/2015, n. 13328).**
B.7. Con il settimo motivo viene denunciato, si sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., l'"omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".
La sentenza impugnata è censurata per avere omesso di considerare quanto accertato dai diversi consulenti incaricati nei due gradi di merito in tema di inevitabilità della complicanza della proliferazione vitreo-retinica.
B.7.1. Anche questo motivo è inammissibile.
Va ribadito, in particolare, quanto già osservato in ordine al "fatto" di cui può denunciarsi con ricorso per cassazione l'omesso esame, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., il quale deve essere un fatto storico vero e proprio, sicché non è deducibile, sub specie di omesso esame, la presunta pretermissione di conclusioni peritali.
D'altra parte, si è pure evidenziata l'irrilevanza della nozione scientifica di complicanza in relazione al contenuto della prova liberatoria richiesta al medico, avente ad oggetto la causa non imputabile che ha determinato, in concreto, l'inesatto adempimento della prestazione professionale.
B.8. Con l'ottavo motivo viene denunciato, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., "error in procedendo per motivazione apparente, illogica, perplessa e incomprensibile e conseguente violazione dell'art. 132, II comma n. 4 c.p.c.".
La ricorrente sostiene che, in ragione dell'autonomia riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità al danno morale, quale specifica voce di danno non patrimoniale distinta dal danno biologico, la Corte territoriale avrebbe dovuto specificamente motivare in ordine all'effettiva allegazione e dimostrazione, se del caso anche in via presuntiva, di una sofferenza soggettiva da parte del paziente. Tale motivazione sarebbe invece mancata, poiché il giudice d'appello si sarebbe limitato, sul punto, alla pedissequa applicazione delle tabelle milanesi in ordine alla liquidazione del danno non patrimoniale relativo alla "sofferenza soggettiva".
B.8.1. Anche questo motivo è inammissibile, alla luce di quanto si è già sopra osservato in ordine ai presupposti di deducibilità per cassazione del vizio di motivazione costituzionalmente rilevante.
In ogni caso, giova ricordare che la liquidazione in via equitativa del danno morale soggettivo - quale autonoma voce di pregiudizio non patrimoniale - è suscettibile di rilievi in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione,

solo se difetti totalmente di giustificazione o si discosti sensibilmente dai dati di comune esperienza, o sia fondata su criteri incongrui rispetto al caso concreto o radicalmente contraddittori, ovvero se l'esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto (Cass. 03/11/2021, n. 31358).

In definitiva, il ricorso principale proposto da AMISSIMA ASSICURAZIONI Spa va dichiarato inammissibile.

C. Passando al ricorso incidentale proposto da B.B., va preliminarmente rilevato che esso, per un verso, riveste le forme dell'impugnazione "adesiva" (non già "oppositiva") rispetto a quella principale proposta da AMISSIMA ASSICURAZIONI Spa e, per l'altro, che è stato notificato (tardivamente) in data 31 dicembre 2021, dunque dopo la scadenza del termine di sessanta giorni previsto dall'art. 325 cod. proc. civ., atteso che la sentenza d'appello, pubblicata il 15 settembre 2021 e notificata in data 22 settembre 2021, avrebbe potuto essere impugnata con ricorso per cassazione entro il 22 novembre 2021.

Sulla base di questi rilievi, come si è detto, con ordinanza interlocutoria n. 6781/2024 la trattazione del ricorso era stata rinviata in attesa della decisione delle Sezioni Unite di questa Corte sulla questione - oggetto di contrasto - se le regole dettate in tema di impugnazione incidentale tardiva dall'art. 334 cod. proc. civ. (secondo cui tale impugnazione può essere proposta anche dopo il decorso del termine ordinariamente previsto o allorché la parte abbia fatto acquiescenza alla sentenza) operino esclusivamente con riguardo all'impugnazione incidentale in senso stretto (cd. impugnazione incidentale oppositiva), e cioè a quella proveniente dalla parte "contro" la quale è stata proposta l'impugnazione principale (o da quelle chiamate ad integrare il contraddittorio ex art. 331 cod. proc. civ.), oppure anche con riguardo all'impugnazione incidentale (cd. impugnazione incidentale adesiva) fondata sui medesimi motivi dell'impugnazione principale, allorché quest'ultima metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza cui la parte non impugnante aveva prestato acquiescenza.

Il contrasto, come pure si è accennato, è stato composto con la sentenza 28/03/2024, n. 8486, con cui, ribadendo un precedente orientamento, già espresso dalle stesse Sezioni Unite con la sentenza 27/11/2007, n. 24627, il massimo consesso di questa Corte ha affermato il principio secondo cui "l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche quando rivesta le forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte destinataria dell'impugnazione principale, in ragione del fatto che l'interesse alla sua proposizione può sorgere dall'impugnazione principale".

Ciò, sul presupposto che nel caso di condanna in solido di più coobbligati, la scindibilità del cumulo di cause in sede di gravame (arg. ex art. 332 cod. proc. civ. e 1306, primo comma, cod. civ.) legittima il coobbligato solidale acquiescente a cui venga notificata l'impugnazione principale a proporre l'impugnazione incidentale tardiva ai sensi dell'art. 334, primo comma, cod. proc. civ. (non ostante il dettato letterale di questa norma, la quale minus dixit quam voluit), in ragione dell'interesse qualificato e concreto (ex art. 100 cod. proc. civ.) ad evitare il pregiudizio che egli potrebbe subire se fosse riformata la sentenza di condanna impugnata in via principale dall'altro condebitore (così Cass., Sez. Un., n. 8486/2024, cit., part. Punto 8 dei Motivi della decisione).

Se, da un lato, in applicazione degli enunciati principi alla fattispecie in esame, va dunque riconosciuta la legittimazione di B.B. ad impugnare tardivamente in via incidentale la sentenza d'appello (e, dunque, la proponibilità del suo ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 334 cod. proc. civ.) dall'altro lato, tuttavia, esso ricorso, con riguardo a tutti e tre i motivi in cui si articola, va reputato comunque inammissibile sotto altri profili, per le ragioni che seguono.

C.1. Con il primo motivo viene denunciata la "violazione e falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. per non avere la Corte di Appello ritenuto la sussistenza della lamentata modificazione in appello della causa petendi e dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria identificati in primo grado dalle specifiche doglianze individuate dal A.A. e fonte dell'azionata responsabilità contrattuale".

Il ricorrente incidentale lamenta che nel giudizio d'appello A.A., introducendo il tema relativo alla carenza della cartella clinica, avrebbe proposto una domanda nuova rispetto a quella formulata in primo grado, con la quale aveva invece lamentato "la perdita completa della vista in dipendenza della scelta dell'intervento, nelle modalità esecutive tali da condurre ad un risultato diverso da quello della completa guarigione aspettato e nell'intempestivo ed inadeguato intervento post operatorio".

C.1.1. Il motivo - prima ancora che infondato, giacché dagli atti di causa che questa Corte può esaminare quale giudice del fatto processuale risulta che il tema dell'incompletezza della cartella clinica non è stato evocato per la prima volta con l'atto di appello - è manifestamente inammissibile, alla stregua delle stesse allegazioni del ricorrente incidentale.

Infatti, l'incompletezza della cartella clinica ha costituito, nell'economia della decisione impugnata, non già un fatto principale (cioè un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del diritto azionato dall'attore), bensì un fatto secondario; si è trattato infatti di una circostanza di fatto emergente dagli atti, utilizzata in funzione di prova di un fatto principale, nella specie consistito proprio nel fatto di inadempimento che, secondo le allegazioni del ricorrente incidentale, sarebbero state originariamente allegate dall'attore, vale a dire l'erroneità nella scelta dell'intervento e nelle modalità esecutive.

C.2. Con il secondo motivo viene denunciata la "violazione e la falsa applicazione degli artt. 183, 187, 188, 189 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. per avere la Corte ritenuto che le istanze istruttorie non fossero state ribadite nell'udienza di precisazione delle conclusioni (in primo grado) del 30/11/2016 e che, quindi, dovevano intendersi abbandonate".

Il ricorrente incidentale si duole del diniego emesso dalla Corte di merito in ordine alla richiesta di prove orali già formulata in primo grado e reiterata in appello; diniego che sarebbe fondato sull'erroneo presupposto che esse dovessero reputarsi rinunciate per non essere state riproposte all'udienza di precisazione delle conclusioni di primo grado.

Osserva che a quell'udienza il suo difensore non era comparso sicché, in conformità all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, avrebbero dovuto intendersi richiamate le richieste formulate all'udienza precedente, allorché egli aveva precisato le proprie conclusioni "riportandosi integralmente a quelle già precisate nell'atto introduttivo del presente giudizio ed insistendo anche in questa sede per l'ammissione di tutte le richieste istruttorie formulate".

C.2.1. Anche questo motivo è inammissibile, in quanto si confronta solo parzialmente con la duplice ratio della statuizione impugnata, la quale ha rigettato la richiesta di prova orale non solo sull'assunto dell'avvenuta rinuncia, ma anche sul rilievo (ex se idoneo a sorreggerla) che il richiamo generico al contenuto degli atti difensivi non era sufficiente ai fini dell'assoluzione dell'onere di reiterazione delle richieste istruttorie già oggetto di rigetto da parte del giudice di primo

grado; inoltre, il motivo è inammissibile per mancanza di decisività, difettando l'allegazione (che avrebbe potuto essere effettuata mediante la trascrizione dei capitoli di prova, delle qualità personali o professionali dei testi e dell'attinenza delle circostanze al fatto di adempimento o alla causa non imputabile dell'inadempimento, oggetto di dimostrazione) dell'astratta idoneità dei mezzi probatori ad orientare in senso diverso la decisione del giudice del merito.

C.3. Con il terzo motivo viene denunciata la "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 2727, 2729 e 2697 cod. civ. e dell'art. 115 c.p.c. ai sensi dell'art. 360, comma I, n. 3 c.p.c.".

Il ricorrente incidentale si duole che "la Corte d'Appello ha ritenuto decisive le carenze della cartella clinica agli atti del giudizio ai fini dell'accertamento della responsabilità del professionista e della Clinica convenuti, senza valutare correttamente l'ambito e l'estensione dell'onere probatorio a carico delle parti, anche in applicazione del disposto dell'art. 115 c.p.c., la ricorrenza degli elementi necessari e sufficienti della presunzione probatoria, se tale onere fosse stato effettivamente adempiuto all'esito degli accertamenti tecnici eseguiti nei due gradi di merito del giudizio e senza considerare che gli accertamenti tecnici con funzione percipiente comprovavano univocamente la sussistenza di una ipotesi di inevitabilità dell'evento non riconducibile all'intervento chirurgico e non imputabile al Prof. B.B. ma di possibile preesistenza, di autonoma formazione e comunque normalmente connesso alla pratica chirurgica oculistica sia episclerale che vitreale di trattamento del distacco retinico".

La valutazione della Corte d'Appello, poi, apparirebbe "in stridente contrasto con il con il quadro probatorio delineatosi all'esito delle deduzioni delle parti costituite e dell'applicazione ad esse del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c.".

C.3.1. Il motivo è manifestamente inammissibile, in quanto, lungi dal censurare l'attribuzione dell'onere probatorio ad una parte diversa da quella cui sarebbe spettato secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla distinzione tra fatti costitutivi ed eccezioni (nel che soltanto sarebbe ravvisabile la violazione dell'art. 2697 cod. civ.: cfr., ex multis, Cass. 29/05/2018, n. 13395 e Cass. 23/10/2018, n. 26769), contrappone, a quella effettuata dalla Corte territoriale, una diversa valutazione dele risultanze istruttorie, così indebitamente tendendo a suscitare dalla Corte di legittimità un apprezzamento di fatto alternativo a quello operato dal giudice del merito e ad esso insindacabilmente riservato.

D. In definitiva, sia il ricorso principale proposto da AMISSIMA ASSICURAZIONI Spa, sia quello incidentale proposto da B.B. devono essere dichiarati inammissibili.

E. Le spese del giudizio di legittimità relative ai rapporti processuali vertenti tra AMISSIMA ASSICURAZIONI Spa e A.A. e tra quest'ultimo e B.B. seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo; quelle concernenti i rapporti processuali tra i ricorrenti e le controricorrenti ASSA Spa e SARA ASSICURAZIONI Spa vanno integralmente compensate tra le parti; su quelle relative ai rapporti processuali con le parti rimaste intimate non vi è luogo a provvedere, stante la loro indefensio.

F. Avuto riguardo al tenore della pronuncia, va dato atto - ai sensi dell'art.13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002 - della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale e del ricorrente incidentale, di un ulteriore importo a titolo contributo unificato, pari a quello previsto per la proposizione dell'impugnazione, se dovuto.

G. Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, deve disporsi che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi delle parti e delle altre persone di cui si fa menzione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibili il ricorso principale e il ricorso incidentale;

condanna Amissima Spa e B.B. a rimborsare a A.A. le spese del giudizio di legittimità concernenti i relativi rapporti processuali, che liquida, per il primo rapporto, in Euro 7.600,00 per compensi e, per il secondo rapporto, in Euro 5.800,00 per compensi, oltre, per entrambi, alle spese forfetarie, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge; compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità concernenti i rapporti processuali tra le parti ricorrenti (principale ed incidentale) e le controricorrenti ASSA Spa e SARA ASSICURAZIONI Spa;

ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 20 settembre 2024.

Depositata in Cancelleria il 24 ottobre 2024.

La responsabilità della struttura sanitaria nel regime anteriore alla L. n. 24/2017

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28642; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

In tema di responsabilità medica, nel regime anteriore alla L. n. 24/2017, la responsabilità della struttura sanitaria, integra, ai sensi dell'art.1228 c.c., una fattispecie di responsabilità diretta per fatto proprio, fondata sull'elemento soggettivo dell'ausiliario, la quale trova fondamento nell'assunzione del rischio per i danni che al creditore possono derivare dall'utilizzazione di terzi nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale, e che deve essere distinta dalla responsabilità indiretta per fatto altrui, di natura oggettiva, in base alla quale l'imprenditore risponde, per i fatti dei propri dipendenti, a norma dell'art. 2049 c.c..

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo la ricorrente compagnia di assicurazioni denuncia l'omessa pronuncia sulla eccezione di inoperatività della garanzia assicurativa ai sensi dell'articolo 1892 c.c.

Il motivo è fondato: nella sentenza di appello manca ogni riferimento all'eccezione di inoperatività della polizza per mancato rispetto degli obblighi di informazione dal cliente alla compagnia di assicurazioni, pur riproposta in appello dalla ASSICURATRICE MILANESE Spa ricorrente, né la si può ritenere implicitamente rigettata sulla base del complesso della motivazione, che tocca tutt'altri punti.

2. - Con il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione degli articoli 1298 e 2055 c.c. con riferimento al passaggio della sentenza impugnata in cui, nella graduazione interna delle colpe, ha attribuito al medico l'intera responsabilità del sinistro pur non ricorrendo un'ipotesi di inescusabile, straordinaria ed imprevedibile devianza del sanitario dal programma di cura condiviso con l'ente ospedaliero.

Il motivo è fondato, alla luce dell'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità.

È stato progressivamente chiarito il principio per cui **nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico di cui quella si sia avvalsa, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo dev'essere di regola ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, secondo comma, e 2055, terzo comma, cod. civ., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile, e oggettivamente improbabile, devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione (Cass., 11/11/2019, n. 28987). In caso di accertata responsabilità derivante esclusivamente dalla carente esecuzione della prestazione del professionista (e non anche da carenze organizzative della struttura sanitaria) la struttura sanitaria può agire quindi in rivalsa nei confronti del medico ritenuto responsabile, ma non per l'intero importo, bensì fino ad un massimo del 50% perché si considera che l'errore medico sia riconducibile in parte - appunto nella misura del 50% - al rischio di impresa, e come tale in questa percentuale deve rimanere a carico della struttura sanitaria all'interno della quale questi ha svolto la sua attività.**

Si deroga a questa regola di ripartizione interna della responsabilità soltanto nei casi in cui la responsabilità del medico debba essere considerata assorbente, con ciò intendendo far riferimento non alle ipotesi di gravi manchevolezze nell'esecuzione delle prestazioni professionali quanto a un comportamento fuori dall'ordinario, soggettivamente imprevedibile e oggettivamente improbabile e come tale scisso da ogni possibilità di controllo e prevenzione da parte della struttura e di conseguenza non addebitabile nella sue conseguenze economiche, neppure in parte, alla struttura sanitaria (V. in proposito Cass. n. 29001 del 2021, che richiama Cass. n. 28987 del 2019: "**In tema di responsabilità medica, nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, la responsabilità della struttura sanitaria, integra, ai sensi dell'art.1228 c.c., una fattispecie di responsabilità diretta per fatto proprio, fondata sull'elemento soggettivo dell'ausiliario, la quale trova fondamento nell'assunzione del rischio per i danni che al creditore possono derivare dall'utilizzazione di terzi nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale, e che deve essere distinta dalla responsabilità indiretta per fatto altrui, di natura oggettiva, in base alla quale l'imprenditore risponde, per i fatti dei propri dipendenti, a norma dell'art. 2049 c.c.; pertanto, nel rapporto interno tra la struttura e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., atteso che, diversamente opinando, la concessione di un diritto di regresso integrale ridurrebbe il rischio di impresa, assunto dalla struttura, al solo rischio di insolvibilità del medico convenuto con l'azione di rivalsa, e salvo che, nel relativo giudizio, la struttura dimostri, oltre alla colpa esclusiva del medico rispetto allo specifico evento di danno sofferto dal paziente, da un lato, la derivazione causale di quell'evento da una condotta del sanitario del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di spedalità e, dall'altro, l'evidenza di un difetto di correlate trascuratezze, da parte sua, nell'adempimento del relativo contratto, comprensive di omissioni di controlli atti ad evitare rischi dei propri incaricati**."; il principio è stato poi confermato da Cass. n. 34516 del 2023, in riferimento ad una ipotesi di parziale esternalizzazione della logistica e di alcuni servizi assistenziali da parte della clinica).

Il secondo motivo va quindi accolto, in quanto l'attuale sistema normativo e giurisprudenziale consente di concludere nel senso che, in assenza di una prova dal contenuto ben specifico gravante sulla struttura sanitaria, in ordine all'assorbente responsabilità del medico intesa non solo come grave, ma anche come straordinaria, soggettivamente imprevedibile ed oggettivamente improbabile malpractice,

deve farsi applicazione del principio presuntivo di cui sono speculare espressione gli artt. 1298 secondo comma e 2055 terzo comma c.c.
L'accertamento effettuato dalla Corte d'appello, nel caso di specie, non è stato finalizzato ad accertare l'esistenza o meno di un tale tipo di comportamento anomalo in capo al medico, unica possibile giustificazione per un esercizio della rivalsa oltre il limite del 50%, ma si é limitato a constatare da un lato l'esistenza e la gravità dell'errore medico e dall'altro l'assenza di ogni il deficit organizzativo avente un concorso causale nel danno da parte della struttura. Il contenuto della valutazione in concreto effettuata non è quindi completo né pertinente con quello richiesto per giungere all'accoglimento dell'azione di rivalsa in misura integrale e non può idoneamente supportare la decisione in tal senso.
Con il terzo motivo la compagnia di assicurazioni denuncia la violazione degli articoli 1914 e 1917 c.c. con riferimento al capo della sentenza che ha condannato l'ASSICURATRICE MILANESE a tenere indenne A.A. anche per le spese di soccombenza liquidate a suo carico.
Sostiene in primo luogo che l'assicurazione non poteva essere condannata a tenere indenne l'assicurato dalle spese di soccombenza nei confronti del dottor C.C., persona diversa dal danneggiato, e poi, nei rapporti con la danneggiata principale, sostiene che la decisione di resistere alla pretesa risarcitoria proponendo appello fosse del tutto irragionevole e ingiustificata, quindi non rispondente a un comune interesse difensivo di assicuratore e assicurato per cui che le spese di appello, del tutto inutili di fronte alla manifesta responsabilità del dottor A.A., dovevano rimanere a carico del medesimo. Sostiene quindi che il dottor A.A. avrebbe violato l'obbligo di salvataggio che ricomprende l'obbligo di non gravare la compagnia di spese legali inutili.
Il motivo, atteso l'accoglimento dei due motivi precedenti, che comporta la cassazione con rinvio della sentenza impugnata, rimane assorbito, in quanto il giudice del merito dovrà rinnovare, all'esito del giudizio di rinvio, anche la liquidazione delle spese.
Conclusivamente, i primi due motivi di ricorso devono essere accolti, assorbito il terzo, la sentenza impugnata è cassata e la causa rinviata alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione, anche per le spese del presente giudizio.

P.Q.M.
La Corte accoglie i primi due motivi di ricorso, assorbito il terzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione.
Così deciso in Roma il 20 settembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 7 novembre 2024.

Irrilevanza giuridica della nozione di complicanza

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28762; Pres. Travaglino; Rel. Cricenti

Quella di "complicanza" è una nozione irrilevante giuridicamente che indica un evento di per sé neutro, che può avere rilievo solo se imprevedibile o inevitabile, dunque, non è la "complicanza" in sé ad avere rilievo causale, ma l'evento imprevedibile o inevitabile.

Motivi della decisione

1.- L'unico motivo di ricorso, come si è detto, contiene censure di segno diverso, o meglio, rivolte verso diversi capi di sentenza.
Esso denuncia complessivamente violazione degli articoli 1176, 1218, 1223, 1226 e ss. c.c. ed attiene sia ai capi di sentenza che hanno confermato l'accertamento di responsabilità, sia a quelli che, invece, hanno quantificato il danno.
La prima censura attiene alla valutazione che i giudici di merito hanno fatto della consulenza tecnica.
La doglianza della ricorrente è innanzitutto che la consulenza tecnica appare, alla luce proprio delle osservazioni fatte dal CTP, come errata, in particolare sul punto decisivo che la TIPS, ossia la chiusura della shut, fosse controindicata per quel tipo di paziente. Invece, secondo quanto argomentato dai CTP, le cui ragioni sono riportate in ricorso, non lo era affatto, ed era anzi, quello, l'intervento previsto in casi come quello che affliggevano il paziente.
Si sostiene dunque che la CTU è stata superficiale nella valutazione delle cause del decesso.
Inoltre, il giudice di merito ha recepito le conclusioni della CTU senza però dare conto delle osservazioni e dei rilievi fatti dai consulenti di parte. E quello di appello, a sua volta, ha preso semplicemente atto della decisione di primo grado, riportandosi ad essa, senza motivare sulle ulteriori censure fatte valere dalla appellante.
La ricorrente ritiene che la decisione di appello sia incorsa, non solo in un errato accertamento del fatto, aderendo alla CTU, ma soprattutto nella violazione delle regole che presiedono alla valutazione della CTU e che impongono al giudice di secondo grado di dare conto di tale adesione, se sollecitata in tal senso dalla parte.
Allo stesso modo, la motivazione della decisione è carente quanto alla richiesta di rinnovazione della CTU, che era peraltro basata sulla circostanza che il medico incaricato non era uno specialista della materia, e sulla circostanza che le sue conclusioni contrastavano con quelle dei consulenti nominati nella indagine penale.
Queste censure attengono, come si vede, ai criteri giuridici di valutazione della CTU.
Il motivo è fondato.
La questione è quale sia in sostanza l'obbligo di motivazione del giudice di merito che aderisca ad una consulenza tecnica, nel caso in cui non condivida le osservazioni, i rilievi, le critiche che a quella consulenza hanno mosso le parti o i loro consulenti.
Se nel caso di consulenza priva di contestazioni, il giudice di merito può limitarsi ad aderirvi per relationem, ossia senza esporre le specifiche ragioni che lo hanno indotto ad accogliere le conclusioni del CTU, nella ipotesi invece in cui le parti abbiano espressamente e specificamente mosso rilievi, addotto ragioni contrarie a quelle del consulente tecnico, " il giudice del merito, per non incorrere nel vizio ex art. 360 n. 5 c.p.c., è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione all'una o all'altra conclusione" (Cass. 15147/ 2018; Cass. 11917 / 2021; Cass. 9925/ 2024; Cass. 15804/ 2024).
Ovviamente, indicare le ragioni della propria adesione alla CTU significa esprimere gli argomenti in base ai quali la CTU non è intaccata dai rilievi mossi dalle parti.
Nel nostro caso la motivazione offerta dai giudici di merito sulla loro adesione alla consulenza di ufficio è la seguente "Le conclusioni del c.t.u. dott H.H., motivate con completezza di argomentazioni in ordine alle considerazioni tecnico scientifiche, rispondenti alle evidenze cliniche e supportate da adeguati riscontri documentali (dalla cartella clinica del G.G. si evince che l'operazione dei sanitari è consistita "...Per via transgiugulare destra si effettua un tramite di TIPS (shunt sovraepatico portale) tra vena sovraepatica media e ramo destro della vena porta... Viene impiantato uno stent sul tramite di shunt portosovraepatico (TIPS) (come era previsto sin dall 'inizio), sia per ridurre la pressione portale sia per mantenere il flusso mesentericoporto-cavale ed evitare una possibile trombosi(...")non erano inficiate dalle note critiche del consulente di parte appellante restando queste assorbite dalle appropriate argomentazioni addotte dall'ausiliario, integrate dalle coerenti ed esaustive risposte da lui fomite in sede di chiarimenti rappresentando che la tesi del ctp dr. I.I. era all'evidenza contrastante con la documentazione sanitaria in atti." (p. 10).
È evidente che i giudici di merito dichiarano di preferire la CTU e di rigettare le osservazioni di parte in quanto queste ultime non inficiano le conclusioni di quella. Ma, poiché argomentare vuol dire fornire ragioni della decisione, occorreva dire perché le osservazioni di parte (che peraltro non vengono nemmeno sintetizzate) non inficiano la CTU, per quali ragioni ossia l'una consulenza prevale sull'altra limitarsi a dire che l'una prevale sull'altra significa solo assumere una conclusione, ma non già giustificarla, ossia significa omettere di giustificare perché essa è stata assunta.
Resta pertanto assorbita la censura relativa alla rinnovazione della CTU, che è decisione rimessa al giudice di merito.
La seconda censura attiene al mancato rilievo dato ad una cosiddetta complicanza.
Osserva la ricorrente che la complicanza era da intendersi come un fatto imprevedibile, mentre la ratio decidendi l'ha intesa quale complicanza in senso stretto.
Questa censura è infondata.
Intanto **la "complicanza" è nozione irrilevante giuridicamente, indica un evento di per sé neutro, che può avere rilievo solo se imprevedibile o inevitabile dunque non è la "complicanza" in sé ad avere rilievo causale, ma l'evento imprevedibile o inevitabile** (Cass. 35024 / 2022).
La ricorrente disattende questo principio di diritto, in quanto mira ad intenderlo pro domo sua, come se dicesse che la complicanza ha, invero, rilievo, quando ciò risulti dalla letteratura medico scientifica ("A ben vedere, tuttavia, la Corte - nella parte in cui sottolinea l'irrilevanza sul piano

giuridico del concetto di "complicanza" - sembra aver travisato il portato del principio di diritto ivi affermato, il quale, a parere di questa difesa, non afferma una irrilevanza tout court dell'evento/complicanza, ma pare limitarsi ad affermare l'irrilevanza della previsione o meno, nella letteratura medico-scientifica, di un determinato evento quale possibile "complicanza", ai fini del superamento della presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ.") (p. 26).

In realtà la nozione di complicanza è, come la ricordata massima di questa Corte assume, irrilevante, ossia non indica un evento che abbia rilievo nella linea causale, nella quale conta solo l'evento imprevedibile ed evitabile ("dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile." Cass. 3504 / 2022).

Le altre censure attengono alla liquidazione del danno.

Esse sono infondate.

Ove, all'esito del nuovo esame in sede di rinvio, dovesse riaffermarsi la decisione di responsabilità, allora le decisioni sul danno vanno confermate, per i seguenti motivi.

La prima censura obietta che non si è tenuto conto della ridotta aspettativa di vita del paziente e dunque della sua futura incapacità lavorativa.

In realtà, la corte di merito ha tenuto conto di tale eccezione e l'ha rigettata con sufficienti argomenti (p. 12 della sentenza) evidenziando come non era affatto certo, né altamente probabile che il paziente avesse comunque una breve aspettativa di vita accertamento in fatto, questo, che qui ovviamente non si può sovvertire.

Allo stesso modo è infondata la censura volta a contestare la liquidazione del danno a favore della madre e della sorella, che, secondo la Azienda ricorrente, non erano conviventi con il defunto e dunque non possono aver subito alcun danno dalla sua morte.

È principio di diritto che rispetto a tali parenti la perdita è presunta, salvo prova contraria a carico del danneggiante, che deve, lui, dimostrare che, a dispetto del rapporto di parentela, non vi erano ragioni di affezione (Cass. 22397/ 2022; Cass. 25541/ 2022; Cass. 5769/ 2024).

Infine, la censura relativa al fatto di avere liquidato il danno da morte (dunque iure hereditatis ai congiunti), pur in assenza di una congrua sopravvivenza della vittima, è del tutto inammissibile, poiché, come risulta dalla sentenza a pagina 13, tale danno non è stato chiesto dai danneggiati né di conseguenza è stato loro riconosciuto.

Il ricorso va dunque accolto in questi termini e la decisione cassata con rinvio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, nei termini indicati in motivazione. Cassa la decisione impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione anche per le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma l'11 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 7 novembre 2024.

Conseguenze sottese alla incompletezza della cartella clinica

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 novembre 2024, n. 29716; Pres. Scrima; Rel. Cricenti

L'incompletezza della cartella clinica, ossia il fatto che in essa non siano indicate tutte le attività svolte o tutte le diagnosi effettuate, va a danno del medico e non già a danno del paziente quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del nesso eziologico tra l'operato del medico e il danno dal paziente.

... Omissis ...
Motivi della decisione

7.- La Corte di appello era chiamata ad accertare se la diagnosi fatta dai sanitari del pronto soccorso fosse o meno corretta.
La c.t.u. in primo grado l'aveva ritenuta esente da colpa ed il Tribunale aveva deciso di conseguenza.
Invece, i giudici di appello hanno ricavato la convinzione che la diagnosi non era corretta innanzitutto dalla incompletezza della cartella clinica, nella quale risulta diagnosticata una semplice contusione mentre non c'è traccia della infezione in corso, che invece è stata la conseguenza più grave della caduta. Inoltre, i giudici di appello hanno escluso che ad aggravare le conseguenze dell'incidente sia stato anche il comportamento colpevole della paziente, come eccepito dalla azienda convenuta, consistito nel non aver seguito la prescrizione medica che le era stata fatta al momento della dimissione dopo il primo ricovero: ritengono infatti i giudici d'appello che il suggerimento di usare determinati farmaci non era stato consegnato alla donna o non vi era prova che costei lo avesse avuto.
Questa ratio decidendi è censurata, come si è detto, dall'Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata con tre motivi di ricorso.
8.- Con il primo motivo di ricorso si prospetta violazione dell'articolo 4 del Dm 31 marzo del 2008 nonché degli articoli 2700 e 1227 del codice civile.
Con tale motivo l'azienda sanitaria mira a contestare l'accertamento operato dalla Corte d'Appello circa l'omessa diagnosi di infezione. Sostiene la ricorrente che dalla cartella clinica tale infezione non risultava e che la circostanza che non risultasse deve ritenersi rilevante e decisiva, nel senso che indica che l'infezione per l'appunto non c'era.
Questa affermazione è basata sulla tesi secondo cui la cartella clinica fa piena prova di quanto in essa contenuto fino a querela di falso, e, siccome il suo contenuto esclude l'infiammazione e prevede la sola contusione del ginocchio, non si può presumere invece il contrario, cioè che la infiammazione ci fosse.
Inoltre, il motivo mira a ribadire, contrariamente a quanto affermato nella sentenza di appello, che il danno subìto dalla paziente è interamente da addebitarsi al comportamento colpevole di costei, la quale non avrebbe seguito le prescrizioni terapeutiche fornite al momento della dimissione, prescrizioni che tra l'altro consistevano nella semplice assunzione di farmaci che avrebbero potuto ridurre o evitare il danno.
La sentenza impugnata su questo punto ha accertato che alla paziente non è stata comunicata alcuna prescrizione medica e che dunque non può di conseguenza imputarsi a lei di non averla seguita. Secondo la ricorrente questa affermazione è frutto della violazione del D.M. 31 marzo 2008 che equipara la documentazione ospedaliera ad una ricetta di prescrizione medica, con la conseguenza che la paziente avrebbe potuto acquistare i medicinali semplicemente presentando in farmacia il referto che le era stato rilasciato il giorno della prima dimissione.
Sostiene inoltre la ricorrente che in tale referto era chiaramente indicato il tipo di farmaci da assumere.
Inoltre, il concorso colposo della donna era chiaramente ravvisabile nella circostanza di aver atteso ben 52 ore prima di recarsi al pronto soccorso, ritardo questo che la convenuta aveva chiaramente eccepito e di cui invece il Tribunale non avrebbe tenuto alcun conto.
9.- Con il secondo motivo si prospetta omesso esame di un fatto controverso e decisivo.
L'omissione che si rimprovera alla Corte di appello è di avere del tutto disatteso la consulenza tecnica di primo grado, così omettendo sia di tener conto delle sue conclusioni, sia di rinnovare la consulenza o chiedere chiarimenti al c.t.u. già nominato, ove quelle conclusioni non fossero state convincenti.
Il tutto senza una adeguata motivazione.
10. - Questi due motivi vertono su una questione comune e possono dunque scrutinarsi insieme. Essi sono infondati.
Assume ovviamente rilievo preliminare il secondo motivo poiché esso contesta i presupposti stessi del ragionamento della Corte d'Appello, vale a dire la circostanza che quella decisione è stata assunta disattendendo completamente i risultati della consulenza tecnica. Tuttavia, questa censura non è sufficiente a far ritenere di per sé errata la ratio decidendi, in quanto, come è noto, il giudice di merito ha il potere di discostarsi dalla consulenza tecnica purché fornisca adeguata motivazione di tale sua decisione (Cass. 36683/2021). Nella fattispecie, è pacifico che la Corte d'Appello ha dato conto del perché ha ritenuto di doversi discostare dalle conclusioni del consulente, e lo ha fatto facendo leva sulla incompletezza della cartella clinica e su una serie di altri elementi indiziari che inducevano ad una conclusione diversa da quella del predetto consulente.
Né ovviamente può dirsi che il giudice che disattende la consulenza tecnica pecca di omesso esame di quest'ultima, per l'ottima e semplice ragione che disattendere presuppone aver esaminato. Ciò detto, l'argomento principale utilizzato dalla Corte d'Appello sta nel fatto che, posto che l'infezione c'era e posto che nella cartella clinica non è segnalata, ne consegue che al momento in cui la cartella clinica è stata redatta, i sanitari non se ne erano accorti, altrimenti avrebbero dato menzione della infezione nella stessa cartella. La ricorrente contesta questo ragionamento ritenendolo viziato da violazione dell'articolo 2700 del codice civile, norma che, secondo la ricorrente, attribuirebbe alla cartella clinica il valore di un atto pubblico facente piena fede fino a querela di falso. Il che significa, nella prospettazione della ricorrente, che se nella cartella è indicata solo la contusione vuol dire che l'infiammazione non c'era: bisoqna in altri termini attenersi alla cartella e a quanto in essa scritto, salvo ovviamente contestare il suo contenuto con la querela di falso.

Questa tesi è infondata, poiché lo stesso articolo 2700 codice civile attribuisce fede pubblica agli atti del pubblico ufficiale soltanto relativamente a due aspetti: il fatto che l'atto sia redatto per l'appunto da un pubblico ufficiale ed il fatto che quanto in esso narrato è accaduto in presenza del pubblico ufficiale. La fede pubblica non si estende alla veridicità del contenuto dell'atto cioè alla circostanza che i fatti si siano svolti in quel modo e non in un altro. Il che significa che per smentire il contenuto della cartella clinica, ossia le valutazioni in essa contenute, e tali devono ritenersi le diagnosi e le terapie praticate, non è necessario la querela di falso, ma è sufficiente una qualsiasi altra prova contraria. Conseguentemente, le attività non risultanti dalla cartella clinica possono essere provate con ogni mezzo (Cass. 16737/2024). Il che significa in altri termini che il giudice di merito ha di certo il potere di verificare se la diagnosi indicata nella cartella clinica sia corretta oppure no. Non è di certo vincolato da quanto in essa contenuto.

Corollario di tale assunto - che cioè il contenuto della cartella clinica non è assistito da prova legale - è che l'incompletezza della cartella clinica, ossia il fatto che in essa non siano indicate tutte le attività svolte o tutte le diagnosi effettuate, va a danno del medico e non già a danno del paziente quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del nesso eziologico tra l'operato del medico e il danno dal paziente (Cass. 26428/2020; v. anche di recente Cass. 16737/24). Proprio perché il contenuto della cartella clinica è indicativo di quanto è stato fatto, ma non preclude una prova contraria o diversa.

Dunque, correttamente i giudici di merito hanno indagato altrove per stabilire se la diagnosi contenuta nella cartella clinica (semplice contusione) fosse errata: non erano vincolati a tenere per buona quella diagnosi, ben potendo verificare, alla luce di altri elementi, se fosse o meno una diagnosi corretta.

Infine, relativamente alla questione del concorso di colpa, la censura deve ritenersi inammissibile. Infatti, essa mira a contestare un accertamento in fatto: il giudice di merito ha accertato che nelle prescrizioni impartite alla paziente il medico del pronto soccorso ha prescritto soltanto il controllo del medico curante e non anche la terapia antibiotica e antinfiammatoria, che era stata consigliata dal consulente chirurgo. In altri termini, il giudice di merito, con accertamento in fatto qui non sindacabile, ha ritenuto che la paziente non era stata informata della terapia da seguire, terapia che era rimasta una raccomandazione del chirurgo agli altri medici che gli chiedevano parere, ma che non era giunta alla paziente. Con la conseguenza che non può essere ovviamente fatto carico alla paziente medesima di non aver dato seguito ad una prescrizione che non ha mai ricevuto.

11.- Con il terzo motivo si prospetta omessa pronuncia su una domanda espressamente formulata.

Sostiene la ricorrente di avere espressamente, sia in primo grado che in appello, posto la questione della rilevanza della sola colpa grave, ossia di avere eccepito espressamente che nell'ipotesi in cui si fosse ravvisato un comportamento negligente dei medici del pronto soccorso, tale comportamento doveva rilevare soltanto se grave, in quanto l'accertamento della infezione era di particolare difficoltà.

Ritiene altresì la ricorrente che la Corte d'Appello non si è pronunciata su tale questione, che pure era decisiva, e lo era in quanto l'articolo 2236 del codice civile esime da responsabilità per colpa lieve il professionista che abbia errato in casi di speciale difficoltà.

11.1. - Il motivo è infondato poiché la Corte d'Appello ha espressamente escluso la particolare difficoltà del caso, deducendo che, anche se la diagnosi poteva apparire difficile, era comunque indicata la somministrazione di una terapia antibiotica generica poiché il sospetto di infezione era comunque di facile evenienza (p. 17-18).

Con la conseguenza, pertanto, che non può censurarsi la decisione di una omessa pronuncia.

... Omissis ...

P.Q.M.

La Corte rigetta sia il ricorso principale che quello incidentale.

Compensa interamente le spese tra le parti del giudizio. Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale e dei ricorrenti incidentali, al competente ufficio di merito, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale ed incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

Dispone l'oscuramento dei dati come precisato in motivazione.

Così deciso in Roma, il 4 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 19 novembre 2024.

Liquidazione unitaria del danno non patrimoniale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 25 novembre 2024, n. 30364; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

La liquidazione unitaria del danno non patrimoniale (come quella prevista per il danno patrimoniale) deve essere intesa nel senso di attribuire al soggetto danneggiato una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore (cui potrebbe assimilarsi, in una ipotetica simmetria legislativa, il danno emergente, in guisa di vulnus interno al patrimonio del creditore), quanto sotto il profilo dell'alterazione o modificazione peggiorativa della vita di relazione, considerata in ogni sua forma ed in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (danno idealmente omogeneo al cd. lucro cessante, quale proiezione esterna del patrimonio del soggetto)

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. Il ricorrente A.A., con il primo motivo, lamenta la "Violazione o falsa applicazione di legge ai sensi dell'art. 335 c.p.c., 274 c.p.c. e 2909 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. per aver disatteso la ratio sottesa a scongiurare la frammentazione del giudicato che la norme di cui all'art. 335 c.p.c. mira ad evitare"; in particolare, lamenta che la Corte di appello, pur avendo disposto la riunione dei procedimenti in ossequio all'art. 335 c.p.c. nel pronunciare la sentenza, dichiarando che soltanto la Casa di cura e non anche il A.A. fosse escluso dal pagamento degli interessi da ritardato pagamento, avrebbe violato la ratio dell'art. 335 c.p.c. che attraverso la riunione mira a prevenire la possibilità di frammentazione del giudicato, nonché a garantire la certezza del diritto, principio che la Corte territoriale avrebbe in tal guisa disatteso, consentendo che la pronuncia divenisse definitiva per una parte e riformata, per l'altra, contravvenendo ai principi in tema di unitarietà del processo volti ad evitare giudicati contrastanti.
1.1. Il primo motivo va disatteso perché infondato.
La sentenza d'appello, accogliendo l'impugnazione proposta dalla sola Casa di Cura Villa G.G., ha revocato il capo della sentenza di primo grado con cui quest'ultima era stata condannata al pagamento degli interessi moratori sulla misura del risarcimento dovuto alla danneggiata, in solido, con il dott. A.A., per "mancanza di esplicita domanda per ottenere gli interessi da ritardato pagamento" (pag. 40 della sentenza impugnata).
Del resto, lo stesso odierno ricorrente riconosce di non aver appellato il capo della sentenza di primo grado che aveva riconosciuto gli interessi moratori, lamentando la violazione di numerose norme sostanziali e processuali non sussistente nel caso di specie.
Invero, quanto deciso dalla Corte d'Appello, accogliendo l'impugnazione della sola condebitrice solidale, è del tutto condivisibile e si fonda sull'assunto che si sia in presenza di cause scindibili. **Questa Corte ha già chiarito che l'obbligazione solidale passiva non comporta, sul piano processuale, l'inscindibilità delle cause in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per l'intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, che può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati, sicché, se uno solo di essi propone impugnazione (o questa sia formulata nei confronti di uno soltanto), il giudizio può proseguire senza dover integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, non ricorrendo una delle ipotesi previste dall'art. 331 c.p.c. (Cass. Sez. 2, Ordinanza interlocutoria n. 2854 del 12/02/2016).**
Tanto richiamato, nell'ipotesi in cui un soggetto abbia agito per ottenere da più convenuti il risarcimento dei danni in via solidale, dando luogo ad un litisconsorzio facoltativo passivo che, in sede di appello, abbia dato luogo ad un cumulo di cause scindibili, la decisione sull'impugnazione riguardo ad ognuno dei rapporti processuali tra l'attore e ciascuno dei convenuti può condurre, in difetto d'impugnazione, alla formazione di cosa giudicata sostanziale quanto alle questioni decise dal giudice d'appello e suscettibili di acquisire quel valore, limitatamente al rapporto nel cui ambito la questione è stata decisa e, quindi, tra l'attore ed il convenuto cui quel rapporto si riferisce. Ne consegue che eventuali affermazioni della motivazione della sentenza d'appello fatte per risolvere una questione relativa a tale rapporto, che però riguardino il modo di essere del rapporto tra l'attore ed un altro convenuto, non sono impugnabili nei confronti di questo dall'attore e devono, conseguentemente essere dichiarate inammissibili, dal momento che la sentenza sul punto non concerne il rapporto processuale con tale diversa controparte (di recente, Sez. 3 n. 36100 del 27/12/2023; Sez. 3, Sentenza n. 13607 del 21/06/2011).
Alla luce dei principi desumibili dalle statuizioni richiamate, va evidenziato che nel rapporto tra la danneggiata, odierna resistente, e il medico, odierno ricorrente, la circostanza della mancata impugnazione, da parte di quest'ultimo, del capo di sentenza sull'importo relativo agli interessi moratori dovuti sul quantum risarcitorio stabilito dal giudice di primo grado, ha determinato l'intervenuta formazione del giudicato interno sull'importo stabilito dal Tribunale a carico dello stesso e vale, pertanto, a renderlo incontestabile (di recente: Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 36100 del 27/12/2023; fattispecie in cui la proposizione di una domanda risarcitoria nei confronti di più responsabili in solido ha dato luogo a un litisconsorzio facoltativo passivo - tradottosi, in grado di appello, in un cumulo di cause scindibili, l'impugnazione della decisione di primo grado relativamente ad uno o ad alcuni dei rapporti processuali cumulati non preclude la formazione del giudicato con riguardo agli altri, con la conseguenza che eventuali affermazioni della sentenza d'appello le quali, pur finalizzate a risolvere una questione afferente al rapporto ancora sub judice, riguardino quello dell'attore con altro convenuto, non sono impugnabili nei confronti di quest'ultimo, a pena di inammissibilità del relativo ricorso per cassazione).
2. Con il secondo motivo, il ricorrente denuncia la "Nullità della sentenza in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c. per aver reso una motivazione illogica, meramente apparente e contraddittoria allo stesso tempo, in violazione all'art. 132

punto 4 c.p.c. ed all'art. 111 della Costituzione"; nello specifico, lamenta che la Corte d'Appello avrebbe operato una indebita duplicazione risarcitoria in favore della danneggiata, avendo proceduto in via equitativa alla sommatoria delle voci di danno biologico ed estetico come quantificate e accertate dal CTU; richiama sul punto un precedente di legittimità (Cass. n. 11950 del 2013) e contesta la motivazione della sentenza impugnata come perplessa ed obiettivamente incomprensibile, ovvero apparente, per avere ritenuto infondato il motivo d'appello, limitandosi a riportare la motivazione del giudice di prime cure in proposito.

3. Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la "Nullità della sentenza per motivazione contraddittoria. Violazione di legge ai sensi dell'art. 132 n. 4 c.p.c. in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c."; in particolare aggiunge che la sentenza impugnata oltre che incomprensibile, come lamentato nel motivo precedente, sarebbe anche contraddittoria in quanto la quantificazione equitativa del risarcimento del danno estetico sarebbe stata prima negata secondo il principio consolidato della onnicomprensività del risarcimento e poi concessa; lamenta altresì che la liquidazione equitativa non esonera il giudice di merito di verificare i parametri utilizzati al fine di evitare duplicazioni risarcitorie e la Corte d'Appello avrebbe dovuto verificare se la liquidazione del giudice di prime cure fosse stata operata secondo le tabelle in uso nei Tribunali.

4. Con il quarto motivo, il ricorrente denuncia la "Violazione di legge ai sensi dell'art. 1223, 1226, 2056 e 2059 c.c. e 111 Cost. in relazione all'art. 360, n.3 c.p.c."; in particolare denuncia alla luce delle norme richiamate la erroneità della statuizione del giudice di prime che avrebbe duplicato arbitrariamente e immotivatamente il risarcimento liquidato e l'apodittica motivazione data in proposito dal giudice d'appello richiamando il criterio equitativo.

4.1. Il secondo, terzo e quarto motivo, che vanno trattati congiuntamente ponendo la stessa questione in ordine alla asserita illegittima duplicazione risarcitoria, posta sotto profili diversi, vanno disattesi perché in parte inammissibili e in parte infondati.

4.2. In primo luogo, le censure sono inammissibili poiché al di là del formale richiamo, contenuto nelle rubriche dei motivi in esame, al vizio di violazione o falsa applicazione di legge, in concreto, le doglianze dell'odierno ricorrente debbono piuttosto individuarsi nella negata congruità dell'interpretazione fornita dalla Corte territoriale del contenuto rappresentativo degli elementi di prova complessivamente acquisiti e dei fatti di causa; si tratta all'evidenza di un'argomentazione critica diretta a censurare una erronea ricognizione della fattispecie concreta, di necessità mediata dalla contestata valutazione delle risultanze probatorie di causa e pertanto, si tratta di tipica censura diretta a denunciare il vizio di motivazione in cui sarebbe incorso il provvedimento impugnato; ciò posto, i motivi d'impugnazione così formulati devono ritenersi inammissibili, non essendo consentito alla parte censurare come violazione di norma di diritto, e non come vizio di motivazione, un errore in cui si assume che sia incorso il giudice di merito nella ricostruzione di un fatto giuridicamente rilevante, sul quale la sentenza doveva pronunciarsi, non potendo ritenersi neppure soddisfatti i requisiti minimi previsti dall'art. 360 n. 5 c.p.c. ai fini del controllo della legittimità della motivazione nella prospettiva dell'omesso esame di fatti decisivi controversi tra le parti.

Invero, a tal fine, **è onere della parte ricorrente indicare il fatto storico, il cui esame sia stato omesso, il dato, testuale o extratestuale da cui esso risulti esistente, il come e il quando tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua decisività, che nel caso di specie non viene neppure dedotto, fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie** (cfr. Sez. 2, Ordinanza n. 27415 del 29/10/2018, Rv. 651028 - 01).

4.3. In secondo luogo, si rivelano insussistenti le denunce di nullità della decisione per illogicità, apparenza e contraddittorietà della motivazione atteso che le argomentazioni rese dal giudice d'appello, lungi dall'essere nulle, ripercorrono e condividono l'iter decisorio del giudice di prime cure, in modo piano e adeguato.

Neppure sussiste il vizio di motivazione previsto dall'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. e dall'art. 111 Cost., tenuto conto che esso può essere fatto valere quando la pronuncia riveli una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento, come accade quando non vi sia alcuna esplicitazione sul quadro probatorio, né alcuna disamina logico-giuridica che lasci trasparire il percorso argomentativo seguito, purché tali carenze risultino dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali (Cass. Sez. U, 7/04/2014 nn. 8053 e 8054).

Carenze non riscontrabili nella sentenza oggetto di impugnazione.

Invero, l'unità e onnicomprensività del danno non patrimoniale, come spiegato dalla Corte di merito, non preclude che questo non possa essere complessivamente individuato, come accaduto nella specie, tenendo conto della condotta del danneggiante (cfr. anche Cass. n. 7513/2018); difatti, l'attività negligente imperita ed imprudente del medico, odierno ricorrente, nel caso in esame, ha provocato una lesione psico-fisica della danneggiata, che, valutata unitariamente in via equitativa e con valutazione complessiva, ha tenuto conto degli effetti lesivi, che non costituiscono duplicazione di effetti identici ma corretta considerazione unitaria di voci distinte della lesione subita sulla base dei parametri di riferimento desunti dalle Tabelle del Tribunale romano (pag. 16 della sentenza impugnata, ove viene riportata e condivisa integralmente la motivazione del giudice di prime cure).

Come già affermato da questa Corte, **la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale (come quella prevista per il danno patrimoniale) deve essere intesa nel senso di attribuire al soggetto danneggiato una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore (cui potrebbe assimilarsi, in una ipotetica simmetria legislativa, il danno emergente, in guisa di vulnus interno al patrimonio del creditore), quanto sotto il profilo dell'alterazione o modificazione peggiorativa della vita di relazione, considerata in ogni sua forma ed in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (danno idealmente omogeneo al cd. lucro cessante, quale proiezione esterna del patrimonio del soggetto); ne deriva che, non diversamente da quanto avviene in caso di lesione della salute con riferimento al c.d. danno biologico, ogni altro vulnus arrecato ad un valore od interesse costituzionalmente tutelato deve essere valutato e accertato, all'esito di compiuta istruttoria ed in assenza di qualsiasi automatismo, sotto il duplice aspetto, della sofferenza morale e della privazione, diminuzione o**

modificazione delle attività dinamico-relazionali precedentemente esplicate dal soggetto danneggiato (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 901 del 17/01/2018; v. inoltre Sez. 3, Ordinanza n. 16633 del 12/06/2023).

5. In definitiva, il ricorso è rigettato.

Le spese del presente giudizio seguono il principio di soccombenza e sono poste a carico del ricorrente in favore della parte controricorrente così come liquidate in dispositivo. Nulla per le spese nei confronti delle parti intimate stante la loro indefensio nel presente giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, da atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis del citato art. 13, se dovuto (Cass. Sez. U, 20/02/2020 n. 4315).

Va disposto che, ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi della controricorrente B.B.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la parte ricorrente a rifondere in favore della parte controricorrente le spese del presente giudizio che liquida in complessivi Euro 5.700,00 di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali al 15 per cento e accessori come per legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis del citato art. 13, ove dovuto.

Dispone che, ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi della controricorrente.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile, il 27 settembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 25 novembre 2024.

Tabella unica nazionale prevista per la liquidazione del danno non patrimoniale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 26 novembre 2024, n. 30497; Pres. Travaglino; Rel. Cirillo

La tabella unica nazionale prevista per la liquidazione del danno non patrimoniale dall'art. 138 D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che appare essere attualmente in dirittura d'arrivo, è auspicabile in quanto certamente idonea a fornire un criterio unico che possa porre fine ai rischi insiti nell'applicazione delle diverse tabelle predisposte dai vari Uffici giudiziari italiani.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3), cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2056 e 2059 cod. civ., nonché dell'art. 342 cod. proc. civ., in relazione alla declaratoria di inammissibilità del motivo di appello avente ad oggetto la mancata applicazione delle tabelle milanesi.
L'appellante pone in evidenza di aver indicato al punto 23 dell'atto di appello quale fosse la somma a lui spettante a titolo risarcitorio, specificando la maggiorazione derivante dalle tabelle milanesi. In particolare, egli aveva sostenuto di aver diritto, a titolo di danno biologico, alla somma di Euro 45.185, con una maggiorazione non inferiore al 50 per cento a titolo di personalizzazione. Dopo aver chiesto, nell'atto di appello, la somma di Euro 80.000, il ricorrente ricorda di aver indicato nella comparsa conclusionale quale fosse, secondo lui, la corretta liquidazione del risarcimento. Considerando la sua età al momento del fatto dannoso (52 anni) e la percentuale di invalidità permanente (15 per cento), egli aveva sostenuto di aver diritto ad Euro 30.878 a titolo di danno biologico, più Euro 9.572 per la sofferenza soggettiva risarcibile, per un totale di Euro 40.450.
Tale somma era maggiore di quella liquidata, a titolo di danno biologico, dalla Corte d'Appello in base alle tabelle romane (euro 27.280,30); sicché, anche sommando la personalizzazione e l'ulteriore somma di Euro 5.054,44, già riconosciuta dal Tribunale e confermata in appello, il risarcimento ne risultava inferiore a quello che si sarebbe dovuto liquidare secondo le tabelle milanesi. Il motivo di appello, quindi, non poteva essere ritenuto inammissibile per mancanza di specificità.
2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3), cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2056 e 2059 cod. civ., oltre a difetto di motivazione su questione decisiva della controversia.
Osserva il ricorrente che, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, i parametri costituiti dalle tabelle milanesi sono da assumere come riferimento per la liquidazione del danno alla persona, di talché è da ritenere incongrua la motivazione di una sentenza la quale non dia conto delle ragioni per le quali ha accordato preferenza ad un sistema di liquidazione che risulti sproporzionato rispetto a quello delle citate tabelle. Poiché, quindi, le tabelle milanesi hanno assunto una valenza para-normativa, il ricorrente afferma che la sentenza non avrebbe in alcun modo dato conto delle circostanze del caso concreto, limitandosi solo a generici richiami alla sentenza del Tribunale.
3. Il primo e il secondo motivo devono essere esaminati congiuntamente, in considerazione dell'evidente connessione che li unisce.
3.1. È noto che questa Corte, come correttamente rileva la parte ricorrente, ha da tempo messo in evidenza (sentenza 7 giugno 2011, n. 12408) l'opportunità di avvalersi delle tabelle milanesi per la liquidazione del danno alla persona, allo scopo di garantire, per quanto possibile, una certa coerenza e omogeneità dei criteri fra i vari Uffici giudicanti nazionali in tale delicata materia, tanto più tenendo presente che si tratta, comunque, di una valutazione equitativa.
La giurisprudenza ormai consolidata ha affermato che quelle tabelle hanno una valenza c.d. para-normativa proprio in quanto concretizzano il criterio della liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. (sentenza 6 maggio 2020, n. 8532) e che l'omessa adozione delle tabelle del Tribunale di Milano integra una violazione di norma di diritto censurabile con ricorso per cassazione (ordinanza 6 maggio 2020, n. 8508). Principi, questi, ribaditi di recente anche dalla Sezione Lavoro di questa Corte con l'ordinanza 16 maggio 2024, n. 13701, la quale ha osservato che eventuali scostamenti ritenuti necessari per tener conto di aspetti particolari (come l'età della persona danneggiata al momento della stabilizzazione degli esiti) devono essere adeguatamente motivati sotto il profilo della maggiore rispondenza ai principi GENERALI in tema di risarcimento ed altresì al criterio dell'equità.
I criteri di valutazione contenuti nelle tabelle milanesi, peraltro, costituiscono un criterio guida e non una vera e propria normativa di diritto (ordinanza 22 gennaio 2019, n. 1553); quelle tabelle - pur essendo estremamente utili agli operatori, anche in relazione al risarcimento del danno da violazione del consenso, nell'offrire criteri orientativi di quantificazione basati sulla elaborazione di una ampia campionatura di decisioni - costituiscono un riferimento opportuno, ai fini di evitare il rischio di una valutazione arbitraria da parte del giudice, ma non sono assolutamente vincolanti al rispetto degli importi ivi indicati, proprio in quanto non hanno valore normativo (così, assai di recente, l'ordinanza 26 gennaio 2024, n. 2539).
Deve essere peraltro ricordato che questa Corte, con alcune pronunce degli ultimi anni, ha anche posto in luce una serie di evidenti criticità contenute nelle tabelle milanesi: ciò è accaduto sia in relazione ai criteri di valutazione del danno da perdita del rapporto parentale (sentenze 21 aprile 2021, n. 10579, e ordinanza 26 settembre 2021, n. 26300, nonché la successiva ordinanza 16 dicembre 2022, n. 37009) sia in relazione al c.d. danno

intermittente o danno da premorienza (ordinanza 29 dicembre 2021, n. 41933). Così come non può essere dimenticato che questa Corte ha anche stabilito, in relazione al risarcimento del danno non patrimoniale spettante ai congiunti del soggetto macroleso, la necessità di fare riferimento, per la liquidazione, alle tabelle del Tribunale di Roma, considerate maggiormente idonee a garantire il criterio dell'equità in quanto contenenti specificamente idonee modalità di quantificazione di tale danno (ordinanza 17 maggio 2023, n. 13540).

Occorre infine ricordare che la tabella unica nazionale prevista per la liquidazione del danno non patrimoniale dall'art. 138 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, appare essere attualmente in dirittura d'arrivo; evento auspicabile in quanto certamente idoneo a fornire un criterio unico che possa porre fine ai rischi insiti nell'applicazione delle diverse tabelle predisposte dai vari Uffici giudiziari italiani.

3.2. L'ampia premessa fin qui svolta giova a chiarire che l'applicazione delle tabelle milanesi invocata dall'odierno ricorrente non può essere considerata come una sorta di vincolo insuperabile per il giudice di merito, il quale può fare ricorso ad altri criteri purché dia conto delle ragioni di tale preferenza e abbia cura di specificare che i criteri applicati non si discostino in maniera significativa da quelle tabelle, che mantengono certamente una funzione di linea guida per il giudice.

Questa essendo la corretta cornice di riferimento entro cui vanno scrutinate in questa sede le sentenze di merito, appare evidente che il primo e il secondo motivo del ricorso odierno, oltre a contenere una preliminare ragione di inammissibilità, sono comunque privi di fondamento.

Si deve osservare, infatti, che, come correttamente eccepito dalla parte controricorrente, lo stesso A.A. ha riferito, a sostegno del primo motivo di ricorso, di aver chiesto, nell'atto di appello, la somma di Euro 80.000, ma di aver indicato (solo) nella comparsa conclusionale quale fosse, secondo lui, la corretta liquidazione del risarcimento. Il che viene a significare, da un lato, che simile sollecitazione era tardiva e, dall'altro, che rimane insuperata l'affermazione della Corte d'Appello secondo cui il motivo di gravame avente ad oggetto proprio la mancata applicazione delle tabelle milanesi era inammissibile per genericità, ai sensi dell'art. 342 del codice di rito.

Tuttavia, anche volendo mettere da parte tale ragione formale di inammissibilità della censura, questa Corte deve osservare che la Corte capitolina, richiamando e facendo proprie le argomentazioni del Tribunale, ha indicato in modo minuzioso le ragioni per le quali ha ritenuto di dover fare applicazione delle tabelle elaborate dal Tribunale di Roma. E non può tacersi che i conteggi contenuti, in particolare, nel primo motivo di ricorso non sono idonei a dimostrare che la liquidazione compiuta dalla Corte di merito contenga davvero quel significativo scostamento dalle tabelle milanesi che potrebbe condurre all'accoglimento delle censure. Come questa Corte ha già osservato, con un'enunciazione alla quale va data ulteriore continuità, l'utilizzo di tabelle diverse da quelle milanesi "non è in sé precluso, purché non si arrivi a risultanze che si pongano in patente e ingiustificato contrasto con quelli che sarebbero derivati in caso di applicazione delle tabelle milanesi" (ordinanza 10 giugno 2022, n. 18840).

3.3. Il primo ed il secondo motivo di ricorso, pertanto, devono essere respinti.

4. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3), cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2056 e 2059 cod. civ., oltre a difetto di motivazione su questione decisiva della controversia.

Sostiene il ricorrente che la sentenza sarebbe viziata anche in punto di personalizzazione del danno. Fin dal giudizio di primo grado, infatti, egli aveva richiamato le ragioni di specificità del caso, rilevando che a seguito dell'intervento chirurgico egli aveva subito una semiparalisi della mano sinistra, tale per cui la valutazione del danno biologico in misura del 15 per cento non era idonea a risarcire il pregiudizio da lui subito. Il danno biologico effettivo, infatti, era da valutare nella misura complessiva del 45 per cento, con disfunzione totale dell'avambraccio sinistro, aggravamento tale da rendere necessaria una seria personalizzazione del danno non patrimoniale. Il c.t.u. ha valutato il danno biologico complessivo nella percentuale del 45 per cento, ma solo nella misura del 15 per cento conseguente all'intervento chirurgico; mentre già dalla sua relazione risultava che le conseguenze dannose erano tali da impedire lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa che richieda l'uso di entrambe le mani.

4.1. Il motivo, quando non inammissibile, è comunque privo di fondamento.

La Corte d'Appello ha osservato, esaminando il secondo motivo di appello, che l'A.A. aveva contestato l'errata e riduttiva personalizzazione del danno non patrimoniale, ritenendo incongrua la disposta maggiorazione della liquidazione, in ragione del 15 per cento, a titolo di personalizzazione del danno.

Ora, se il ricorrente intende, con la censura qui in esame, dolersi del fatto che non gli sia stata riconosciuta una percentuale di invalidità più elevata - come parrebbe risultare, anche se in modo non chiaro, dalle considerazioni di cui alla p. 22 del ricorso - è evidente che si tratta di una censura inammissibile, in quanto involgente una valutazione di merito compiuta dalla Corte d'Appello e non sindacabile in questa sede. Se, invece, come parrebbe preferibile e più in linea con l'impostazione del terzo motivo di ricorso, il ricorrente intende contestare il margine di risarcimento ulteriore riconosciuto a titolo di personalizzazione, questa Corte deve limitarsi ad osservare che simile aumento appare già alquanto generoso, poiché non è dato comprendere quale danno specifico il ricorrente abbia patito che non sia da considerare già pagato nella percentuale di danno biologico riconosciuta (secondo i noti criteri di cui all'ordinanza 27 marzo 2018, n. 7513). Ragione per cui risulta infondata la pretesa del ricorrente di ottenere la cassazione della pronuncia al fine di poter lucrare una maggiore personalizzazione del danno.

Altrettanto infondata è la censura di pretesa assenza di motivazione, dal momento che la sentenza in esame ha illustrato i criteri seguiti e ha richiamato, facendoli propri, quelli applicati dal Tribunale nella decisione di primo grado.

5. Il ricorso, pertanto, è rigettato.

A tale esito segue la condanna del ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di cassazione, liquidate ai sensi del D.M. 13 agosto 2022, n. 147, sopravvenuto a regolare i compensi professionali.

Sussistono inoltre i presupposti processuali di cui all'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in

complessivi Euro 4.200, di cui Euro 200 per esborsi, oltre spese GENERALI ed accessori come per legge.
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, dà atto della sussistenza delle condizioni per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato per il ricorso, se dovuto.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, l'11 ottobre 2024.
Depositato in Cancelleria il 26 novembre 2024.

Criterio di calcolo del danno differenziale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 27 novembre 2024, n. 30560; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Attraverso l'adozione del criterio di calcolo del danno differenziale allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella complessivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli articoli 1223, 2056 e 2059 c.c. in riferimento all'articolo 360 primo comma numero 3 c.p.c..
Sostengono che la sentenza gravata ha errato nel calcolo del danno differenziale, avendo proceduto a determinarlo sulla base del dato percentuale risultante dalla sottrazione tra il valore percentuale dell'invalidità permanente complessiva e il valore percentuale dell'invalidità imputabile ai sanitari, invece di procedere prima alla monetizzazione dell'invalidità complessiva dalla quale poi sottrarre la monetizzazione dell'invalidità non imputabile ai sanitari.
2. - Con il secondo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione degli articoli 91 e 92 c.p.c. e sostengono che, in caso di accoglimento del primo motivo debba essere cassato anche il capo della sentenza relativo alla condanna alle spese del secondo grado di giudizio in applicazione del principio della soccombenza parziale.
3. - Il primo motivo è infondato.
Il secondo, relativo solo alle spese di giudizio, di conseguenza rimane assorbito.
Nel caso di specie, è stato positivamente accertato che, a seguito della nascita del bimbo con malformazioni congenite delle quali non erano stati preventivamente avvisati, il padre ha riportato un consistente danno biologico complessivo, della misura del 25-30%, e la madre un danno leggermente più tenue, nella misura del 20%. Del danno complessivamente riportato, solo una più limitata percentuale, 15% per il marito, 10 % alla moglie, è stata ascritta al deficit informativo.
La Corte d'Appello ha escluso che il danno debba liquidarsi secondo i criteri di calcolo utilizzati per il danno differenziale, motivando nel senso che esso presuppone che le conseguenze dannose patite dai coniugi siano per intero ascrivibili all'inadempimento per cui è causa, mentre l'impatto della malformazione sulla vita psichica dei protagonisti non si sarebbe potuto evitare al 100% e quindi non può essere addebitato alla struttura sanitaria per l'intero.
La decisione è corretta, in quanto la problematica del danno differenziale non si attaglia a fattispecie come quella in esame e di conseguenza la censura, che ha ad oggetto il criterio di calcolo del quantum, è infondata.
Il danno differenziale presuppone infatti l'esistenza di una menomazione preesistente, alla quale viene ad aggiungersi una nuova menomazione dovuta ad errore medico. In questo caso è appropriata - a meno che non si tratti di menomazioni meramente coesistenti - l'adozione del criterio di calcolo del danno differenziale, in cui, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella complessivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario. Deve, cioè, essere calcolato il totale del danno riportato dalla persona sulla base della percentuale di invalidità complessiva, monetizzato secondo le tabelle di calcolo, e poi va sottratto dalla somma così determinata l'importo corrispondente alla percentuale di danno preesistente (v. sul danno differenziale Cass. n. 6341 del 2014, Cass. n. 28986 del 2019, Cass. n. 28237 del 2022 e Cass. n. 26851 del 2023).
Il caso in esame si colloca al di fuori della problematica del danno differenziale, perché non esiste una menomazione preesistente sulla quale va ad incidere un successivo errore medico.
Nel caso in esame si è verificato un fatto naturale - la nascita di un bimbo con una malformazione genetica - che può essere causa di un danno non patrimoniale per i genitori, in ragione della sofferenza pura che il fatto genera in loro, o anche in termini di danno biologico, qualora lo stress e la depressione causati dal trovarsi di fronte, senza esserne preparati, alla nascita del bimbo menomato si traduca in una alterazione psicofisica dei genitori medicalmente accertabile e quantificabile. In questo caso sul fatto naturale va ad innestarsi una condotta umana - la condotta negligente dei medici, che nulla dicono ai genitori, non consentendo loro di prepararsi psicologicamente ad accogliere il bimbo, nei mesi che precedono la nascita - dalla quale pure deriva una percentuale del danno ricadente sui genitori.
Nel caso di specie, le rispettive percentuali sono state accertate e l'accertamento in fatto compiuto dal giudice di merito non è ulteriormente oggetto di contestazioni.
Il procedimento seguito dai giudici di merito per arrivare ad una corretta liquidazione del danno deve ritenersi corretto, perché questa combinazione di eventi - causa naturale - danno da omessa informazione da parte dei medici - passa attraverso non la nozione di danno differenziale, ma attraverso la nozione di danno alla persona riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, tale ultima dovendosi ritenere lo stato patologico non riferibile alla prima. In questi casi, l'autore del fatto illecito risponde "in toto" dell'evento eziologicamente riconducibile alla sua condotta, in base ai criteri di equivalenza della causalità materiale, mentre l'eventuale efficienza concausale dei

suddetti eventi naturali rileva sul piano della causalità giuridica, ex art. 1223 c.c., ai fini della liquidazione, in chiave complessivamente equitativa, dei pregiudizi conseguenti. Va ascritto infatti all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose da rapportare, invece, all'autonoma e pregressa situazione patologica del danneggiato (da ultimo, Cass. n. 26851 del 2023).

In applicazione di questi criteri, i medici rispondono del pregiudizio che hanno causato ai ricorrenti e solo di quello, anche se il danno alla persona in complesso riportato dai due genitori è maggiore.

È corretta dunque la liquidazione effettuata dal primo giudice e poi confermata in appello, che aveva tenuto conto della invalidità di ciascuno dei coniugi in diretto rapporto di causalità con il deficit informativo che gli stessi avevano subito, in relazione alla quale, in considerazione di tutte le circostanze del caso concreto, i giudici di merito hanno operato anche una adeguata personalizzazione.

Il secondo motivo, sulla liquidazione delle spese del giudizio d'appello, rimane assorbito, in quanto gli stessi ricorrenti lo ponevano solo in correlazione all'eventuale accoglimento del primo. Il ricorso va pertanto complessivamente rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come al dispositivo. Il ricorso per cassazione è stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013, e la parte ricorrente risulta soccombente, pertanto è gravata dall'obbligo di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Pone a carico della parte ricorrente le spese di giudizio sostenute dai controricorrenti, che liquida in Euro 3.200,00 ciascuno, oltre 200,00 per esborsi, oltre contributo spese generali ed accessori.

Dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale.

Conclusione

Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 17 giugno 2024.

Depositata in Cancelleria il 27 novembre 2024.

Inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria e danno evento

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 2 dicembre 2024, n. 30860; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

... Omissis ...

Motivi della decisione

con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1218, 1362, 1363 cod. civ., nonché degli artt. 132, comma 1, n. 4, 99, 163, 702 bis cod. proc. civ., 24 e 11 Cost., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 e n. 4, cod. proc. civ.. Premette la parte ricorrente, richiamando in premessa fra l'altro Cass. n. 6850 del 2018, secondo cui la domanda per responsabilità sanitaria è accoglibile anche sulla base di profili di responsabilità diversi da quelli originariamente ipotizzati dall'attore, che, a prescindere dall'effettiva allegazione attorea della "tardiva rianimazione", la Corte territoriale, in violazione delle norme in epigrafe, ha oltremodo appesantito l'onere di allegazione dell'inadempimento qualificato a carico del paziente danneggiato. Osserva che nell'atto introduttivo del giudizio le allegazioni erano chiaramente estese a tutta la prestazione sanitaria, fino a ricomprendervi la tardiva rianimazione (nella citazione, fra l'altro, si era denunciato il trasferimento "in sala di rianimazione solo alle ore 21:01"), quale componente delle cure ritardate, dovendosi intendere la condotta sanitaria omissiva un unicum indivisibile, ivi compresa la mancanza di una precoce rianimazione, e che illogico era sostenere che l'allegazione della mancata applicazione del codice rosso non includesse fra le tempestive cure anche la tempestiva rianimazione.

Il motivo è fondato per quanto di ragione.

La Corte territoriale non ha esaminato la circostanza del ritardo nelle cure rianimatorie, sia sotto il profilo dell'effettiva sussistenza, che sotto quello della sua portata eziologica rispetto all'evento dannoso, reputandola tardivamente allegata. Assorbente, ai fini dell'accoglimento del motivo, è la violazione di norma di diritto denunciata in via preliminare dalla parte ricorrente, richiamando fra l'altro il principio di diritto enunciato da Cass. n. 6850 del 2018, circa l'ingiustificata pretermissione della circostanza in discorso, anche ove reputata non immediatamente evincibile dall'atto introduttivo del giudizio.

Nel giudizio di risarcimento del danno derivato da colpa medica non costituisce inammissibile mutamento della domanda la circostanza che l'attore, dopo avere allegato nell'atto introduttivo che l'errore del sanitario sia consistito nell'imperita esecuzione di un intervento chirurgico, nel concludere alleghi, invece, che l'errore sia consistito nell'inadeguata assistenza postoperatoria, dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente indicate dall'attore, possano avere portata preclusiva, stante l'inesigibilità dell'individuazione ex ante di specifici elementi tecnico-scientifici, di norma acquisibili solo all'esito dell'istruttoria e dell'espletamento di una c.t.u. (Cass. n. 10901 del 2024: in applicazione del principio, la Corte, in una fattispecie di decesso di un paziente dovuto a shock settico conseguito ad una lesione intestinale, ha rigettato i motivi di ricorso con cui si censurava la sentenza d'appello per aver basato il giudizio di responsabilità su un fatto diverso, sia rispetto a quello posto a fondamento della condanna in primo grado - diversamente individuando l'errore di esecuzione dell'intervento, nonostante la mancanza di appello incidentale sul punto - sia riguardo a quello dedotto con l'atto di citazione, individuando ulteriori profili di responsabilità nella mancata applicazione di drenaggi, dedotta da parte attrice solo in comparsa conclusionale, e nell'omessa vigilanza post-operatoria, rilevata solo con l'appello incidentale). Trattasi di orientamento costante della giurisprudenza recente di questa Corte (così anche n. 7074 del 2024 - relativa alla responsabilità per la tardiva esecuzione del parto cesareo, che aveva determinato la morte di una neonata venuta alla luce in condizioni di grave insufficienza respiratoria, ed in cui è stato escluso che la deduzione, negli atti conclusionali, di fatti di inadempimento emersi all'esito della c.t.u. - quali il malfunzionamento dell'apparecchio cardiotocografico e l'omessa aspirazione del meconio dopo la nascita - integrasse un mutamento del titolo della domanda rispetto all'iniziale allegazione della colpa dei sanitari nei termini di omessa effettuazione dei dovuti controlli nella fase antecedente al parto -, e già prima Cass. n. 6850 del 2018). La "tardiva rianimazione" non è dunque un fatto costitutivo diverso da quello allegato nella domanda, e che sarebbe stato solo tardivamente introdotto nel giudizio, ma è un profilo della responsabilità sanitaria originariamente dedotta in giudizio e concernente il complessivo trattamento sanitario del paziente, una volta fatto ingresso nel Pronto Soccorso della struttura ospedaliera. Il giudice del merito dovrà pertanto valutare

sia l'effettiva sussistenza, che la portata eziologica rispetto all'evento dannoso, della dedotta circostanza del ritardo nelle cure rianimatorie.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1218, 2727, 2729 cod. civ., 40 e 41 cod. pen., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.. Osserva la parte ricorrente che, in relazione alla questione del nesso eziologico, era onere della struttura sanitaria provare l'intervento della causa non imputabile, ai fini dell'esonero della responsabilità, prova non raggiungibile alla luce delle carenze della cartella sanitaria, come rilevato dal Tribunale, e che, al contrario, la Corte d'Appello ha reputato sussistente la prova liberatoria sulla base di indizi privi dei caratteri della gravità, precisione e concordanza. In relazione a quest'ultimo aspetto, precisa in particolare quanto segue: vi è un vuoto assistenziale, senza alcun trattamento, durato un'ora, fra il dolore toracico con sudorazione profusa e l'arresto cardiaco da fibrillazione ventricolare, laddove invece il tempestivo trattamento avrebbe ristabilito il paziente, permettendo poi di avere più tempo (oltre quell'ora) per l'esecuzione di un'angioplastica; la necroscopia, effettuata dalla stessa struttura sanitaria, ha attestato soltanto un "edema polmonare con congestione emorragica in soggetto con miocardiopatia ischemica cronica ed area infartuale", da cui l'insufficienza presuntiva della cardiomiopatia ischemica cronica, quale giustificazione da sola del decesso; il rilievo da parte della CTU secondo cui "l'omissiva condotta dei sanitari, in assenza di prova del contrario, fu astrattamente idonea a ridurre le probabilità di sopravvivenza del sig. L.L.", rilievo da cui la Corte territoriale si è ingiustificatamente discostata, soprattutto alla luce delle carenze della cartella sanitaria, valorizzate dal Tribunale a favore del paziente; è irrilevante per la CTU la normalità o meno del primo ECG, perché comunque il codice sarebbe stato rosso.

Il motivo è inammissibile.

La censura è in primo luogo estranea alla ratio decidendi e pertanto priva di decisività.

Deve preliminarmente rammentarsi che, **in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione (Cass. n. 28991 del 2019). Il profilo della causa non imputabile di impossibilità dell'esatta esecuzione, costituente la causa di esonero da responsabilità, viene quindi in rilievo soltanto dopo che sia stata provata l'esistenza del nesso eziologico fra la condotta o l'omissione e l'evento dannoso.**

Benché nell'indagine di fatto svolta dal giudice del merito sia emerso effettivamente un profilo relativo alla causa non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., indebitamente considerato quale nesso eziologico (il primo tracciato del primo elettrocardiogramma avente ad oggetto una normale attività cardiaca – sul punto la motivazione deve essere corretta nei termini della circostanza relativa alla causa non imputabile), il complesso dell'indagine ha avuto ad oggetto la mancanza di prova del nesso eziologico. La Corte territoriale ha infatti accertato che il L.L. era già affetto da miocardiopatia ischemica cronica che da sola, anche se trattata correttamente, era in grado di causare il decesso e che, anche qualora l'ECG avesse rivelato un infarto miocardico in atto, citando sul punto la CTU, "non si sarebbe potuti intervenire con procedure di cardiologia interventistiche prima del momento in cui si verificò la perdita di conoscenza, ossia meno di un'ora dopo l'accesso in Pronto Soccorso".

Ciò premesso, la censura, anche per ciò che concerne il profilo di causa non imputabile, indebitamente considerato nei termini del nesso eziologico, come si è detto, ha ad oggetto la confutazione del giudizio di fatto, che è profilo riservato al giudice del merito e non sindacabile in sede di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo di ricorso, dichiarando inammissibile il secondo motivo; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte di appello di Lecce in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il giorno 27 novembre 2024

Depositato in Cancelleria il 2 dicembre 2024.

Adesione del Giudice di merito alle conclusioni del CTU e obbligo di motivazione

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31039; Pres. Scoditti; Rel. Iannello

Il Giudice di merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che, nella relazione, abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento, e non deve necessariamente soffermarsi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte, che, sebbene non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili, senza che possa configurarsi vizio di motivazione, in quanto le critiche di parte, che tendono al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in mere argomentazioni difensive.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano, con riferimento all'art. 360, primo comma, num. 4, cod. proc. civ., "nullità della sentenza impugnata per motivazione apparente e, comunque, manifestamente illogica e contraddittoria, in violazione dell'articolo 132, secondo comma, num. 4, c.p.c.". Lamentano che la motivazione, risolvendosi nella mera riproduzione degli asserti della c.t.u., non offra alcuna pur minima spiegazione del perché essi sarebbero condivisibili, in particolare con riguardo alle questioni specificatamente dedotte dagli appellanti e alle puntuali critiche dagli stessi mosse in ordine ad aspetti essenziali dell'elaborato dei cc.tt.uu.

1.1. Sotto un primo profilo essi deducono che, nel motivare il rigetto del terzo motivo di gravame con il quale si censurava la decisione di primo grado nella parte in cui aveva respinto la richiesta di rimessione in istruttoria per una nuova c.t.u., la Corte d'Appello abbia ingiustificatamente affermato che tale richiesta non era supportata da specifiche critiche diverse da quelle alle quali gli ausiliari avevano già fornito puntuale risposta, dal momento che la sentenza non dà conto di quali fossero tali argomentazioni critiche asseritamente già valutate. Osservano al riguardo, in sintesi (v. ricorso, pagg. 12-17), che con l'appello era stato chiaramente evidenziato, sulla scorta delle valutazioni dei consulenti di parte, come

a) il "punto nodale" della questione fosse la erroneità della scelta terapeutica imputabile ai sanitari dell'Azienda Ospedaliera di Padova, la quale non integrava una "alternativa terapeutica" in generale e comunque, certamente, non costituiva una "alternativa" nello specifico caso di D.D.;

b) le conclusioni sul punto rassegnate dai cc.tt.uu. contraddicevano le premesse da essi stessi poste, là dove si riconosceva che "tale trattamento... era riservato ai pazienti con evidenza di residuo tumorale dopo l'intervento chirurgico", mentre nel caso di specie non vi erano "segni di persistenza di residui neoplastici".

1.2. Sotto altro profilo l'error in procedendo di cui alla rubrica è dedotto per avere il giudice d'appello richiamato e fatto propri passaggi della c.t.u. palesemente in contrasto fra loro. Tali in particolare

- l'affermazione secondo cui la scelta terapeutica adottata era "suffragata da confortanti risultati preliminari di diversi studi scientifici", in quanto smentita, pochi passaggi dopo, dal rilievo che l'unico studio, tra quelli già pubblicati, "da cui era emersa l'efficacia della chemioterapia come trattamento adiuvante di prima linea dopo chirurgia apparentemente radicale" riguardava "bambini affetti da ependimoma di età inferiore ai tre anni";
- l'affermazione che la scelta di inserire D.D. nel protocollo sperimentale venne effettuata anche alla luce "della presenza... di una neoformazione a livello dell'11a vertebra dorsale, suggestiva per la localizzazione secondaria della malattia neoplastica... che avrebbe potuto rispondere alla chemioterapia" (pag. 21 sentenza) laddove, poche righe prima (punto 3 – pag. 21 sentenza), la "probabile presenza di metastasi" viene indicata quale elemento preclusivo per l'inserimento di D.D. nel protocollo;
- l'affermazione secondo cui "le condizioni generali del ragazzo"

successive alla chemioterapia, "stabilmente caratterizzate da grande sofferenza", non erano causalmente imputabili alla chemioterapia, in quanto resa senza dare alcuna risposta alle puntuali contestazioni al riguardo svolte dal c.t.p. Dott. Sanapo, il quale aveva evidenziato come "il criterio cronologico e clinico – rende ragione nell'individuare nel caso in esame un rapporto di causa ed effetto altamente probabile, se non addirittura certo, fra l'illecita somministrazione della chemioterapia a D.D. e l'esteso danno neurologico da egli subito, soprattutto agli arti inferiori dove si espresse con la maggiore valenza menomativa", rilevando altresì come "l'aggravamento psico-fisico che ne derivò, nonché il ritardo e le limitazioni di terapie più appropriate, svolsero sicuramente un ruolo concausale nella comparsa della recidiva neoplastica che sin da subito si manifestò in crescita esponenziale causando la morte di D.D. entro un anno dalla sua comparsa";

- l'affermazione che la "causa della morte del bambino,... fu determinata "dalla inesorabile progressione della recidiva tumorale encefalica"', in quanto resa senza adeguatamente motivare il dissenso rispetto al rilievo dei cc.tt.pp. - sebbene supportato dalla cartella clinica (quanto all'esito positivo dell'intervento di doppia craniotomia eseguito in data 8 gennaio 1999) e dalle statistiche di studi clinici accreditati - secondo cui quasi certamente la recidiva non si sarebbe presentata ove i sanitari dell'Azienda Ospedaliera di Padova avessero seguito il trattamento radioterapico "già nei primi mesi del 1999, ossia subito dopo il primo intervento chirurgico e avessero asportato tempestivamente la seconda lesione senza attendere 5 mesi";
- l'affermazione secondo cui "il differimento di cinque mesi del trattamento radioterapico, conseguito alla scelta dei sanitari di praticare la chemioterapia" non aveva "determinato un pregiudizio alla probabilità di sopravvivenza, quantomeno in termini di significatività statistica, perché l'evoluzione infausta della drammatica vicenda di D.D. doveva essere essenzialmente ricondotta alle caratteristiche di aggressività della neoplasia encefalica, di per sé gravata da elevato rischio di recidiva (poi verificatasi) e da una prognosi altamente

sfavorevole", in quanto in contrasto con il successivo rilievo secondo cui 'nel caso di D.D. "l'exeresi chirurgica aveva apparentemente consentito di raggiungere un sufficiente controllo locale della malattia, che rappresenta, oggi come allora, il principale fattore prognostico in grado di ridurre il rischio di recidiva e migliorare la sopravvivenza a lungo termine"', di per sé comportante il riconoscimento che dopo il primo intervento chirurgico la prognosi del paziente fosse altamente favorevole;

- l'affermazione secondo cui fu corretta la scelta di sottoporre il piccolo D.D. al regime chemioterapico sperimentale, rispetto a quella, posta in premessa, secondo cui non si comprendevano "le motivazioni che indussero i sanitari a ricorrere alla chemioterapia di pima linea nello specifico caso".

1.3. Sotto altro profilo ancora la dedotta violazione emerge, secondo i ricorrenti, dalla "irriducibile illogicità" dell'affermazione secondo cui l'aver reclutato all'interno di un "Protocollo sperimentale" un paziente privo delle caratteristiche per rientrarvi integrerebbe una condotta colposa dei sanitari solo per non avere acquisito il "consenso espresso" dei genitori, ma non anche per avere negligentemente, imprudentemente ed in modo imperito applicato quel Protocollo ad un paziente i) non solo non idoneo (in quanto privo delle caratteristiche ivi indicate) ii) ma per il quale il trattamento chemioterapico sperimentale era addirittura non raccomandabile.

2. Il secondo motivo, sotto la rubrica "circa gli effetti, anche ex art. 336 c.p.c., della cassazione/riforma della sentenza impugnata sulle parti da essa dipendenti", è così testualmente illustrato "l'accoglimento di anche uno solo dei motivi di ricorso articolati nei precedenti paragrafi... non potrà che comportare la riforma, anche ex art. 336 c.p.c., delle ulteriori parti della sentenza... dipendenti da quella cassata e/o riformata (ivi compresa quelle concernente la risarcibilità del danno da perdita di chance di sopravvivenza e la liquidazione dei danni lamentati dai ricorrenti iure proprio e iure hereditario); parti che i Sig.ri A.A., B.B. e C.C. espressamente dichiarano di impugnare, così come in effetti impugnano, in quanto dipendenti dalle parti sopra citate e ritenute viziate sotto i profili sopra censurati".

3. Il primo motivo è infondato.

Secondo principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, 'la riformulazione dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., disposta dall'art. 54 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Pertanto, è denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione' (Cass. Sez. U. n. 8053 del 07/04/2014, Rv. 629830).

Devesi invero ribadire che, intanto un vizio di motivazione omessa o apparente è configurabile, in quanto, per ragioni redazionali o sintattiche o lessicali (e cioè per ragioni grafiche o legate alla obiettiva incomprensibilità o irriducibile reciproca contraddittorietà delle affermazioni delle quali la motivazione si componga), risulti di fatto mancante e non possa dirsi assolto il dovere del giudice di palesare le ragioni della propria decisione.

Non può invece un siffatto vizio predicarsi quando, a fronte di una motivazione in sé perfettamente comprensibile, se ne intenda diversamente evidenziare un mero disallineamento dalle acquisizioni processuali (di tipo quantitativo o logico vale a dire l'insufficienza o contraddittorietà della motivazione).

In questo secondo caso, infatti, il sindacato che si richiede alla Cassazione non riguarda la verifica della motivazione in sé, quale fatto processuale riguardato nella sua valenza estrinseca di espressione linguistica (significante) diretta a veicolare un contenuto (significato) e frutto dell'adempimento del dovere di motivare (sindacato certamente consentito alla Corte di cassazione quale giudice anche della legittimità dello svolgimento del processo cfr. Cass. Sez. U. 22/05/2012, n. 8077), ma investe proprio il suo contenuto (che si presuppone, dunque, ben compreso) in relazione alla correttezza o adeguatezza della ricognizione della quaestio facti.

Una motivazione in ipotesi erronea sotto tale profilo non esclude, infatti, che il dovere di motivare sia stato adempiuto, ma rende semmai sindacabile il risultato di quell'adempimento nei ristretti limiti in cui un sindacato sulla correttezza della motivazione è consentito, ossia, secondo la vigente disciplina processuale, per il diverso vizio di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ.), salva l'ipotesi dell'errore revocatorio.

4. Nel caso di specie non è ravvisabile alcuna delle gravi anomalie argomentative individuate nei citati arresti.

L'asserito irriducibile contrasto tra le affermazioni sulle quali si concentra l'attenzione critica dei ricorrenti, rinvenienti da singoli segmenti estrapolati dal ben più esteso e complesso impianto argomentativo della sentenza, non sussiste come è agevole verificare solo che quelle affermazioni vengano lette all'interno del più articolato discorso motivazionale (riportato, in ampia sintesi, nella parte narrativa della presente ordinanza). Appare evidente, infatti, che quelle apparenti incongruenze vengono come tali consapevolmente prese in considerazione dalla Corte di merito e tuttavia appianate nell'ambito di una complessiva valutazione tesa a evidenziare l'esistenza di altri elementi e circostanze che tolgono ad esse valore di segno univoco di colpa professionale e ne escludono comunque una incidenza causale rispetto al drammatico evolversi della malattia o anche solo alla sua tempistica.

5. In particolare, l'esclusione di una rimproverabilità della scelta terapeutica adottata, sia sul piano della perizia, che su quello della prudenza e diligenza, viene motivatamente esclusa sul rilievo che, in sostanza, trattavasi bensì di terapia sperimentale, ma tuttavia suffragata da studi che, sebbene riferiti a piccoli pazienti di età non superiore a tre anni, tuttavia non escludevano la possibilità di confidare su possibili benefici effetti anche nel caso in questione, senza gravi controindicazioni in termini di aumento dei rischi insiti comunque nella scelta opposta (che anzi si mirava a prevenire) e senza nemmeno precludere l'adozione degli altri percorsi terapeutici più sperimentati (ma parimenti non confortati da statistiche incoraggianti).

6. Al riguardo, sebbene la censura non richieda un sindacato sulla correttezza in iure di tale motivazione, varrà comunque incidentalmente rammentare che, quanto alla mancata adozione della tecnica recepita dalle linee guida (nel caso in esame quella indicata come golden standard), **questa Corte**

ha ripetutamente escluso sia una rilevanza normativa delle linee in parola, sebbene siano un parametro di accertamento della colpa medica (Cass. 29/04/2022, n. 13510), sia, soprattutto, una generale rilevanza "parascriminante" delle stesse; ciò sul rilievo che esse non assurgono al rango di fonti di regole cautelari codificate, non essendo né tassative né vincolanti, e comunque non possono prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la miglior soluzione per il paziente. Di tal che, pur rappresentando un utile parametro nell'accertamento dei profili di colpa medica, esse non eliminano la discrezionalità giudiziale, libero essendo il giudice di valutare se le circostanze del caso concreto esigano una condotta diversa da quella prescritta (Cass. 11/12/2023, n. 34516; v. anche Cass. pen. n. 16237 del 2013; n. 39165 del 2013).

7. Ma anche nella parte in cui esclude una incidenza causale della scelta terapeutica sul successivo infausto decorso, la motivazione appare chiara, coerente ed esaustiva anche nel dar risposta ai qui richiamati rilievi dei consulenti di parte, là dove in particolare rileva che

a) la grande sofferenza patita dal paziente successivamente ai cicli praticati di chemioterapia non è a questa riconducibile, se non nella misura differenziale valorizzata nella liquidazione del danno alla salute da mancato consenso informato, ma piuttosto ad un preesistente quadro patologico ("panipopituarismo (insufficienza funzionale globale della ghiandola ipofisi), trattata con terapia sostitutiva") che emergevano dalla cartella clinica già al primo ricovero presso l'ospedale di Padova;

b) eseguita l'asportazione chirurgica della metastasi vertebrale ed eseguita la radioterapia, il follow-up oncologico rimaneva negativo fino a novembre 2000 (quindi, dopo un anno e otto mesi dalla sospensione dei cicli di chemio e circa un anno e mezzo dopo anche l'asportazione della neoformazione a livello vertebrale) quando l'indagine RM evidenziava una recidiva tumorale in corrispondenza del "corno frontale del ventricolo laterale destro in progressiva espansione ai successivi controlli".

Piuttosto, sul punto, è la censura a porsi chiaramente al di fuori del paradigma tracciato dalle Sezioni Unite nella misura in cui pretende di ricavare un siffatto radicale vizio della sentenza da elementi estranei alla motivazione stessa (sostanzialmente mirandosi, inammissibilmente, ad una rilettura del materiale istruttorio e segnatamente ad una riconsiderazione delle risultanze della c.t.u. alla luce dei rilievi critici dei cc.tt.pp. di parte).

8. In proposito fondatamente la controricorrente richiama il principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, e che va qui ribadito, secondo cui il **giudice di merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che, nella relazione, abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento, e non deve necessariamente soffermarsi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte, che, sebbene non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili, senza che possa configurarsi vizio di motivazione, in quanto le critiche di parte, che tendono al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in mere argomentazioni difensive** (v. ex multis, da ultimo, Cass. 06/05/2024, n. 12195).

9. Non è invece pertinente il richiamo, in ricorso, del precedente di Cass. 05/05/2020, n. 8461, atteso che, in quel caso, a differenza di quello in esame, la motivazione della sentenza d'appello si risolveva nella generica affermazione della condivisibilità della relazione di consulenza, riprodotta tra virgolette per undici pagine, senza che però da ciò emergesse in alcun modo, diretto o indiretto, che ci si fosse fatto carico di quanto dedotto con l'appello, che tendeva a far rilevare che dalla stessa c.t.u. di primo grado emergeva che si versasse in un caso in cui era assolutamente controindicato o quantomeno fortemente sconsigliata il percorso operatorio in quel caso invece seguito dai sanitari.

10. È appena il caso di rilevare, poi, in relazione al terzo dei rilievi svolti in ricorso, che nessuna contraddizione può ravvisarsi tra l'avere riconosciuto un danno alla salute risarcibile, rappresentato dalle maggiori sofferenze determinate al paziente dai praticati cicli di chemioterapia, in conseguenza della lesione del diritto all'autodeterminazione da mancato consenso informato e l'avere invece negato che il ricorso a tale pratica fosse ascrivibile a colpa professionale (recte inesatto adempimento dell'obbligo assunto).

Proprio la diversità e autonoma rilevanza dei diritti fondamentali della persona la cui lesione attiva la tutela risarcitoria, giustifica la risarcibilità del danno alla salute conseguente ad un trattamento sanitario pur correttamente adottato ed eseguito ove possa ritenersi provato, come nella specie secondo specifico accertamento svolto in sentenza, che il paziente (nella specie per il tramite dei suoi rappresentanti legali), ove correttamente informato, lo avrebbe comunque rifiutato.

È in tal senso consolidato nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui, **in materia di responsabilità sanitaria, l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente assume diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute posto che, se nel primo caso l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia ex se una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario, nel secondo l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova - che, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 2697 c.c., grava sul danneggiato - del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso** (v. Cass. n. 19199 del 2018; n. 2998 del 2016; n. 2847 del 2010).

Con la precisazione, nel caso correttamente tenuta presente dai giudici di merito, che, in tale ipotesi, il danno sarà dato dalla "differenza" tra il maggior danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante.

11. Il secondo motivo non è tale, ossia è un "non motivo", limitandosi a postulare la caducazione, ex art. 336 cod. proc. civ. delle statuizioni conseguenti a quella di cui si auspica (per quanto detto, infondatamente) l'annullamento.

12. La memoria che, come detto, è stata depositata dai ricorrenti, ai sensi dell'art. 380-bis.1, primo comma, cod. proc. civ., reitera le tesi censorie già esposte in ricorso e non offre argomenti che possano indurre a diverso esito dell'esposto vaglio dei motivi.

13. Per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere dunque rigettato.

14. La peculiarità della fattispecie (data dalla rarità della patologia, dalla drammaticità dei suoi esiti e dal comprensibile scrupolo dei congiunti della giovanissima vittima nell'indagare profili di eventuale responsabilità) giustifica l'integrale compensazione delle spese.
15. Va dato atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte dei ricorrenti, al competente ufficio di merito, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.
rigetta il ricorso.
Compensa integralmente tra le parti le spese processuali.
Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello previsto per il ricorso, ove dovuto, a norma dell'art. 1-bis dello stesso art. 13.
Dispone che, in caso di utilizzazione della presente ordinanza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti riportati nella sentenza.
Così deciso in Roma il 27 novembre 2024.
Depositato in Cancelleria il 4 dicembre 2024.

Valore giuridico delle linee guida

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31063; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

In ambito medico le Linee Guida non hanno valore né normativo, né paranormativo. Esse non possono essere ritenute né tassative, né vincolanti; conseguentemente, rappresentano un parametro utile nell'accertamento dei profili di colpa medica, ma non valgono ad eliminare la discrezionalità del Giudice di valutare se le circostanze del caso concreto esigano una condotta diversa da quella prescritta nelle medesime Linee Guida.

... Omissis ...
Motivi della decisione

Motivi della decisione
I ricorrenti A.A. e B.B. articolano undici motivi di ricorso.
1.- Con il primo denunciano la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 325 e 326 c.p.c. in relazione all'art. 334 c.p.c. per non aver la Corte di merito rilevato d'ufficio che l'appello incidentale del dott. C.C. era inammissibile perché tardivo - nullità della sentenza e del procedimento - (vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360, 1 c. n. 4).
1.1. - Il motivo è in sé ammissibile, in quanto la mancata prospettazione, nel giudizio di secondo grado, della questione della tempestività o meno dell'appello incidentale, non determina una preclusione processuale nella deduzione della stessa nell'ambito del giudizio di legittimità , a mezzo del ricorso per cassazione, potendo essa essere eccepita o rilevata d'ufficio per la prima volta anche in sede di legittimità (Cass. S.U. n. 16979 del 2019).
Tuttavia, esso è infondato, alla luce del più recente orientamento di legittimità secondo il quale l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche quando riveste le forme dell'impugnazione adesiva rivolta contro la parte destinataria dell'impugnazione principale, in ragione del fatto che l'interesse alla sua proposizione può sorgere dall'impugnazione principale o da un'impugnazione incidentale tardiva (Cass. S.U. n. 8486 del 2024).
2.- Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art 342, primo comma n. 2 c.p.c. - nullità della sentenza e del procedimento - (vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360, 1 c. n. 4) per non avere la Corte distrettuale dichiarato l'appello della ASL inammissibile per difetto del requisito previsto dall'art. 342, 1 comma n. 2 c.p.c. in ordine alle censure in diritto e loro rilevanza.
2.1. - La censura è inammissibile, perché non vengono riportati, nemmeno per stralcio, i contenuti dell'atto di appello che ci si duole non sia stato dichiarato inammissibile, essendo necessario che la ricorrente individui gli elementi caratterizzanti del fatto processuale di cui si richiede il riesame (Cass. S.U. n. 5640 del 2019).
3. - Con il terzo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione prevista dall'art. 360 c.p.c., comma 1 n. 3 e 4, in relazione all'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, all'art. 115 c.p.c., comma 1, per non aver accolto l'eccezione secondo la quale l'impianto di ICD (defibrillatore cardioverter impiantabile) non avrebbe dovuto essere eseguito nell'immediato ma, secondo quanto previsto dalle linee guida, solo dopo che un iter diagnostico completo ed esaustivo avesse consentito di inquadrare con certezza l'episodio sincopale.
3.1. Il motivo, per come è formulato, è inammissibile perché si traduce in una critica all'accertamento in fatto ed alla valutazione delle prove, in questa sede non consentita. Esso non sottopone infatti il provvedimento impugnato ad una efficace critica sulla inappropriata motivazione della sentenza, in quanto acriticamente recettiva delle conclusioni del c.t.u. senza filtrarle attraverso le categorie giuridiche rilevanti per valutare se, date le condizioni della paziente, quel tipo di intervento fosse necessario, opportuno e non preferibilmente programmabile in altro momento più distante dalla sofferenza cardiaca già verificatasi.
4. - Con il quarto motivo i A.A. e B.B. denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 115 c.p.c. sotto il profilo dell'errore di percezione (vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360 1 c. n. 4 cpc) per essere incorsa la Corte di merito in un errore di percezione caduto sulla ricognizione oggettiva della prova, costituita appunto dalle Linee Guida, in quanto non avrebbe - erroneamente - dalle stesse ricavato che l'installazione di un impianto di ICD sarebbe stata appropriata quale mezzo di prevenzione secondaria della morte improvvisa solo a seguito di un approfondito iter diagnostico.
5. - Con il quinto motivo deducono la violazione e falsa applicazione degli artt. 132 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c. per vizio di motivazione relativamente alle osservazioni sollevate dai c.t.p. e sull'acritica adesione alle tesi del c.t.u. nonché sul mancato esame diretto da parte della Corte di merito delle Linee Guida (vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360 n. 4 e 5 c.p.c.).
6. - Con il sesto motivo denunciano la violazione dell'art. 1176 c.c. in ordine alla esclusione della condotta negligente del medico (art. 360 1 c. n. 3 c.p.c.) nonostante fosse difforme dalle Linee Guida.
6.1. I motivi quarto, quinto e sesto sono inammissibili, in quanto la censura, appena abbozzata in diritto, è in effetti tesa a contestare gli esiti dell'accertamento in fatto: si lamenta che il giudice d'appello non abbia esaminato le Linee Guida esistenti, aderendo acriticamente alle conclusioni del c.t.u. e che non abbia tratto da esse le conclusioni che, ove le avesse effettivamente esaminate, avrebbe dovuto trarne. Ciò di cui in effetti ci si duole è che la sentenza abbia concluso, recependo acriticamente la valutazione del c.t.u. d'appello, nel senso che la possibile cardiomiopatia aritmogena della paziente giustificasse l'impianto immediato di ICD, prescindendo dall'esame delle Linee Guida, che avrebbero invece sconsigliato l'impianto ICD senza un previo approfondimento sulle condizioni della paziente.
Di per sé, **le Linee Guida non hanno valore né normativo né paranormativo: come già affermato da Cass. n. 34516 del 2023 esse non possono essere ritenute né tassative, né vincolanti; conseguentemente, esse rappresentano un parametro utile nell'accertamento dei profili di colpa medica, ma non valgono ad eliminare la discrezionalità del giudice di valutare se le circostanze del caso concreto esigano una condotta diversa da quella prescritta nelle medesime Linee Guida. Di conseguenza, l'esclusione della responsabilità dei sanitari non può essere ritenuta in violazione di legge esclusivamente perché la condotta dagli stessi tenuta non sarebbe stata coincidente con quella privilegiata dalle Linee Guida.**
7. - Con il settimo motivo i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 132, c. 2 n. 4 in relazione all'art.

1218 c.c. (art. 360 n. 3 e 4 c.p.c.) per avere la Corte di merito ritenuto che gli eventi dannosi derivanti da malposizionamento di un catetere defibrillatore e da uno pneumotorace fossero complicanze rare ma possibili e come tali prevedibili ma non prevenibili.

7.1. - Il motivo è fondato e va accolto.

La motivazione della sentenza impugnata, finora non ben censurata dai precedenti motivi di ricorso, si caratterizza per una pedissequa adesione alle argomentazioni del c.t.u., che vengono fatte assurgere, da indicazioni di natura tecnica quali sono, da utilizzare a supporto di una motivazione che presuppone la previa individuazione delle norme di legge applicabili alla fattispecie in esame, e la valutazione dei fatti alla stregua della conformità o meno alla regola comportamentale da esse derivante, a regola stessa della decisione.

In particolare, in relazione al punto qui censurato, la sentenza afferma, recependo anche in questo caso pedissequamente gli esiti della c.t.u., che il mal posizionamento di un dispositivo di stimolazione cardiaca, e quindi l'attività stessa posta in essere dai medici dell'ospedale di Chieti sulla paziente, in un ventricolo piuttosto che in un altro, sia qualificabile come una "complicanza", prevedibile ma non evitabile, e che pertanto per esso i sanitari non fossero responsabili.

Erra la sentenza impugnata nell'attribuire al riferimento ad una complicanza, mutuato dalla consulenza tecnica, il valore di nozione dotata di giuridica rilevanza, essendo quest'ultima una reazione fisica inaspettata o comunque un accadimento esterno all'operato dei medici che si verifica nel corso di un intervento chirurgico (o del decorso di una malattia), laddove il posizionamento errato di un catetere ventricolare, in un ventricolo diverso rispetto a quello ove era programmato che, sulla base della patologia da cui era affetta la paziente, dovesse essere installato, è frutto di un comportamento umano, e va valutato sotto il profilo della causalità materiale a provocare alla paziente, anziché un beneficio, un aggravamento della sua condizione preoperatoria.

Sarà quindi necessario procedere ad un nuovo accertamento per verificare se il posizionamento difforme rispetto al programma operatorio sia in rapporto causale con l'aggravamento delle condizioni della paziente e la necessità dei tentativi successivi di riallocazione e con le loro conseguenze. In questo caso, il medico e la struttura sanitaria saranno chiamati a risponderne, a meno che non si provi che la situazione era tale che il dislocamento non fosse frutto di imperizia, e che esso, pur facendo uso di una diligenza commisurata al caso di specie, non avrebbe potuto essere evitato.

A questo primo accadimento, del quale va dunque accertato se possa essere considerato frutto di errore umano, dovuto ad imperizia al momento dell'intervento o se esso fosse inevitabile, si aggiunge il comportamento successivo dei medici e della struttura sanitaria, che va anch'esso valutato sotto il profilo dell'apporto causale e sotto il profilo della imperizia e della negligenza nel comportamento dei sanitari, i quali, accortisi del posizionamento dell'apparecchio in ventricolo diverso rispetto a quanto programmato - ove la stessa struttura aveva reputato necessario che fosse senza indugio installato per risolvere il problema da cui era affetta la signora - tentavano invano, a più riprese, di effettuarne lo spostamento nel ventricolo ove esso sarebbe stato effettivamente utile allo scopo programmato - fino a perforare la pleura - per poi inviare la paziente all'ospedale di Pisa per correggere il posizionamento del catetere ventricolare.

Nella sentenza impugnata manca completamente una motivazione autonoma e non meramente riproduttiva degli esiti della ctu, e manca tutto il percorso di accertamento giuridico dell'esistenza del nesso di causalità materiale tra l'operato del sanitario e il danno lamentato dalla paziente, nonché, una volta effettuata la verifica dell'esistenza del nesso di causalità materiale, la verifica se l'eventuale errore medico sia dovuto a causa non imputabile.

La Corte territoriale dovrà verificare se:

- l'installazione dell'impianto ICD poteva ritenersi una scelta clinica adeguata, in relazione alle condizioni della paziente;
- ove fosse stata una scelta adeguata, se la tempistica della installazione doveva considerarsi corretta, in relazione alle condizioni della paziente;
- se l'intervento sia stato eseguito con correttezza e diligenza;
- se il malposizionamento del catetere sia dovuto ad errore umano - essendo irrilevante, sul piano giuridico, la sua qualificazione da parte del c.t.u. in termini di "complicanza" - o se l'errore dovesse ritenersi inevitabile in quanto provocato dalla conformazione fisica del cuore della paziente;
- se potessero ritenersi eseguite con correttezza e diligenza le successive manovre, infruttuose, di riposizionamento corretto del catetere che hanno provocato la perforazione della pleura;
- se, quanto alla responsabilità della struttura sanitaria, possa ritenersi conforme ad una corretta organizzazione la scelta dapprima di compiere a mezzo dei propri medici l'impianto ICD sulla paziente e solo dopo aver constatato l'inesatto posizionamento, l'incapacità dei propri medici di correggerlo e la causazione di ulteriore danno alla paziente, la scelta di trasferire la paziente altrove per far effettuare da ospedale specializzato il corretto posizionamento.

L'errore di diritto in cui è incorso il giudice di merito consiste nell'aver perso di vista che, **nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso verificatosi a carico del paziente costituisca una "complicanza" rispetto al normale iter, rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico. Il peggioramento delle condizioni del paziente, infatti, può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile** (v. Cass. n.35024 del 2022).

È in questi termini l'apprezzamento che la Corte d'Appello avrebbe dovuto fare - e non ha fatto, non avendo formulato una valutazione giuridica degli elementi della fattispecie, ma avendo solo recepito le indicazioni tecnico statistiche del consulente tecnico, attribuendo ad esse, erroneamente, il rango di regole giuridiche di valutazione del comportamento medico.

8.- Con l'ottavo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 132 c.p.c. e dell'art. 118 disp. att. c.p.c. in relazione all'art.2669 e seg. c.c. per travisamento della prova, per aver deciso in contrasto della informazione probatoria derivante dalle prove legali offerte, aventi efficacia sino a querela di falso, costituite dai referti e certificazioni presenti nella cartella clinica rilevanti e decisivi ai fini del decidere con conseguente nullità della sentenza e del procedimento (vizio denunciabile ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 4 c.p.c.).

9. - Con il nono lamentano la violazione e falsa applicazione degli artt. 132 n. 4 e 115 c.p.c. con riferimento all'art. 360,

primo comma, n. 4 e 5 cod. proc. civ., nullità della sentenza per travisamento della prova per utilizzo di informazione probatoria inesistente o smentita da altre informazioni probatorie in ordine ad asserite malattie preesistenti al ricovero ed in ordine alla concomitanze di altre "complicanze" come si legge in c.t.u. o di altre "problematiche", come si legge nella sentenza di appello, insorte nel corso della degenza la cui natura iatrogena (e quindi non naturale) risulta smentita da informazioni probatorie costituita dalla cartella clinica.

10.- Con il decimo motivo si dolgono della violazione e falsa applicazione dell'art. 132, comma secondo, n. 4, c.p.c., da valere ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c per irrazionale in quanto manifestamente illogica affermazione che il termine "dislocazione" indicato nel modulo di consenso informato significhi "malposizionamento".

11. - Con l'undicesimo motivo denunciano la violazione degli artt. 40 e 41 c.p. rilevabile ai sensi dell'art 360 n. 3 c.p.c., in ordine alla esclusione del nesso di causalità tra la condotta colposa perché negligente, imprudente o imperita di malposizionare un elettrocatetere defibrillatore e l'evento di danno, in violazione delle regole di accertamento della causalità materiale.

L'ottavo e il nono motivo sono in parte inammissibili in quanto il fenomeno denunciato non rientra nella ristretta area di rilevanza del travisamento della prova come individuato da Cass. S.U. n. 5792 del 2024, in parte assorbiti dall'accoglimento del precedente motivo n. 7.

Anche il motivo 10, e l'11, relativo alla necessità di procedere all'accertamento del nesso di causalità materiale tra il comportamento dei sanitari e i danni lamentati dalla paziente, rimangono assorbiti dall'accoglimento del settimo motivo e dalla necessità, alla stregua di esso, di rinnovare l'accertamento in fatto associandolo ad un percorso motivazionale corretto, fondato sui principi di diritto sopra indicati.

In accoglimento del motivo n. 7, assorbiti i successivi, la sentenza impugnata è cassata e la causa è rinviata alla Corte d'Appello de L'Aquila che deciderà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta i motivi da 1 a 6, accoglie in n. 7, dichiara assorbiti i successivi motivi, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello de L'Aquila in diversa composizione anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, l'11 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 4 dicembre 2024.

Responsabilità medica e personalizzazione del danno non patrimoniale

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 9 dicembre 2024, n. 31681; Pres. Scoditti; Rel. Spaziani

In tema di danno non patrimoniale da lesione della salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato negli Uffici Giudiziari di merito può essere incrementata dal Giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, solo in presenza di conseguenze anomale o del tutto peculiari (tempestivamente allegate e provate dal danneggiato), mentre le conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età non giustificano alcuna "personalizzazione" in aumento.

... Omissis ...
Motivi della decisione

A. Va anzitutto esaminato il ricorso principale proposto da A.A., in proprio, quale amministratrice di sostegno della figlia B.B. e quale genitore esercente la responsabilità genitoriale sulla figlia minore C.C., anche quali eredi pro quota di D.D., per la cassazione della sentenza d'appello definitiva n. 635/2022.
A.1. con il primo motivo viene denunciata la "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043 - 2056 - 2059 cc e dell'art. 1226 cc, nonché degli art. 115 e 116 cpc, in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 e omesso esame di un fatto decisivo del giudizio in relazione all'art. 360 comma 1 n. 5".
Le ricorrenti principali si dolgono che la Corte d'Appello, nel ridurre la somma specificamente dovuta, a titolo risarcitorio, a B.B., abbia escluso la "personalizzazione" del danno nella misura del 25%, già riconosciuta dal primo giudice.
Sostengono che in tal modo la Corte territoriale avrebbe violato il principio dell'integralità del risarcimento, non valutando, "nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite e le lesioni e i pregiudizi subiti in concreto da B.B.", ed in particolare, tra l'altro, la compromissione delle abilità viso-percettive e logico-associative, le difficoltà nel processamento rapido dell'informazione, nella memoria a breve termine di lavoro e nel mantenimento prolungato dell'attenzione e dello sforzo, l'impedimento a compiere gli atti della vita quotidiana, i ritardi nell'apprendimento e la necessità di assistenza costante da parte di un adulto.
A.1.1. Il motivo è infondato.
La Corte d'Appello ha escluso la personalizzazione, osservando, da un lato, che essa "deve essere accordata solo in presenza di allegazione e di positiva dimostrazione di specifiche circostanze ... e postula l'individuazione di elementi di danno ulteriori rispetto a quelli ordinari che sono già compensati dalla liquidazione forfettizzata tabellare"; e rilevando, dall'altro lato, che "nel caso concreto nulla era stato allegato di specifico in citazione che possa in astratto giustificare la personalizzazione".
In tal modo il giudice territoriale ha fatto corretta applicazione del principio, reiteratamente affermato da questa Corte, secondo cui, **in tema di danno non patrimoniale da lesione della salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato negli uffici giudiziari di merito può essere incrementata dal giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, solo in presenza di conseguenze anomale o del tutto peculiari (tempestivamente allegate e provate dal danneggiato), mentre le conseguenze ordinariamente derivanti da pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età non giustificano alcuna "personalizzazione" in aumento** (Cass. 07/05/2018, n. 10912; Cass. 30/10/2018, n. 27482; Cass. 11/11/2019, n. 28988; Cass. 04/03/2021, n. 5865).
D'altra parte, le stesse deduzioni formulate dalle ricorrenti dimostrano, prima ancora che il mancato accertamento, l'omessa allegazione di quelle circostanze specifiche ed eccezionali, le quali rendano il danno subìto più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti da lesioni personali dello stesso grado sofferte da persone della stessa età, risarcite dalla liquidazione forfettizzata del danno non patrimoniale assicurata dalle previsioni tabellari.
Il primo motivo del ricorso principale va pertanto rigettato.
A.2. Con il secondo motivo del medesimo ricorso viene denunciata la "Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043 - 2056 - 2059 cc e dell'art. 1226 cc, nonché degli art. 115 e 116 cpc, in relazione all'art. 360 comma 1 n. 3 e omesso esame di un fatto decisivo del giudizio in relazione all'art. 360 comma 1 n. 5".
Le ricorrenti principali censurano la sentenza impugnata per avere ridotto la liquidazione dell'importo già dovuto a A.A. e D.D. (e, quindi, agli eredi di quest'ultimo) a titolo di risarcimento del danno da lesione del rapporto parentale.
A.2.a. Deducono, per un verso, che il Tribunale, in sede di valutazione equitativa, aveva congruamente liquidato tale voce di danno, avuto riguardo al radicale sconvolgimento della vita personale, familiare, sociale e professionale che l'evento dannoso occorso a B.B. aveva causato in capo ai suoi genitori; pertanto, illegittimamente la Corte d'Appello ne avrebbe ridotto l'importo sul rilievo che esso sarebbe stato determinato equiparando la vicenda concreta alla fattispecie di uccisione del prossimo congiunto.
A.2.b. Osservano, per altro verso, che la liquidazione in minus della Corte territoriale, operata in applicazione delle tabelle del Tribunale di Roma e del criterio "a punto" su cui esse erano fondate (rispetto alla maggior liquidazione effettuata dal Tribunale in base alle tabelle milanesi basate sul diverso sistema "a forbice"), in quanto dettata dalla necessità di adeguarsi al principio affermato da Cass. n. 10579/2021 e da Cass. n. 33005/2021 (che avevano segnato un mutamento di orientamento nella giurisprudenza di legittimità), avrebbe integrato un evidente caso di "prospective overruling", di cui avrebbe dovuto escludersi l'efficacia retroattiva.
A.2.1. Il motivo è manifestamente infondato.
A.2.1.a. La Corte territoriale ha operato la riduzione dell'importo spettante a titolo di risarcimento del pregiudizio da lesione del rapporto parentale, sull'incontestato rilievo che il "Tribunale ... aveva liquidato il danno riflesso ai genitori

equiparandolo al danno riflesso da uccisione del prossimo congiunto".

Effettuato questo rilievo, la Corte d'Appello ha correttamente osservato che, "sebbene le condizioni di notevole deficit cognitivo e motorio di B.B. (avessero) determinato profonda sofferenza nei genitori e un radicale mutamento delle condizioni di vita in quanto costretti ad una assistenza continua della figlia", tuttavia la situazione della nascita di un figlio con gravi menomazioni non era del tutto equiparabile a quella della perdita di un figlio.

A.2.1.b. Nel provvedere alla nuova liquidazione della voce di danno in esame, la Corte territoriale, inoltre, ha debitamente fatto applicazione del principio secondo il quale, **in tema di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul "sistema a punti", che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella** (Cass. 21/04/2021, n. 10579; Cass. 29/09/2021, n. 26300; Cass. 28/02/2023, n. 5948; Cass. 19/9/2024, n. 25213).

L'affermazione di questo principio, a partire da Cass. n. 10579 del 2021, non ha determinato affatto una fattispecie di prospective overruling, la quale richiede la cumulativa presenza di presupposti (a) che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; b) che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; c) che il suddetto overruling comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte) in alcun modo rinvenibili nell'evoluzione interpretativa giurisprudenziale del concetto di equità liquidatoria, posto a fondamento della norma (non processuale, ma) sostanziale di cui all'art. 1226 cod. civ., quale concetto fondato, da un lato, sul giudizio di equo contemperamento di tutti i fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto e, dall'altro, sull'esigenza di uniformità di giudizio in casi analoghi.

In definitiva, il ricorso principale deve essere rigettato.

B. Va ora esaminato il ricorso incidentale proposto dalla Gestione Liquidatoria della Azienda USSL n. 10 di A per la cassazione, non solo della sentenza d'appello definitiva n. 635/2022, ma anche della sentenza d'appello non definitiva n. 489/2019, per la quale era stata validamente depositata riserva di ricorso per cassazione.

I primi tre motivi criticano la sentenza non definitiva n. 489/2019.

B.1. con il primo motivo del ricorso incidentale viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., la "Violazione delle norme di cui agli artt. 83 e 300 c.p.c. e derivante nullità della sentenza".

Precisamente, viene denunciata la "violazione del disposto di cui all'art. 83 in relazione all'art. 300 c.p.c., nella parte in cui la sentenza impugnata ritiene regolarmente proseguito il giudizio di primo grado nonostante il procuratore costituito, dichiarato l'evento interruttivo, non avesse ricevuto il mandato per proseguire il giudizio in nome e per conto dell'amministratore di sostegno".

La ricorrente incidentale deduce che nel corso del giudizio di primo grado, all'udienza del 20 ottobre 2015, il difensore di parte attrice aveva dichiarato l'evento interruttivo costituito dalla sopravvenuta maggiore età della minore B.B. ed aveva prodotto il decreto di nomina ad amministratore di sostegno della madre A.A. acciocché, "secondo le intenzioni, il procedimento proseguisse in persona sua".

Peraltro, il difensore non era stato debitamente munito, a mezzo di procura all'uopo conferita, dello ius postulandi necessario per proseguire il giudizio in nome e per conto di B.B., in persona del suo amministratore di sostegno.

Ciò dedotto, l'ente liquidatorio dell'AUSSL, ricorrente in via incidentale, sostiene che l'attività processuale successivamente svolta nell'interesse di B.B. sarebbe stata espletata in difetto di procura da parte di un difensore privo dello ius postulandi, con conseguente estinzione del giudizio e nullità della sentenza.

Ciò, in applicazione del principio secondo cui "nelgiudizio introdotto dai genitori di un minorenne, quando si verifichi una causa interruttiva riguardante la controparte, è nullo l'atto di riassunzione fatto dal difensore degli attori originari in nome esclusivamente del figlio divenuto, "medio tempore", maggiorenne, ma non conferitario della procura, giacché il raggiungimento della maggiore età e la contestuale perdita da parte dei genitori della rappresentanza legale del minorenne, determina esso stesso una causa interruttiva del giudizio, che, solo quando non sia dichiarata, consente all'originario mandato - per il principio della ultrattività - di continuare a spiegare i suoi effetti nella fase processuale in cui l'evento si verifica" (viene citata, al riguardo, tra le altre, la pronuncia di questa Corte n. 14518 del 2015).

B.1.1. Il motivo è manifestamente infondato.

In primo luogo, va rammentato il pacifico e consolidato orientamento di questa Corte secondo cui la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 300 cod. proc. civ., avente ad oggetto un evento interruttivo del processo, costituendo una dichiarazione negoziale di volontà (e non una mera dichiarazione di scienza), deve supporre la volontà del dichiarante di provocare l'interruzione stessa, con la conseguenza che quest'ultima non si realizza allorché la causa interruttiva (nella specie, la perdita della capacità processuale del rappresentante legale per il sopravvenuto raggiungimento della maggiore età del soggetto rappresentato) sia stata esposta per fini diversi, dilatori o meramente informativi (Cass.30/05/1995, n. 6062; Cass. 19/03/2015, n. 10210; in tema cfr., di recente, Cass. 11/11/2024, n. 29042).

Nella fattispecie, la dichiarazione di raggiungimento della maggiore età della minore B.B., unitamente alla comunicazione dell'avvenuta nomina di A.A. quale amministratore di sostegno della medesima in ragione della sua impossibilità di provvedere personalmente ai suoi interessi, resa a fini meramente informativi, non supponeva la volontà di provocare l'interruzione del processo, ma quella contraria che lo stesso proseguisse ininterrottamente, permanendo del resto immutata la situazione processuale per cui B.B., non avendo il libero esercizio dei propri diritti, sarebbe stata in giudizio a mezzo del proprio rappresentante legale. In mancanza dell'effetto interruttivo, l'originario mandato difensivo, in ragione del principio di ultrattività, aveva quindi continuato a spiegare i suoi effetti durante tutto il primo grado di giudizio, senza che potesse ipotizzarsi né l'estinzione dello stesso, né la dedotta nullità della sentenza.

In secondo luogo, quando pure si dovesse ammettere la verificazione dell'effetto interruttivo, la fattispecie processuale integratasi nella vicenda in esame non è in alcun modo paragonabile a quella in cui ordinariamente si verifica, nel corso del processo, il raggiungimento della maggiore età del figlio che sta in giudizio in persona del suo genitore e la contestuale perdita da parte di quest'ultimo della rappresentanza legale del minorenne.
In tale ipotesi, infatti, per un verso, vi è la perdita della legitimatio ad processum del genitore per effetto dell'acquisizione della capacità di agire e, quindi, della legittimazione processuale, piena ed esclusiva, del figlio, per modo che il genitore non può più stare in giudizio per il figlio (o, il che è lo stesso, quest'ultimo non può stare in giudizio in persona del genitore); per altro verso, si ha che il figlio, ormai dotato di capacità di agire processuale esclusiva, deve provvedere personalmente a conferire la procura al difensore, essendo divenuta inefficace, per difetto di legittimazione del conferente, quella rilasciata dal precedente rappresentante legale.
Nel caso in esame, invece, al raggiungimento della maggiore età da parte di B.B. è seguita l'istituzione dell'amministrazione di sostegno e la designazione della madre A.A. all'ufficio di amministratore; pertanto, A.A. non ha perduto la legitimatio ad processum in favore di quella, piena ed esclusiva, della figlia, ormai divenuta maggiorenne, la quale, al contrario, ha continuato a stare in giudizio rappresentata dalla medesima persona (arg. ex artt. 409 cod. civ. e 75 cod. proc. civ.) che aveva in suo nome efficacemente introdotto il giudizio medesimo e conferito la procura al difensore nell'esercizio della rappresentanza legale genitoriale. Pertanto, non vi era bisogno di una nuova procura, dal momento che quella originariamente conferita era stata rilasciata da soggetto dotato di perdurante legittimatio ad processum, mentre sarebbe stata evidentemente invalida, per difetto di capacità di agire processuale, quella che B.B. avesse conferito personalmente.
Il primo motivo del ricorso incidentale va, dunque, rigettato.
B.2. Con il secondo motivo del ricorso incidentale vengono articolate due censure.
In primo luogo, viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., l'"omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, per avere la Corte d'Appello mancato di esaminare la scrittura privata di transazione ed il contratto d'assicurazione, per verificare se nell'una trovasse posto la contemplatio domini e nell'altro il conferimento di poteri rappresentativi; nonché per avere mancato di esaminare la questione della ratifica, ove mai ritenuti insussistenti poteri rappresentativi ma espressa la contemplatio domini".
In secondo luogo, viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., la "violazione del disposto di cui agli artt. 1388 e 1965 c.c., in relazione ai criteri interpretativi di cui all'articolo 1362 c.c., poiché l'interpretazione contrattuale offerta dalla Corte d'Appello esprime una lettura che vanifica il contenuto della transazione raggiunta con il danneggiato dall'assicuratore della responsabilità civile nella qualità di rappresentante del suo assicurato; nonché violazione del disposto di cui all'art. 1399 c.c., poiché la Corte d'Appello manca per intero di fare applicazione dell'istituto della ratifica, pur ricorrendone tutti i presupposti".
Le censure, in quanto connesse, vanno illustrate ed esaminate congiuntamente.
L'ente ricorrente in via incidentale evidenzia - riproponendo un'eccezione già ripetutamente formulata nei gradi di merito - che l'atto stragiudiziale in forza del quale la compagnia assicurativa della azienda sanitaria, Generali Italia Spa, aveva versato ai danneggiati l'importo di Euro 258.228,40, "a tacitazione definitiva di ogni proprio diritto presente e futuro nei soli confronti di Generali Spa" e "con rinuncia quindi ad ogni azione in qualsiasi sede nei soli suoi confronti", era stato concluso, secondo l'espressa previsione contrattuale, "in via di transazione" e "per conto del sottomenzionato assicurato", ovverosia la Gestione Liquidatoria della AUSSL n. 10 di A, mentovata poco dopo nel contesto dell'atto medesimo.
Secondo la ricorrente incidentale, la Corte d'Appello, avuto riguardo a tali espresse previsioni, avrebbe dovuto prendere atto che la società assicurativa aveva agito in rappresentanza dell'ente assicurato, per conto del quale era stato eseguito il pagamento e sulla cui sfera giuridica si sarebbero puntualizzati gli effetti della transazione, ivi compreso quello della rinuncia ad ogni ulteriore pretesa e azione.
Precisamente, dalla contemplatio domini contenuta nel contratto di transazione sarebbe risultata la spendita, da parte dell'assicuratore, del potere rappresentativo dell'assicurato, mentre la sussistenza di tale potere sarebbe risultata dal contratto di assicurazione, il quale prevedeva che la compagnia assumesse, sia in sede giudiziale che stragiudiziale, la gestione delle vertenze dell'assicurato; quand'anche, poi, in tale previsione non fosse rinvenibile la fonte del potere rappresentativo, l'operato di Generali Italia Spa, rappresentante senza potere, sarebbe stato comunque ratificato per facta concludentia dalla azienda sanitaria rappresentata.
B.2.1. Il motivo, nelle due doglianze in cui si articola, è in parte inammissibile e in parte manifestamente infondato.
È inammissibile nella parte in cui censura l'interpretazione del contratto effettuata dalla Corte d'Appello, la quale, traducendosi in un'operazione di ricerca ed individuazione della comune volontà dei contraenti, costituisce un accertamento di fatto, riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità sulla base di una mera critica del risultato esegetico e della contrapposizione ad esso di una differente interpretazione, nel quadro delle diverse, plausibili, opzioni ermeneutiche (Cass. 02/05/2006, n. 10131; Cass.20/11/2009, n. 24539; Cass. 15/11/2017, n. 27136; Cass. 28/11/2017, n. 28319).
Il motivo è, invece, manifestamente infondato nella parte in cui dall'eventuale imputazione degli effetti della transazione alla Gestione Liquidatoria della AUSSL n. 10 di A, fa conseguire l'implicazione circa l'estensione delle rinunce poste in essere dai danneggiati anche nei suoi confronti; ben vero, infatti, quand'anche si volesse ammettere che la transazione fosse stata validamente ed efficacemente conclusa dalla compagnia assicurativa per conto (ed eventualmente anche in nome) dell'ente sanitario assicurato, dovrebbe comunque escludersi che tale ente beneficiasse anche degli effetti delle rinunce, le quali, pur essendo racchiuse nel medesimo atto scritto contenente la transazione, integravano dichiarazioni negoziali autonome e distinte ed erano state espressamente formulate dagli stipulanti nei soli confronti della società assicurativa.
Anche il secondo motivo va quindi complessivamente rigettato.
B.3. Con il terzo motivo del ricorso incidentale vengono articolate tre censure.
In primo luogo, viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., "violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1223, 1225, 1226, 1227 e 1228 c.c. e artt. 40 e 41 c.p., per aver la Corte territoriale, nell'applicazione del principio

del "più probabile che non" all'accertamento del nesso causale tra condotta della struttura sanitaria e l'evento lesivo, omesso di ricercare i necessari elementi di conferma nelle peculiarità del caso concreto, per attestarsi al mero piano delle statistiche Generali ed astratte che originano le regole cautelari in tesi violate".

In secondo luogo, viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 n. 4 cod. proc. civ., "violazione della norma di cui all'art. 112 c.p.c. e derivante nullità della sentenza, nella parte in cui la sentenza impugnata accoglie una domanda di condanna con una motivazione che riconosce non più che la lesione della chance di miglior successo terapeutico, sebbene la relativa domanda non fosse stata proposta e così con violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunziato".

In terzo luogo, viene denunciata, ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ., "violazione della norma di cui all'art. 2236 c.c., nella parte in cui la Corte d'Appello omette di portare la sua cognizione e considerare connotata dalla necessità di risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà, per l'effetto rimproverabile soltanto in caso di colpa grave, la scelta di rinunziare al già disposto taglio cesareo e procedere con parto strumentale a mezzo di ventosa".

B.3.1. La terza censura è manifestamente infondata.

La ricorrente, movendo dal rilievo che nella fattispecie sarebbe stato "sommamente difficoltoso", per i sanitari, "la scelta del trattamento da praticare, tra taglio cesareo e ventosa ostetrica, a fronte di una sofferenza fetale che andava palesandosi", rimprovera al giudice del merito di non aver preso atto del "difetto di prova di colpa grave ex art. 2236 cod. civ.", alla cui sussistenza è condizionato il giudizio di responsabilità del prestatore d'opera allorché la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Nel formulare questa censura, la ricorrente non considera, peraltro, da un lato, che, **nell'ambito della responsabilità contrattuale, non incombe sul creditore l'onere di dimostrare la colpa del debitore (né, tanto meno, la gravità di essa) ma spetta a quest'ultimo il contrario onere di dimostrarne l'assenza (ex multis, Cass. 21/06/2004, n. 11488; Cass. 24/05/2006, n. 12362; Cass. 20/10/2014, n. 22222; Cass. 06/05/2020, n. 8496; Cass. 09/05/2024, n. 12760); dall'altro lato, che la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 cod. civ. attiene alle sole ipotesi di imperizia (Cass. 19/04/2006, n. 9085; Cass. 11/12/2023, n. 34516; Cass. 17/02/2024, n. 25026), laddove, nella fattispecie, sono state imputate ed accertate condotte omissive negligenti ed imprudenti, quale l'omessa esecuzione del controllo cardiotocografico nella fase pre-parto e l'omessa effettuazione di esami diagnostici e il ritardato trasferimento in neonatologia nella fase post-parto; anche la condotta posta in essere al momento del parto, diretta ad escludere il taglio cesareo e ad applicare la ventosa ostetrica, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, si colloca nell'alveo delle violazioni del canone di diligenza e prudenza, atteso che non è stata accertata l'esecuzione imperita dell'operazione di applicazione della ventosa, ma il carattere negligente della scelta di preferire tale strumento all'intervento chirurgico.**

La terza censura articolata con il terzo motivo, pertanto, va rigettata.

... Omissis ...

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità relative al rapporto processuale tra le ricorrenti principali e la ricorrente incidentale.

Condanna le ricorrenti principali a rimborsare alla controricorrente F.F. le spese del del giudizio di legittimità concernenti il relativo rapporto processuale, che liquida in Euro 6.950,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie, agli esborsi liquidati in Euro 200,00 ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte delle ricorrenti principali e della ricorrente incidentale, al competente ufficio di merito, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, ove dovuto.

Ai sensi dell'art. 52 del D.Lgs. n. 196 del 2003, dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi delle ricorrenti principali e delle altre persone in esso menzionate.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, in data 27 novembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 9 dicembre 2024.

Profili assicurativi della responsabilità medica, non abusiva la clausola clausola claims

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 12 dicembre 2024, n. 32048; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

In ambito assicurativo la clausola claims è da reputarsi in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto, con conseguente esclusione della natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., in quanto clausola non limitativa della responsabilità, correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle "conseguenze patrimoniali" di cui "l'assicurato intende traslare il rischio": cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato.

... Omissis ...

Motivi della decisione

1. Con un unico motivo la ASL ricorrente denuncia "Violazione ed errata applicazione degli artt. 1322, commi 1 e 2, 1343, 1362, 1419, comma 2, 1917 e 2965 cod. civ. in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ.".

Lamenta che la corte territoriale non ha considerato che il contratto stipulato con la compagnia assicurativa Amtrust conteneva una clausola claims made che integrava una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 cod. civ., nella misura in cui faceva dipendere la possibilità di evitare la decadenza non dal comportamento dell'assicurato, bensì dalla condotta del terzo danneggiato che aveva avanzato la richiesta di risarcimento, condotta sulla quale l'assicurato, che aveva l'onere di denunciare il sinistro solo dopo aver ricevuto dal danneggiato la richiesta di risarcimento, non poteva certo influire.

2. Il motivo è infondato.

2.1. **Lo è, anzitutto, quanto alla censura che evoca, di per sé, la vessatorietà della clausola claims made, la quale - come già precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass., Sez. Un., n. 9140/2016 e Cass., Sez. Un., n. 22437/2018) - è da reputarsi in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto, con conseguente esclusione, quindi, della natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 cod. civ., in quanto clausola non limitativa della responsabilità, "correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle "conseguenze patrimoniali" di cui "l'assicurato intende traslare il rischio": cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato" (così la citata Cass., Sez. Un., n. 22437/2018).**

2.2. Lo è, inoltre, in relazione alla doglianza che lamenta la violazione dell'art. 2965 cod. civ.

Questa Corte ha, infatti, enunciato (successivamente all'arresto, rimasto isolato, portato da Cass., n. 8894/2020), il principio (coerente agli approdi nomofilattici recati dalle citate Cass., Sez. Un., n. 9140/2016 e da Cass., Sez. Un., n. 22437/2018) - e che, pertanto, si intende qui ribadire - per cui, **in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola claims made non integra una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 cod. civ. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio genus dell'assicurazione contro i danni ex art. 1904 cod. civ., della cui causa indennitaria la clausola claims made è pienamente partecipe (Cass. n. 12908/2022; Cass. n. 12462/2024).**

3. In conclusione, quindi, il ricorso deve essere rigettato.

4. Le spese del giudizio di legittimità, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 1.600,00 per compensi, oltre spese forfettarie nella misura del 15 per cento, esborsi, liquidati in Euro 200,00, ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, al competente ufficio di merito, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione il 7 ottobre 2024.

Depositata in Cancelleria il 12 dicembre 2024.

Sottoposizione a TSO, la procedura da seguire

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 19 dicembre 2024, n. 33290; Pres. Scoditti; Rel. Rubino

La sottoposizione a TSO avviene all'esito di una complessa procedura che si articola in una richiesta a doppia firma volta a segnalare la necessità di sottoposizione al trattamento, proveniente dal medico di medicina generale di un ospedale pubblico e controfirmata dallo specialista di psichiatria del medesimo ospedale, preceduta necessariamente dalla visita di entrambi al paziente, in una ordinanza sottoscritta dal Sindaco come autorità di vigilanza del territorio in materia sanitaria, a sua volta sottoposta al vaglio del controllo da parte del Giudice Tutelare (e quindi del Giudice Ordinario, perché idonea a determinare la compressione di un diritto fondamentale).

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis...

6.- Tutto ciò premesso, il primo motivo di ricorso è fondato e va accolto, i successivi rimangono assorbiti.
6.1. - Come già affermato da questa Corte (Cass. n. 509 del 2023 e Cass. n. 25127 del 2024), il trattamento **sanitario obbligatorio - che integra un evento terapeutico straordinario, finalizzato alla tutela della salute mentale del paziente - può essere disposto anche senza il consenso informato dello stesso, ove, a fronte di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, non sia possibile adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra-ospedaliere e il paziente rifiuti gli interventi terapeutici proposti.**
La sottoposizione ad un trattamento limitativo della libertà personale quale il TSO, che si accompagna anche ad eventuali terapie farmacologiche o nei casi estremi a misure di contenzione personali imposte, per preservare la salute e la sicurezza prima di tutto del paziente in condizioni di fragilità psichica e di quanti vengano a contatto con lui, avviene all'esito di una complessa procedura (analiticamente ricostruita da Cass. n. 509 del 2023) che si articola in una richiesta a doppia firma volta a segnalare la necessità di sottoposizione al trattamento, proveniente dal medico di medicina generale di un ospedale pubblico e controfirmata dallo specialista di psichiatria del medesimo ospedale, preceduta necessariamente dalla visita di entrambi al paziente, in una ordinanza sottoscritta dal sindaco come autorità di vigilanza del territorio in materia sanitaria, a sua volta sottoposta al vaglio del controllo da parte del giudice tutelare (e quindi del giudice ordinario, perché idonea a determinare la compressione di un diritto fondamentale).
Nel caso di specie, la paziente, portata in ospedale, è stata visitata dai due medici che hanno richiesto per lei il TSO, ma l'ordinanza sindacale è stata successivamente annullata perché si è accertato che fosse totalmente priva di adeguata motivazione. Essa, come provvedimento legittimante la temporanea privazione della libertà personale in capo alla ricorrente, non esiste più.
6.2. - Ciò premesso, è in sé corretta l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, in base alla quale l'annullamento della ordinanza del Sindaco di Omissis **non implica, di per sé, che il destinatario del provvedimento dichiarato illegittimo sia esonerato dal dover dimostrare l'esistenza del danno ingiusto come conseguenza del trattamento subito, atteso che, anche in caso di illegittima sottoposizione a TSO non si può, senza aggiungere altre considerazioni, affermare che dal trattamento sanitario illegittimo discendono automaticamente delle conseguenze dannose a carico di chi lo ha subito, risarcibili in via equitativa. Come in ogni altro caso in cui sia allegato il verificarsi di un danno non patrimoniale, scaturente come conseguenza da un determinato evento dannoso, l'esistenza del medesimo è comunque essere oggetto di prova, non potendo derivare con carattere di automaticità dall'annullamento del provvedimento autorizzativo del TSO (in questo senso, a proposito di danni da TSO, Cass. n. 3900 del 2016, citata dalla sentenza impugnata).**
È bene puntualizzare che, nel caso di specie, la A.A. ha agito per il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla illegittima, prolungata sottoposizione a un trattamento limitativo della sua libertà personale, in tutte le sue componenti, consistenti sia nella sofferenza legata alla vicenda in sé, che nel danno dinamico relazionale provocatole dall'episodio che ha portato al suo ricovero in ospedale e poi dal trattenimento forzato e nella sottoposizione forzosa a terapie.
… Omissis…

P.Q.M.
La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese del presente giudizio, alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione.
Così deciso nella camera di consiglio della Corte di cassazione il 24 ottobre 2024.
Depositato in Cancelleria il 19 dicembre 2024.

Infezioni nosocomiali, presunzioni di responsabilità e vicinanza della prova

CASSAZIONE CIVILE, sezione III, ordinanza 30 dicembre 2024, n. 35062; Pres. Rubino; Rel. Vincenti

Nel caso delle infezioni nosocomiali, che qui specificamente interessa, l'addossare alla struttura sanitaria la prova 'liberatoria' sulla adozione delle misure atte a prevenire il contagio non comporta, dunque, un'inversione dell'onere di prova, in violazione del disposto dagli artt. 2697 e 2043 c.c. (o, per altro verso, una impropria applicazione dell'art. 1218 c.c.), ma deve essere inteso come onere di prova 'contraria' volto a contrastare la valenza e l'efficacia probatoria delle anzidette presunzioni che già operano in favore dell'attore in punto di dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità aquiliana e, dunque, anche di quello soggettivo.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

È principio ormai consolidato (tra le altre: Cass. n. 19033/2021; Cass. n. 25884/2022; Cass. n. 5922/2024; Cass. n. 25805/2024) che **l'accertamento del nesso causale nella responsabilità civile debba essere è improntato alla regola di funzione della preponderanza dell'evidenza (o del "più probabile che non"), per cui si impone al giudice di dare prevalenza alla spiegazione causale che si presenta come più probabile, tenuto conto, in base ad un giudizio di tipo inferenziale, della comparazione tra le diverse spiegazioni alternative, attenendosi nella valutazione ad un concetto di probabilità non necessariamente statistico, ma altresì logico, tale per cui, nella comparazione tra due o più possibili spiegazioni di un evento, una di esse prevale sulle altre in ragione dei suoi riscontri probatori o della sua coerenza intrinseca o di altro criterio di giudizio valido a sorreggere la decisione**.
Di una siffatta regola ha fatto corretta applicazione la Corte territoriale, individuando, proprio in base ad una valutazione inferenziale ispirata al criterio della preponderanza dell'evidenza, quale fosse (cfr. sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa", cui si rinvia integralmente; pp. 10/12 sentenza di appello) "l'ipotesi più probabile" tra quelle alternativamente prospettate, ossia la derivazione nosocomiale dell'infezione da "Klebsiella" oppure che la paziente ne fosse già "colonizzata" presso il proprio domicilio o, in ogni caso, al di fuori dell'ambiente ospedaliero, giungendo a ritenere che la prima di dette ipotesi fosse, per l'appunto, quella "più probabile" all'esito di un articolato giudizio - sorretto dalle risultanze della CTU, già fatte proprie dal Tribunale - in cui sono stati valorizzati una pluralità di elementi indiziari favorevoli (dato statistico significativo riguardante i casi di "Klebsiella" verificatisi proprio presso l'Ospedale dell'Angelo: 23 casi nel 2013 e 24 nel 2014; frequenti accessi in ospedale della paziente per dialisi; accesso della paziente in ospedale proprio in prossimità dell'epoca del decesso) ed esclusa l'efficacia probatoria di altri (comorbilità e fragilità della paziente).
Si tratta di una motivazione più che rispettosa del c.d. "minimo costituzionale" e, dunque, non confliggente con l'art. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c. (e l'art. 111 Cost.), giacché affatto intelligibile e priva, come tale, di intrinseche aporie, che, del resto, la AULSS intenderebbe accreditare anche tramite il raffronto con elementi esterni alla motivazione stessa, in parte qua veicolando una doglianza inammissibile (cfr. Cass., S.U., n. 8053/2014).
Per il resto, le censure si palesano inammissibili, in quanto volte, nella sostanza, a criticare la valutazione dei fatti e delle prove - riservata al giudice del merito e insindacabile in questa sede, se non nei ristretti termini del vizio di "omesso esame" di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., non proposto dalla AULSS -, nonché, in ogni caso, l'esito del ragionamento presuntivo operato della Corte territoriale, tramite una alternativa ricostruzione delle circostanze fattuali e la prospettazione di una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta e applicata dallo stesso giudice di appello (tra le altre: Cass. n. 9054/2022; Cass. n. 15699/2023; Cass. n. 29228/2024).
5. - Vanno ora scrutinati i primi quattro motivi del ricorso principale.
5.1. - Il primo motivo è inammissibile.
Con esso non è colta la ratio decidendi della sentenza impugnata, la quale - diversamente da quanto ritenuto e censurato dai ricorrenti principali - ha affermato essere sussistente il nesso di causalità materiale tra infezione nosocomiale ("Klebsiella Pneumoniae"), contratta dalla D.D. presso l'Ospedale dell'Angelo di Mestre, e il decesso della stessa per shock settico.
Ciò che la Corte territoriale ha escluso è, invece, la prova della "colpa" della struttura sanitaria, quale (ulteriore) elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui, nella specie, è da sussumersi la pretesa risarcitoria avanzata dagli attori per il ristoro del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale (secondo l'accertamento del giudice di appello non fatto oggetto di censure e, comunque, reso in armonia con l'orientamento di questa Corte: tra le altre, Cass. n. 21404/2021 e Cass. n. 6386/2023).
6.2. - Il secondo e il terzo motivo sono fondati per quanto di ragione.
6.2.1. - In punto di diritto, questa Corte, con la sentenza n. 6386 del 3 marzo 2023 (richiamata da entrambe le parti) - resa in controversia, analoga alla presente, avente ad oggetto una pretesa risarcitoria per danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, a seguito di decesso per contagio infettivo nosocomiale, azionata nei confronti di una struttura sanitaria - ha ribadito, anzitutto, che detta pretesa ha riguardo ad una responsabilità di tipo aquiliano (ex art. 2043 c.c.), spettando, quindi, agli "attori l'onere di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale della struttura" (p. 8), e ha, poi, enunciato i seguenti principi di diritto in tema di infezioni nosocomiali:

1) l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria dev'essere effettuato sulla base dei criteri temporale (relativo al numero di giorni trascorsi dopo le dimissioni dall'ospedale prima della contrazione della patologia), topografico (correlato all'insorgenza dell'infezione nel sito chirurgico interessato dall'intervento, in assenza di patologie preesistenti e di cause sopravvenute eziologicamente rilevanti, da valutarsi secondo il criterio della cd. probabilità prevalente) e clinico (in ragione del quale, a seconda della specificità dell'infezione, dev'essere verificato quali misure di prevenzione sarebbe stato necessario adottare da parte della struttura sanitaria);
2) la responsabilità della struttura sanitaria non ha natura oggettiva, sicché, a fronte della prova presuntiva, gravante sul paziente, della contrazione dell'infezione in ambito ospedaliero, la struttura può fornire la prova liberatoria di aver adottato tutte le misure utili alla prevenzione delle stesse, consistente nell'indicazione: a) dei protocolli relativi alla disinfezione, disinfestazione e sterilizzazione di ambienti e materiali; b) delle modalità di raccolta, lavaggio e disinfezione della biancheria; c) delle forme di smaltimento dei rifiuti solidi e dei liquami; d) delle caratteristiche della mensa e degli strumenti di distribuzione di cibi e bevande; e) delle modalità di preparazione, conservazione ed uso dei disinfettanti; f) della qualità dell'aria e degli impianti di condizionamento; g) dell'avvenuta attivazione di un sistema di sorveglianza e di notifica; h) dei criteri di controllo e di limitazione dell'accesso ai visitatori; i) delle procedure di controllo degli infortuni e della malattie del personale e delle profilassi vaccinali; j) del rapporto numerico tra personale e degenti; k) della sorveglianza basata sui dati microbiologici di laboratorio; l) della redazione di un "report" da parte delle direzioni dei reparti, da comunicarsi alle direzioni sanitarie al fine di monitorare i germi patogeni-sentinella; m) dell'orario delle effettiva esecuzione delle attività di prevenzione del rischio.
6.2.2. - Il Collegio intende ribadire tali principi con le precisazioni che seguono.
6.2.2.1. - **Non è in dubbio che la prova della responsabilità aquiliana della struttura sanitaria debba essere fornita dal danneggiato, in applicazione (indiscussa) del combinato disposto degli artt. 2697 e 2043 c.c., essendo quest'ultima disposizione ad indicare gli elementi costitutivi della fattispecie sui quali la prova stessa, gravante su chi agisce per il risarcimento del danno (art. 2697 c.c.), deve vertere: condotta del danneggiante, evento dannoso, nesso causale tra condotta ed evento, e, infine, colpa o dolo dello stesso danneggiante.**
Tale prova può essere diretta e, dunque, tale da fornire la dimostrazione positiva dell'insorgenza dell'infezione in ambiente ospedaliero, del decesso del paziente a causa del contagio e della mancata predisposizione da parte della struttura di misure precauzionali atte ad evitare il contagio medesimo ovvero della negligenza/imprudenza dei sanitari che abbiano essi stessi, a motivo della prestazione resa, determinato l'insorgenza dell'infezione.
Tuttavia, una siffatta prova diretta non è agevole da fornire, soprattutto in relazione all'elemento soggettivo della fattispecie ex art. 2043 c.c., giacché è la struttura sanitaria a dover assolvere all'obbligo di predisporre tutte le misure utili alla prevenzione delle infezioni nosocomiali e sono nella disponibilità esclusiva della struttura sanitaria i relativi dati che ne documentano l'adempimento.
Di qui, in difetto della disponibilità di quei dati da parte del danneggiato, il consentito ricorso al principio della vicinanza della prova, che permette al danneggiato di fornire la prova della responsabilità della struttura sanitaria in base alle presunzioni semplici, che potranno operare alla luce degli anzidetti criteri: temporale, topografico e clinico.
Come già affermato dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di contagio da emotrasfusioni infette (ambito di indagine che rivela più di una contiguità con quello in esame), la prova, che grava sull'attore danneggiato, del nesso causale intercorrente tra la specifica trasfusione ed il contagio da virus HCV, può essere fornita - ove risulti provata l'idoneità di tale condotta a provocare il contagio - anche con il ricorso alle presunzioni, in difetto di predisposizione (o anche solo di produzione in giudizio), da parte della struttura sanitaria, della documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente, e ciò in applicazione del criterio della vicinanza della prova (Cass., S.U., n. 582/2008; Cass. n. 23210/2015; Cass. n. 5961/2016).
In particolare, come argomentato funditus dalla citata Cass., S.U., n. 582/2008 (da cui le citazioni che seguono), a differenza della responsabilità sanitaria di tipo contrattuale (in cui il principio della vicinanza della prova è stato sovente utilizzato, dopo l'arresto di Cass., S.U., n. 13533/2001), in ambito di responsabilità extracontrattuale, proprio per l'anzidetto combinato operare dell'art. 2697 e 2043 c.c. (che grava l'attore della dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie), "non può farsi riferimento direttamente al principio della vicinanza della prova per assumere che, se tale prova dell'esistenza o inesistenza del nesso causale (nella specie, della 'colpa') trovasi nella disponibilità esclusiva di una delle due parti, questa è onerata dal fornirla".
Tale prova può, tuttavia, "può essere fornita anche tramite presunzioni, allorché il soggetto convenuto era obbligato (sulla base di norme giuridiche o tecniche) a predisporre la documentazione relativa alla condotta tenuta ed, avendone la disponibilità, non la fornisca, ovvero non l'abbia proprio predisposta".
Né, in tal modo, si avrebbe un'inversione dell'onere della la prova, poiché se l'elemento costitutivo della responsabilità da fatto illecito (nel nostro, caso la 'colpa' della struttura sanitaria) "non risulta provato o sulla base della documentazione di cui ha l'esclusiva disponibilità il convenuto, che era tenuto a predisporla, ovvero perché il giudice di merito ritiene che nel caso concreto non sussistano le condizioni di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., fondate sulla mancata produzione di tale documentazione, opera pur sempre il principio di cui all'art. 2967 c.c.": con la conseguenza che la domanda del danneggiato andrebbe rigettata, mentre, se fosse operante un'inversione dell'onere probatorio, la domanda stessa andrebbe accolta.
6.2.2.2. - Nel caso delle infezioni nosocomiali, che qui specificamente interessa, l'addossare alla struttura sanitaria la prova 'liberatoria' sulla adozione delle misure atte a prevenire il contagio non comporta, dunque, un'inversione dell'onere di prova, in violazione del disposto dagli artt. 2697 e 2043 c.c. (o, per altro verso, una impropria applicazione dell'art. 1218 c.c.), ma deve essere inteso come onere di prova 'contraria' volto a contrastare la valenza e l'efficacia probatoria delle anzidette presunzioni che già operano in favore dell'attore in punto

di dimostrazione degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità aquiliana e, dunque, anche di quello soggettivo.

6.2.3. - Ciò premesso in diritto, giova rammentare come si snoda la ratio decidendi che sorregge la statuizione impugnata (cfr. sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa"; pp. 12/16 della sentenza di appello): a) accertata l'origine nosocomiale dell'infezione, su un piano diverso si poneva "il problema costituito dall'impossibilità d'individuare con quale modalità fosse stata contratta l'infezione e il momento del contagio", assumendo al riguardo "rilevanza la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale"; b) la responsabilità della AULSS per il danno da perdita del rapporto parentale lamentato dagli attori era stata affermata dal Tribunale in quanto responsabilità di natura contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., spettando, quindi, alla struttura sanitaria dimostrare "l'impossibilità soggettiva della prestazione per causa non imputabile al personale sanitario o a un difetto organizzativo della struttura" e l'AULSS "non era stata in grado di provare che le procedure per evitare il contagio fossero state sempre scrupolosamente rispettate"; c) una volta ricondotta, però, la pretesa risarcitoria per l'anzidetto danno nell'alveo della responsabilità aquiliana, era onere degli attori fornire prova della "colpa" dei medici o della "organizzazione sanitaria", ossia la dimostrazione "della violazione di... norma precauzionale, come i protocolli di prevenzione dell'infezione", o "di una condotta comunque negligente o imprudente del personale idonea a favorire il contagio"; d) tale prova gli attori non avevano fornito; e) né a tal fine potevano, gli stessi attori, avvalersi delle "presunzioni tipiche di tale forma di responsabilità" e né "invocar(e) il principio di vicinanza della prova per ritenere dimostrata una responsabilità colposa dei medici e/o dell'organizzazione sanitaria".

6.2.4. - Alla luce di quanto evidenziato in punto di diritto, le censure di parte ricorrente colgono nel segno là dove lamentano che il giudice di appello abbia escluso (e ciò, sebbene implicitamente, ma in modo inequivoco) di poter fare riferimento alle presunzioni semplici, di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c. e, con esse, al principio di vicinanza della prova al fine di valutare la sussistenza, o meno, della "colpa" della struttura sanitaria per il contagio infettivo subito dalla paziente poi deceduta per shock settico, arrestando il giudizio negativo sull'assolvimento dell'onere probatorio - effettivamente spettante agli attori, ai sensi dell'art. 2697 c.c. in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 2043 c.c. - al rilievo della sola circostanza fattuale, "ignota", della "impossibilità d'individuare con quale modalità fosse stata contratta l'infezione e il momento del contagio", pur essendo "fatto noto" che lo stesso contagio era di origine nosocomiale. In altri termini: posto il "fatto ignoto" di "come e quando" l'infezione era stata contratta, la Corte territoriale ha correttamente escluso che, ai fini dell'affermazione di responsabilità della AULSS, potesse operare la "presunzione legale" di cui all'art. 1218 c.c. - e, dunque, rispetto alla fattispecie di responsabilità ex art. 2043 c.c., che potesse invertirsi l'onere della prova, così da far gravare sulla struttura sanitaria la dimostrazione dell'assenza di "colpa" (rectius: dell'esatto adempimento della prestazione sanitaria o di una "causa non imputabile" dell'inadempimento) -, ma ha erroneamente ritenuto che, al riguardo, non potessero operare le presunzioni "semplici", unitamente al principio della vicinanza della prova, muovendo dagli stessi "fatti noti" che avevano già circostanziato la dimostrazione della derivazione nosocomiale del contagio: dato statistico significativo riguardante i casi di "Klebsiella" verificatisi proprio presso l'Ospedale dell'Angelo; frequenti accessi in ospedale della paziente per dialisi; accesso della paziente in ospedale proprio in prossimità dell'epoca del decesso; non rilevanza della situazione di comorbilità e fragilità della paziente.

E l'efficacia di quelle presunzioni, rimessa all'apprezzamento del giudice del merito, la stessa AULSS 3 avrebbe, quindi, potuto, e dovuto, contrastare fornendo la prova, 'contraria', di aver predisposto ogni adeguata ed efficacia misura preventivo-cautelativa contro il contagio.

7. - Il quarto motivo è inammissibile.

Varrà rammentare che la non contestazione - che la parte interessata a farla valere ha l'onere di dedurre prima che abbia ingresso il mezzo istruttorio disposto per l'accertamento del fatto non contestato (altrimenti, emergendo tacitamente una convergente contestazione del fatto stesso, sorge la necessità del relativo accertamento) - , se solleva la parte dall'onere di provare il fatto non specificamente contestato dal convenuto costituito, non esclude tuttavia che il giudice, ove dalle prove comunque acquisite emerga la smentita di quel fatto o una sua diversa ricostruzione, possa pervenire ad un diverso accertamento (Cass. n. 18503/2005; Cass. n. 9234/2006).

I ricorrenti non danno contezza alcuna, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 366, primo comma, n. 4 e n. 6, c.p.c., di aver tempestivamente dedotto la "non contestazione", da parte della AULSS, dell'omissione, da parte della struttura sanitaria, delle doverose cautele intese ad evitare il contagio della congiunta dalla malattia infettiva e, peraltro, non contestano neanche che - come affermato dal giudice di appello (pp. 12 e 13 della relativa sentenza) - il Tribunale era giunto ad affermare la responsabilità della AULSS non già ritenendo provata direttamente la "colpa", bensì in applicazione dell'art. 1218 c.c. e, dunque, per non aver dimostrato la "impossibilità soggettiva della prestazione per causa non imputabile al personale sanitario o a un difetto organizzativo della struttura".

Peraltro, sebbene quanto evidenziato sia già di per sé assorbente, nel ricorso non si assume neppure che la questione della "non contestazione" (ove, in via di ipotesi, dedotta e non accolta) fosse stata comunque riproposta in sede di appello, al fine di evitare la presunzione di rinuncia derivante da un comportamento omissivo ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (tra le altre: Cass. n. 25840/2021), sebbene al riguardo non necessitasse la proposizione di appello incidentale in quanto gli attori erano, comunque, vittoriosi in punto di responsabilità della AULSS per il danno patito iure proprio.

8. - Deve, infine procedersi all'esame del quinto motivo del ricorso principale e del secondo motivo del ricorso incidentale, che hanno ad oggetto, entrambi, la liquidazione del c.d. danno terminale patito dalla D.D., dante causa degli attori.

8.1. - È logicamente prioritario lo scrutinio del secondo motivo del ricorso incidentale, giacché censura il riconoscimento stesso di detto danno.

8.1.1. - Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

È anzitutto infondata la doglianza - veicolata in subordine, ma logicamente da esaminare per prima - di motivazione resa in violazione dell'art. 132 c.p.c. in quanto "contraddittoria".

L'impianto argomentativo che sorregge la decisione è il seguente (cfr. sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa"; p. 19 della sentenza di appello): in base alla CTU, il periodo di danno biologico temporaneo totale era "fra il 4 e il 13 gennaio 2013"

e andava distinto "il periodo 4-6 gennaio 2013 (tre giorni) dal periodo 7-13 gennaio (7 giorni) perché l'accertamento medico legale ha chiarito che solo sino al giorno 6 la paziente rispondeva allo stimolo doloroso e quindi può presumersi che perdurasse, anche se in forma parziale, uno stato di coscienza", mentre "nei giorni successivi la paziente non era in condizioni di percepire dolore".

Appare evidente che una siffatta motivazione non si presta alla critica della AULSS, giacché non mostra alcuna contraddittorietà intrinseca, la sola che la potrebbe rendere affetta da nullità (cfr. principio di diritto riportato al par. 4.1. che precede).

È, altresì, infondata la censura di error in iudicando, poiché la decisione della Corte territoriale è coerente con il principio, enunciato in più di un'occasione da questa Corte (tra le altre: Cass. n. 23183/2014; Cass. n. 16592/2019; Cass. n. 18056/2019; Cass. n. 5753/2024), secondo cui **la persona che, in ragione delle lesioni patite in conseguenza dell'illecito, non muoia immediatamente può acquistare e trasmettere agli eredi il diritto al risarcimento sia del danno biologico temporaneo - che di regola sussiste solo per sopravvivenze superiori alle 24 ore e deve essere accertato senza riguardo alla circostanza se la vittima sia rimasta o meno cosciente - sia del danno non patrimoniale consistito nella "formido mortis", che andrà verificato di caso in caso e che ricorrerà esclusivamente ove la vittima abbia avuto la consapevolezza della propria sorte e della morte imminente**.

Per il resto, le doglianze della AULSS si appuntano sull'accertamento effettuato dalla Corte territoriale in base all'apprezzamento delle risultanze della CTU e in forza di inferenza presuntiva e, come tali, si palesano inammissibili, investendo direttamente la quaestio facti riservata al giudice del merito, il cui apprezzamento (anche in guisa di risultato dell'applicazione delle presunzioni semplici) è insindacabile in questa se non (come già detto) negli stretti termini del vizio, non dedotto, di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

8.2. - Il quinto motivo del ricorso principale è, anch'esso, in parte infondato e in parte inammissibile.

La liquidazione operata dalla Corte territoriale, nel caso di specie, applicando la tabella del Tribunale di Milano, non disconosce i criteri indicati da questa Corte (cfr. precedenti richiamati al par. 8.1.1., che precede) secondo cui al danno biologico terminale, consistente in un danno da invalidità temporanea totale (sempre presente e che si protrae dalla data dell'evento lesivo fino a quella del decesso), può sommarsi una componente di sofferenza psichica (danno catastrofale), sicché, mentre nel primo caso la liquidazione può essere effettuata sulla base delle tabelle relative all'invalidità temporanea, nel secondo la natura peculiare del danno rende necessaria una liquidazione affidata ad un criterio equitativo puro che tenga conto dell'enormità della sofferenza psichica, giacché tale danno, ancorché temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità e la durata della consapevolezza della vittima non rileva ai fini della sua oggettiva configurabilità, ma soltanto sul piano della quantificazione del risarcimento secondo criteri di proporzionalità e di equità.

È, pertanto, non concludente la doglianza sul raffronto effettuato dal giudice di appello, in termini di quantum risarcitorio, tra danno terminale e danno da perdita del rapporto parentale in vista della scelta della tabella (quella milanese in luogo della veneziana adottata dal primo giudice), poiché non affatto incidente sui criteri di liquidazione poi applicati. Né ha pregio la critica sulla mancata distinzione tra le due componenti risarcitorie (biologica e "morale"), posto che entrambe sono state contemplate nella liquidazione del giudice di appello in base alla già menzionata tabella. è, poi, inammissibile la censura che attiene al fatto che la tabella milanese risentirebbe "dei medesimi principi riduttivi - sofferenza che si attenua per adattamento del soggetto all'approssimarsi della fine" - del danno da premorienza, poiché non tiene conto della ratio decidendi della statuizione impugnata (cfr. sintesi al par. 2.1. dei "Fatti di causa"; 19/20 della sentenza di appello), avendo la Corte territoriale liquidato il valore massimo tabellare per i primi tre giorni del periodo considerato a fini risarcitori (10 giorni totali), i soli ad essere connotati da coscienza della paziente tale da consentire il riconoscimento del danno terminale, mentre non si è posto per il residuo periodo (di sette giorni) alcun problema di applicazione di un "valore decrescente", giacché è stato applicato il valore monetario di liquidazione per un giorno di inabilità temporanea assoluta (euro 72), con maggiorazione dell'importo stesso (del 50%) e, quindi, fatto oggetto di ulteriore personalizzazione, ma, comunque, depurato della componente c.d. "morale", in ragione dello stato di incoscienza della danneggiata.

In forza di quanto da ultimo evidenziato, sono inammissibili anche le restanti censure sull'asserito errore di calcolo addebitato al giudice di appello, giacché muovono dall'erroneo presupposto di una liquidazione complessiva di componente biologica e "morale" per tutto il periodo considerato (10 giorni), che confligge con la ratio decidendi della sentenza impugnata.

Conclusioni.

9. - Vanno, dunque, accolti il secondo e il terzo motivo del ricorso principale di B.B. e A.A., mentre devono essere rigettati i restanti motivi del medesimo ricorso, nonché il ricorso incidentale della AUSS 3 "Serenissima".

La sentenza va cassata in relazione ai motivi accolti e la causa rinviata alla Corte di appello di Venezia, in diversa composizione, anche per la regolamentazione delle spese di legittimità.

P.Q.M.

accoglie il secondo e il terzo motivo del ricorso principale e rigetta i restanti motivi del medesimo ricorso;

rigetta il ricorso incidentale;

cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti del ricorso principale e rinvia la causa alla Corte di appello di Venezia, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1-quater del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di Ornella D.D., ivi riportati.

Così deciso in Roma, l'11 dicembre 2024.

Depositato in Cancelleria il 30 dicembre 2024.

Il Merito Civile

a cura di Giuseppe Cassano
Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche European School of Economics

---

*** Conseguenze sottese alla difettosa tenuta della cartella clinica**
CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione II, sentenza 3 gennaio 2024, n. 14; Pres. Federico; Rel./Est. Bellucci

*** Responsabilità medica, l'incidenza della Riforma "Gelli-Bianco"**
TRIBUNALE di Ancona, sentenza 3 gennaio 2024, n. 6; Giud. Marani

*** Assenza di rilievo, sul piano giuridico, della nozione di complicanza**
CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 9 gennaio 2024, n. 42; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

*** Decesso del paziente e valore giuridico dell'autopsia**
CORTE D'APPELLO di Ancona, sentenza 22 gennaio 2024, n. 129; Pres. Marziali; Rel. Giungi

*** Certificato medico di pronto soccorso quale atto pubblico che fa fede fino a querela di falso**
CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 22 gennaio 2024, n. 137; Pres./ Est. Marcelli

*** Responsabilità medica, le conseguenze della causa del danno assolutamente incerta**
CORTE D'APPELLO di Salerno, sezione I, sentenza 30 gennaio 2024, n. 61; Pres. Iannicelli; Est. Giuliana

*** Responsabilità medica e riparto dell'onere probatorio**
TRIBUNALE di Livorno, sentenza 31 gennaio 2024, n. 173; Giud. Scaramuzzino

*** Nesso causale tra condotta colposa del sanitario ed evento lesivo**
CORTE D'APPELLO di Potenza, sentenza 6 febbraio 2024, n. 59; Pres. Videtta; Est. Apicella

*** Rilevanza del pregresso stato morboso del paziente-danneggiato**
CORTE D'APPELLO di Roma, sezione VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 883; Pres. Perinelli; Rel. Venarubea

*** Rapporto tra le conclusioni del C.T.U. e la decisione del Giudice**
CORTE D'APPELLO di Roma, sezione VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 892; Pres./Est. Perinelli; Rel. Venarubea

*** Conseguenze del mancato raggiungimento del risultato da parte del medico**
CORTE D'APPELLO di Bari, sezione III, sentenza 16 febbraio 2024, n. 255; Pres. Ancona; Rel. Manzionna

*** Come calibrare la diligenza professionale del medico**
TRIBUNALE di Potenza, sentenza 24 febbraio 2024, n. 332; Giud. Valitutti

*** Termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica**
CORTE D'APPELLO di Bari, sezione III, sentenza 26 febbraio 2024, n. 285; Pres. Ancona; Rel. Barracchia

*** Contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità**
TRIBUNALE di Trieste, sentenza 28 febbraio 2024, n. 210; Giud. Cicero

*** Contratto di spedalità ed effetti protettivi in favore dei terzi**
TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 6 marzo 2024, n. 4186; Giud. Pellettieri

*** Condotta negligente del sanitario e scelte organizzative della struttura sanitaria**
CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione IX, sentenza 18 marzo 2024, n. 1200; Pres. Cucciniello; Rel. Nicoletta

*** Responsabilità medico-chirurgica e CTU "percipiente"**
CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione IX, sentenza 2 aprile 2024, n. 1426; Pres. Rel./Est. Scotti D'Abbusco

*** Azione diretta del paziente-danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa**
TRIBUNALE di Locri, sentenza 18 aprile 2024; Giud. Andrizzi

*** Prova del danno da perdita del rapporto parentale**
TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 29 aprile 2024, n. 7290; Giud. Marcelli

*** Responsabilità contrattuale del sanitario e riparto dell'onere della prova**
TRIBUNALE di Cosenza, sezione II, sentenza 29 aprile 2024, n. 965; Giud. Grossi

*** Malpractice medica, limiti alla competenza del foro del consumatore**
TRIBUNALE di Bari, sezione III, sentenza 2 maggio 2024, n. 2070; Giud. Sforza

*** Responsabilità medica, nella diligenza valutabile va ricompresa anche la perizia**
TRIBUNALE di Nola, sezione I, sentenza 3 maggio 2024, n. 1408; Pres. Casaburi

*** Responsabilità del medico dentista**
TRIBUNALE di Catanzaro, sezione I, sentenza 9 maggio 2024, n. 972; Giud. Cataudo

*** Responsabilità medica per erronea diagnosi concernente il feto**
TRIBUNALE di Taranto, sezione II, sentenza 16 maggio 2024, n. 1452; Giud. Lisco

*** Responsabilità sanitaria, profili probatori**
TRIBUNALE di Catania, sezione IV, sentenza 20 maggio 2024, n. 2484; Giud. Cariolo

*** Rilievo giuridico della nozione di complicanza**
TRIBUNALE di Trieste, sentenza 23 maggio 2024, n. 516; Giud. Fanelli

*** Bipolarismo risarcitorio, danni patrimoniali e danni non patrimoniali**
TRIBUNALE di Ascoli Piceno, sentenza 30 maggio 2024, n. 404; Giud. Foti

*** Inammissibili il diritto a "non nascere" e il diritto a "non nascere se non sano"**
TRIBUNALE di Potenza, sentenza 6 giugno 2024, n. 953; Giud. Magarelli

*** Violazione dell'obbligo di informazione che grava sul sanitario e risarcimento danni**
CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione VIII, sentenza 28 giugno 2024, n. 2975; Pres./Rel. Cocchiara

*** Decesso del paziente e danni *jure hereditario***
CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 5 luglio 2024, n. 1063; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

*** Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite**
TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 8 luglio 2024, n. 1163; Giud. Vacca

*** Spese dell'accertamento tecnico preventivo *ante causam***
TRIBUNALE di Firenze, sezione I, sentenza 15 luglio 2024, n. 2327; Giud. Governatori

*** Colpa esclusiva del medico e responsabilità della struttura sanitaria**
CORTE D'APPELLO di Milano, sezione II, sentenza 19 luglio 2024, n. 2135; Pres. Maddaloni; Rel. Grazioli

*** Responsabilità medica e incertezza circa la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere**
TRIBUNALE di Napoli, sezione VIII, sentenza 26 luglio 2024, n. 7435; Giud. Console

*** "Soft law" delle linee guida e responsabilità medica**
CORTE D'APPELLO di Reggio Calabria, sentenza 7 agosto 2024, n. 572; Pres./Rel. Morabito

*** Criterio tabellare per il risarcimento del danno non patrimoniale**
TRIBUNALE di Ragusa, sentenza 12 settembre 2024, n. 1409; Giud. Giampiccolo

*** Colpa medica e perdita di chance**
TRIBUNALE di Frosinone, sentenza 12 settembre 2024, n. 839; Giud. Troiani

*** Accertamento del nesso causale**
TRIBUNALE di Ferrara, sentenza 20 settembre 2024, n. 905; Giud. Cristoni

*** Morte del paziente, danno non patrimoniale e onere della prova**
TRIBUNALE di Viterbo, sentenza 12 novembre 2024, n. 1077; Giud. Mastropasqua

*** Su piani differenti la lesione del diritto alla salute e l'inadempimento, da parte del medico, al dovere di informazione**
CORTE D'APPELLO di Catania, sezione I, sentenza 13 novembre 2024, n. 1675; Pres. Rel./Est. Balsamo

*** L'accertamento demandato al Giudice in tema di responsabilità medica**
TRIBUNALE di Cagliari, sezione II, sentenza 9 dicembre 2024, n. 2581; Giud. Murru

*** Malpractice medica, la morte del paziente quale fatto plurioffensivo**
CORTE D'APPELLO di Caltanissetta, sezione Unica, sentenza 9 dicembre 2024, n. 444; Pres. De Gregorio; Rel. Sole

*** Malpractice medica, danneggiato e prova del nesso causale**
TRIBUNALE di Potenza, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2009; Giud. Valitutti

*** Violazione del consenso informato e risarcimento del danno**
TRIBUNALE di Messina, sezione II, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2792; Giud. Petrolo

*** Situazione di insuperabile compromissione dell'integrità fisica del paziente ed errore medico**
TRIBUNALE di Terni, sentenza 10 dicembre 2024, n. 975; Giud. Iacone

Conseguenze sottese alla difettosa tenuta della cartella clinica

CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione II, sentenza 3 gennaio 2024, n. 14; Pres. Federico; Rel./Est. Bellucci

In tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente.

... Omissis ...
Motivi della decisione

1) Con unico articolato motivo INPS censura la decisione per aver escluso la sussistenza di prova del nesso causale tra i danni riportati dalla paziente e l'intervento chirurgico; la motivazione non rifletterebbe in maniera esaustiva le osservazioni del CTU, trascurando passaggi dell' elaborato favorevoli alla parte appellante; la prova del nesso causale era risultata evidente e corrispondeva a tutti i criteri identificativi, ovverosia cronologico - data dell'intervento chirurgico e comparsa dei sintomi nella giornata successiva con necessità di tracheostomia, topografico - manovre chirurgiche in sede di decorso anatomico di tronchi nervosi attinti, adeguatezza qualitativa ed efficienza quantitativa- ossia manovre di mobilizzazione e trazione delle strutture muscolari del pannicolo adiposo verosimilmente eccessive come ammesso dagli stessi operatori, esclusione - assenza di ulteriore circostanza in grado di determinare il danno, esplicita ammissione del danno certificata al momento della dimissione con "paralisi bilaterale delle corde vocali (da probabile stiramento dei NLI).
Sostiene invece parte appellata che le censure, pur in rapporto di causalità spazio-temporale, sono inidonee a provare il nesso causale; che l'attività chirurgica abbia prodotto uno stress distrattivo sui nervi ricorrenti bilateralmente è frutto di mera presunzione, dalla documentazione sanitaria risulta che detta attività chirurgica è stata svolta nel rispetto delle leges artis e dei protocolli sanitari e ciò consente di affermare che la sofferenza neurologica è conseguenza imprevedibile e, quindi, inevitabile; il danno è derivato dalla cattiva reazione del nervo durante ed in seguito all'intervento, impossibile da prevedere ex ante come conseguenza verosimile dello stesso; la lesione che attinge i tronchi nervosi bilateralmente in seguito all'intervento si è posta come un fattore meramente accidentale che sfugge a qualsiasi previsione iniziale ed è tale da interrompere il nesso causale, sollevando l'ente ospedaliero da ogni responsabilità.
I sanitari hanno eseguito un intervento complesso su di un soggetto già portatore di una neoformazione plurinodulare iper funzionante, in presenza di fattori di rischio locali che non consentono di poter determinare con certezza (o comunque secondo la regola del "più probabile che non") la causa della lesione del nervo della ricorrente: in tali situazioni, l'art. 2236 c.c. limita la responsabilità del medico che si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche ospedaliere ai soli casi di dolo o colpa grave che, per quanto sin qui esposto, non ricorrono nella fattispecie.
La paziente è stata adeguatamente informata delle complessità dell'intervento attraverso un corretto percorso di informazione e consenso da parte dei sanitari, con sottoscrizione della dichiarazione datata 22.12.2014;
il Giudice di primo grado aveva spiegato le ragioni per cui, partendo dall'accertata assenza di condotte dei sanitari in violazione delle leges artis, ha ritenuto di disattendere le conclusioni del CTU e ritenere che non sussista un nesso causale tra l'intervento ed i postumi riportati dall'assicurata INPS; era stato valorizzato quanto provato dal CTP nel contraddittorio attraverso la produzione di due pubblicazioni scientifiche, sulla ricorrenza in interventi chirurgici analoghi di numerosissimi casi di lesioni mono e bilaterali dei nervi ricorrenti laringei , senza che sia stata individuata una causa apparente nonostante gli accorgimenti preventivi intraoperatori.
Il motivo di appello è fondato.
La decisione ha ritenuto insussistenza di prova del nesso causale tra danno ed intervento chirurgico per il fatto che secondo CTU non era dimostrabile un errore medico specifico, non era accertata o accertabile quale violazione sarebbe stata compiuta; considerata la qualità di complicanza della lesione dei NLI secondo letteratura scientifica l'affermazione dell'ausiliario per cui i danni subiti dalla signora A.S. sono in relazione causale diretta con l'intervento chirurgico del 20 gennaio 2015 non poteva essere posta a fondamento di giudizio di responsabilità della struttura sanitaria
Procedendo dall'analisi del riparto dell'onere probatorio secondo principi acquisiti nella giurisprudenza di legittimità, merita evidenziare che "**in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle leges artis nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione**" (Cass. 11/11/2019, nn. 28991 - 28992; v. anche, in precedenza, Cass. 26/07/2017, n. 18392). (cass 2202)
Piu specificamente, **il creditore di prestazione professionale che alleghi un evento di danno alla salute deve provare, avvalendosi eventualmente anche di presunzioni, il nesso di causalità fra quell'evento e la condotta del professionista nella sua materialità, in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie, impregiudicata la natura di**

inadempienza di quella condotta, inadempienza che al creditore spetta solo di allegare.
Al debitore spetta invece di provare, dopo che il creditore abbia assolto il suo onere probatorio, la relazione causale esterna, imprevedibile ed inevitabile alla stregua dell'ordinaria diligenza di cui all'art. 1176 comma 1, ed impossibilità sopravvenuta della prestazione di diligenza professionale (art. 1218).
Nella specie la relazione causale diretta affermata dalla CTU risulta chiara, non equivocabile per il fatto che il giudizio di regolarità causale secondo il principio di preponderanza investe non il nesso di causalità materiale - in quanto accertato che la paralisi bilaterale delle corde vocali è conseguenza dell'intervento chirurgico - ma il giudizio probabilistico di imputazione/derivazione da errore medico, che l'ausiliario esprime nella percentuale del 60% sulla base di una serie di elementi, rispetto alla ipotesi di complicanza, assunta come nozione di fattore "altro" dall'errore tecnico.
Per quanto innanzitutto rileva non residuano dubbi sul fatto che l'insorgenza della patologia-peggioramento delle condizioni di salute risultanti dalla certificazione rilasciata al momento della dismissione del 26 gennaio 2015 discende dall'esecuzione dell'intervento chirurgico ("si può con certezza affermare che la sig.ra A.S. ha riportato , per conseguenza diretta dell'intervento chirurgico del 20 gennaio 2015 di tiroidectomia per gozzo tiroideo non tossico eseguito presso gli ospedali riuniti di Ancona, una paralisi dei nervi laringei inferiori bilateralmente e conseguente afonia, disfagia e crisi respiratoria per cui venne sottoposta nell'immediato post operatorio a tracheostomia con cannula prima tipo Bivona è poi sostituita con cannula Shiley con contro cannula") ; il consulente ha indicato la gamma di manovre e cause che si pongono all'origine di un fenomeno patologico di questo genere a seguito e nel corso degli interventi di tiroidectomia; espone che le lesioni ricorrenziali in corso di intervento chirurgico sono in genere conseguenza di insulti meccanici o ischemici determinati da lacerazioni, sezioni, contusioni per compressione, schiacciamento stiramento, ustioni per dispersione elettrica nell'uso di collaboratori. Le cause di sezione intraoperatoria del nervo dipendono da errori di identificazione ed isolamento dello stesso… Difficoltà identificative possono prospettarsi anche quando una legatura non accurata di rami arteriosi tiroidei determini dopo la sezione degli stessi abbondante sanguinamento nel campo operatorio, possibili anche nell'escissione di masse tiroidee riccamente vascolarizzate, che rendano difficile l'identificazione del tronco nervoso …, lacerazioni inoltre per incauto uso di pinze emostatiche uso diretto di aspiratori , trazioni incongrue e manovre simili.
Non emergono reali ragioni di contestazione sul piano probatorio alla derivazione eziologica che il creditore è tenuto a dimostrare e che risulta aver dimostrato ; d'altra parte secondo la tesi della appellata la lesione dei nervi laringei è complicanza da ritenersi non rarissima in seguito all'intervento, attribuibile in percentuale diversa, rispetto a quella stimata dal CTU, ad errore medico o a fatto non evitabile, acclarato che si tratta di circostanza e fenomeno prevedibile.
Rapportando tali esiti alla prova che ciascuna parte è tenuta a rendere, non è stato dimostrato dal debitore che il danno si sia prodotto nonostante pieno rispetto delle regole del caso o per l'insorgenza di un fattore autonomo che prescinde dall'esatto adempimento dell'intervento chirurgico e delle cautele esigibili o per fatto inevitabile.
Le valutazioni del CTU non offrono un sostrato probatorio di tal genere: l'ausiliario indica la tecnica operatoria adottata secondo le risultanze in cartella e ne descrive le modalità attuative, espone che il giudizio di indimostrata prova di errore medico è tratto dalla mancanza di elementi descrittivi analitici nella cartella clinica delle manovre operate e della corrispondenza a quelle da ritenersi secondo lettura scientifica appropriate a prevenire il pericolo di lesione dei nervi laringei nell' intervento specificamente posto in esecuzione , nelle fasi e negli aspetti di possibile criticità per il rischio in questione (cfr pag 16 - 17 dell'elaborato), afferma quindi che non è possibile riconoscere con certezza la diretta responsabilità degli operatori mancando l'identificazione del momento patogenetico del danno, in presenza di un evidente stato peggiorativo postoperatorio della paziente per lesione da incongrue manovre di stiramento dei nervi laringei inferiori e danno neurologico irreparabile.
Dalla CTU emerge l'impossibilità di superare la ricostruzione causale stabilita sulla base degli elementi indicati, e di verificare la allegazione della convenuta di "fattore accidentale", in ragione del contenuto assai schematico delle annotazioni in cartella clinica, la cui rilevanza, come chiarito in sede interpretativa, non può tradursi in uno svantaggio processuale per il paziente, anziché per la parte cui il difetto di annotazione è imputabile: **"In tema di responsabilità medica, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente."** (Cass n. 6209/2016).
La odierna appellata non ha fornito prova di un fattore inevitabile estraneo all'inadempimento o esatto adempimento, in situazione in cui il fenomeno patologico di aggravamento/insorgenza della patologia secondo le valutazioni tecniche di entrambe le parti costituisce una complicanza, ed è prevedibile. Poichè il danno è derivato dall'intervento, e l'errore umano ne può essere causa inserendosi in uno dei segmenti esecutivi, il dedotto e non specificato fattore imprevedibile o inevitabile non è desumibile dalla mancata identificazione in sede di CTU di uno specifico errore medico secondo acquisizioni rese disponibili dalla appellata, che impediscono di risalire alla individuazione del fattore patogenetico , di escludere o accertare l'errore medico, considerando , tra l'altro, che il CTU ha segnalato la estrema rarità, nella casistica, della bilateralità della lesione del ricorrente, riscontrata in questa vicenda. Risulta pertanto priva di effettivo contenuto probatorio l'affermazione di parte appellata che qualifica il fenomeno di lesione dei nervi laringei come fattore accidentale rispetto al decorso dall'intervento chirurgico.
Quanto al tema della complicanza **giova chiarire che si tratta di nozione generica, non utile in sé ai fini dell'accertamento di responsabilità contrattuale "nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter**

terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile ".

Da quanto esposto discende, secondo i principi sopra richiamati, che la incertezza probatoria in ordine all'imprevedibilità ed inevitabilità della causa dell'evento di danno ricade sul debitore.

In riforma della sentenza impugnata va affermata la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti di Inps, avendo questo dimostrato anche la "corrispondenza di posta" tra l'obbligazione risarcitoria nella quale l'Istituto si è surrogato e la prestazione indennitaria riconosciuta ed erogata da INPS alla assicurata S.A..

La CTU conferma la riduzione della capacità lavorativa della paziente del 75% , requisito della prestazione di I.C riconosciuta da Inps , per opzione della assistita verso questo tipo di provvidenza in luogo dell'assegno I.O. dapprima riconosciuto ed erogato, somma quest'ultima corrispondente alla voce di pagamento richiesta di Euro 37.911,72.

L' importo complessivo oggetto di domanda origina da una medesima sequenza di causalità materiale e giuridica (prestazioni per riduzione della capacità lavorativa oltre il limite di legge, inabilità temporanea), sicché la distinzione sul regime probatorio prospettata dall'appellante è priva di fondamento.

La domanda Inps va conseguentemente accolta con condanna della Azienda O. al pagamento della somma complessiva dovuta a titolo di prestazioni erogate per l'assegno di invalidità ordinaria e per l'importo capitalizzato, secondo incontestati coefficienti , dell'assegno di invalidità civile, per l'importo ritenuto congruo dal CTU erogato per invalidità temporanea di 90 giorni

Le spese di lite seguono l'esito del giudizio con condanna dell'Azienda O. alla rifusione per entrambi gradi , liquidate le spese come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Inps nei confronti di Azienda O.U.O. - G.M. L. - G. S.", avverso la sentenza del Tribunale di Ancona n. 231/2021

- in riforma della sentenza impugnata accoglie la domanda proposta da Inps nei confronti di Azienda O.U.O. - G.M. L. - G. S.", e condanna l'appellata al pagamento in favore di Inps della complessiva somma di Euro 170.783,84 con interessi dalla di legge dalla domanda al saldo.
- Condanna l'appellata alla rifusione delle spese processuali di entrambi gradi, liquidate per il primo grado in Euro 13.430,00 per compensi oltre rimborso forfettario nella misura del 15%, Iva e CAP come per legge, per il secondo grado in Euro 9.515,00 per compensi oltre rimborso forfettario nella misura del 15% Iva e CAP come per legge.

Cosi deciso in Ancona nella Camera di consiglio del 6 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 3 gennaio 2024.

Responsabilità medica, l'incidenza della Riforma "Gelli-Bianco"

TRIBUNALE di Ancona, sentenza 3 gennaio 2024, n. 6; Giud. Marani

In materia di responsabilità medica, la disciplina posta dalla Legge "Gelli-Bianco" ha distinto la responsabilità della struttura sanitaria, cui va, come in precedenza, riconosciuta natura contrattuale, da quella dell'esercente la professione sanitaria che ivi operi, a cui va riconosciuta natura extracontrattuale, con conseguente applicazione del relativo regime in punto di prescrizione, onere della prova e danno risarcibile.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

6. Le domande di parte attrice sono infondate e vanno respinte per i motivi che seguono.
7. **In materia di responsabilità medica, l'attuale disciplina è regolata dalla L. n. 24 del 2017 (c.d. Gelli-Bianco), mediante la quale il legislatore è intervenuto sulla normativa previgente - L. n. 189 del 2012, di conversione con modificazioni del D.L. n. 158 del 2012 (c.d. decreto Balduzzi) - operando una espressa qualificazione della natura della responsabilità civile in subiecta materia.**
In particolare, suddetta legge ha distinto la responsabilità della struttura sanitaria, cui va, come in precedenza, riconosciuta natura contrattuale, da quella dell'esercente la professione sanitaria che ivi operi, a cui va ormai riconosciuta natura extracontrattuale, con conseguente applicazione del relativo regime in punto di prescrizione, onere della prova e danno risarcibile.
Ciò posto, deve osservarsi che - essendo dedotto dagli stessi attori che l'intervento chirurgico dell'8 marzo 2017 è stato correttamente eseguito - i fatti cui viene ascritto il danno lamentato traggono origine dalla visita della Dott.ssa (...) del 4 aprile 2017 e dal successivo intervento chirurgico del 13 giugno 2017, eseguito presso l'ospedale di (...) dal Dott. (...) ossia in data successiva all'entrata in vigore della legge (...) - (...) (da individuarsi al 1.4.2017).
Nel merito, è noto in via astratta che, **in tema di responsabilità sanitaria, il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale tra condotta del medico in violazione delle regole di diligenza ed evento dannoso, consistente nella lesione della salute (ovvero nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di una nuova malattia), non essendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento del professionista; è, invece, onere della controparte, ove il detto paziente abbia dimostrato tale nesso di causalità materiale, provare o di avere agito con la diligenza richiesta o che il suo inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile** (Cass., n. 26907/2020; conformi anche Cass., SS.UU., n. 28991/2019; Cass. n. 4792/2013; di recente, Cass., n. 5808/2023).
Nel caso di specie, tale prova difetta.
Devono essere condivise, siccome immuni da vizi logici e/o giuridici, le conclusioni rassegnate dai CTU designati con riferimento alla valutazione dell'operato dei sanitari e della (...) convenuti.
A differenza delle letture critiche alternative, proposte dai consulenti di parte e pure valutate e confutate dal (...) e dall'(...) Dr. (...) la ricostruzione di quest'ultimi va condivisa essendo ancorata a dati oggettivi e scientificamente fondati.
Infatti, essi evidenziano con chiarezza che: -il primo intervento fosse correttamente indicato anche con tali dimensioni e sede della neoplasia. Infatti la lesione all'endoscopia era di 5 mm e localizzata al sigma distale. In endoscopia era stata eseguita una asportazione con ansa diatermica. All'esame istologico la lesione risultava compatibile con NET G1 del sigma. Seppur la lesione presentasse basso indice proliferativo e senza mitosi, la referto anatomopatologico la lesione raggiunge il margine di escissione quindi trattasi di R1. Inoltre, elemento di ulteriore rilievo, alla TAC addome di staging preoperatorio del 14 Aprile 2017 venivano segnalate multiple granulosità linfonodali proiettantesi nel tessuto adiposo mesenteriale, particolarmente evidente alla radice del mesentere. Tale reperto all'imaging preoperatorio è fortemente sospetto per possibile diffusione linfonodale della malattia e nonostante il NET fosse G1 10 mm, la combinazione di margini positivi alla resezione endoscopica e di un N+ clinico all'imaging preoperatorio (inequivocabile dal referto TC) costituiva una chiara indicazione alla resezione chirurgica. Una riresezione endoscopica non era possibile e ad alto rischio di perforazione intestinale anche perché la lesione era nel sigma distale e non del retto sottopicale. -l'intervento di emicolectomia sinistra videolaparoscopica, sia i successivi re-interventi per ernia interna di adesiolisi e trasposizione digiuno-ileale eseguiti per via laparoscopica, sono stati eseguiti secondo le regole e lo stato dell'arte chirurgica e laparoscopica. Non ravvedo errori tecnici o iatrogenie nel corso degli interventi eseguiti, né elementi riconducibili a imperizia chirurgica; - (...) le linee guida dell'(...) del 2016 (precedenti all'intervento), per le neoplasie non funzionanti 2 cm e/o neoplasie funzionanti/sintomatiche di qualsiasi dimensione, l'approccio chirurgico rimane il trattamento di scelta (positività del sangue occulto nelle feci) ... dalla linea guida si rileva una indicazione chirurgica dovuta ad una resezione incompleta alla colonscopia dato che la neoplasia raggiunge il margine profondo di resezione come peraltro indicato anche dalla collega oncologa Dr.ssa (...) in data (...) Tale elemento è fondamentale per giustificare un approccio chirurgico anziché un rischioso follow-up periodico; -Non si possono muovere critiche all'operato del chirurgo sulla base del referto istologico del sigma (tratto del colon asportato nell'intervento del giugno 2017) , in quanto trattasi di valutazione a posteriori. Non si ravvedono elementi di criticità negli interventi chirurgici effettuati; non vi è traccia oggettiva di fistole, deiescenza di suture chirurgiche, segni di peritonite attribuibili a malpractise sanitaria nei referti operatori e nelle cartelle cliniche esaminate. (...) intestinale è una complicanza prevedibile, ma non prevenibile nella chirurgia del piccolo e grande intestino sia per il processo infiammatorio post operatorio con deposito di fibrina che può comportare una compressione tale da occludere il lume intestinale oppure dovuta ad invaginazione di un segmento intestinale in quello

successivo. -In conclusione non vi sono elementi oggettivi per poter determinare una responsabilità dei sanitari che hanno avuto in carico la paziente.
Il consulente tecnico d'ufficio e l'ausiliario, in risposta alle contestazioni mosse dal consulente di parte attrice, hanno altresì rilevato che: -il quadro radiologo e anatomo-patologico pre-intervento non permetteva di poter procedere con ulteriori accertamenti per poter meglio definire il quadro addominale; non percorribile l'ipotesi di una eventuale biopsia in quanto i linfonodi coinvolti erano multipli e non si poteva effettuare biopsie per ciascun linfonodo, inoltre sarebbe stato particolarmente imprudente basare la diagnosi di assenza di metastasi con delle biopsie random , per tutti questi motivi , l'opzione chirurgica era la più idonea; -si aggiunge peraltro che il Dr. V. e il Dr. (...) contestano l'idoneità chirurgica con linee guida più datate rispetto a quelle citate dai CTU (linee guida dei CTP del 2010 e del 2012, rispetto alle linee guida dei CTU del 2018 e seguenti). Data la differenza tra le fonti bibliografiche indicate vi è ovviamente una differente interpretazione del decorso clinico; a parere degli scriventi si ritiene più corretto utilizzare le linee guida più recenti data la maggiore esperienza degli specialisti negli anni sia per l'evoluzione tecnologica (...), manuale e per la maggiore casistica in merito.
Probabilmente date le numerose fonti bibliografiche, i CTP non si sono resi conto che sono state citate nella bozza le linee guida (...) 2020-2021 evidenziando che nelle suddette linee guida non vi (...) 10 di 12 erano indicazioni relative alle neoplasie neuroendocrine del colon, sarebbe bastato scaricare tali linee guida e verificare sull'indice degli argomenti. ... i CTU hanno correttamente valutato l'operato dei sanitari con le linee guida più recenti per tale problematica oncologica; anche se si ribadisce che per correttezza debba essere utilizzata la linea guida più recente, ma antecedente all'intervento effettuato (linee guida dell'anno precedente e/o dell'anno in corso); - relativamente ai successivi interventi chirurgici a cui la paziente si è dovuta sottoporre, i CTU hanno già attributo tali ricoveri a complicanze prevedibili, ma non prevenibili e che si verificano frequentemente in interventi di chirurgia addominale, in modo particolare in interventi come il nostro dove il chirurgo ha dovuto asportare parzialmente un segmento colico di 25 cm.
Tanto premesso, i consulenti hanno concluso ritenendo corretto l'operato dei sanitari atteso che il quadro clinico della paziente era caratterizzato da una neoplasia neuroendocrina con lesione che raggiungeva il margine profondo di escissione ed era meritevole di approccio chirurgico come indicato nelle linee guida (...) del 2016. La problematica di occlusione intestinale rappresenta una complicanza conosciuta, prevedibile, ma non prevenibile.
La consulenza in atti ha adeguatamente e motivatamente affrontato i quesiti posti, anche in sede di osservazioni, apparendo immune da vizi logici tali da inficiarne la validità, dovendosi inoltre rammentare, quanto alla lamentata mancata considerazione delle osservazioni del CTP di parte attrice, che "la perizia stragiudiziale non ha valore di prova nemmeno rispetto ai fatti che il consulente asserisce di aver accertato, ma solo di indizio, al pari di ogni documento proveniente da un terzo, con la conseguenza che la valutazione della stessa è rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito che, peraltro, non è obbligato in nessun caso a tenerne conto" (Cass., 27 dicembre 2018, ord. n. (...); conformi 22 aprile 2009, n. 9551, 19 maggio 1997, n. 4437 e 28 luglio 1989, n. 3527).
8. Parte attrice lamenta, inoltre, la violazione del proprio diritto al consenso informato in relazione all'intervento chirurgico del 13.06.2017.
(...) la giurisprudenza di legittimità (Cass. III sez. civile, sentenza 11 novembre 2019 n. 28985; Cass. ord. 8163/2021) **gli elementi costitutivi della responsabilità per violazione del consenso informato - che rappresenta una violazione del diritto all'autodeterminazione autonomamente risarcibile - sono la mancanza del consenso informato e la dimostrazione, il cui onere grava sull'attore, che, se adeguatamente informato, il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi al trattamento sanitario svolto**.
Nel caso di specie parte convenuta (...) ha prodotto il modulo del consenso informato datato 9 giugno 2017 relativo all'intervento in laparoscopia di resezione anteriore del retto (poi eseguito il 13 giugno successivo): il modulo risulta sufficientemente dettagliato e sottoscritto da (...) e dal medico Dr. (...) Ritiene questo Tribunale che tale modulo contenesse tutte le informazioni necessarie affinché (...) potesse autodeterminarsi nella scelta se sottoporsi o meno all'intervento di resezione anteriore del retto per via laparoscopica, tanto che vengono indicate dettagliatamente anche le possibili conseguenze infauste relative proprio ai sintomi lamentati dall'attrice; si citano in particolare le occlusioni intestinali (in relazione alle quali si precisa altresì che può essere necessario ricorrere a reintervento chirurgico), disturbi urologici, stipsi o diarrea, temporanee o permanenti.
Parte attrice non ha comunque fornito alcuna prova che, se adeguatamente informata in merito alla possibilità dell'approccio terapeutico del follow-up, avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento.
Senza contare che il consulente tecnico d'ufficio ha ritenuto "la strategia più pericolosa, ignorare i segni di "malignità radiologica" ed anatomo patologica (superamento del margine di resezione) ed effettuare controlli periodici con il rischio che se la patologia fosse stata effettivamente maligna si avrebbe avuto una metastatizzazione in tempi rapidi tali da rendere inefficace qualsiasi follow-up".
Le domande di parte attrice vanno, pertanto, respinte, non essendo emersa la prova di una condotta inadempiente da parte dei sanitari dell'(...) di (...) e di (...) alla quale il danno lamentato sia causalmente collegato. 9. Le spese seguono la soccombenza, anche per ciò che concerne le spese di (...) e sono poste interamente a carico degli attori in relazione a tutte le parti convenute costituite e alla terza chiamata.
Sotto quest'ultimo profilo, nei rapporti tra la convenuta Dott.sa (...) e la terza chiamata costituita (...) s.p.a. si applicano i principi di causalità e soccombenza. In particolare, in forza del principio di causazione - che, unitamente a quello di soccombenza, regola il riparto delle spese di lite - il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto deve essere posto a carico dell'attore qualora la chiamata in causa si sia resa necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda; il rimborso rimane, invece, a carico della parte che ha chiamato o fatto chiamare in causa il terzo qualora l'iniziativa del chiamante, rivelatasi manifestamente infondata o palesemente arbitraria, concreti un esercizio abusivo del diritto di difesa (Cass., 6 dicembre 2019, n. (...)).
Ne segue che, poiché la chiamata in causa dell'assicurazione appare astrattamente giustificata e necessaria alla luce della domanda attorea, gli attori sono tenuti a sostenere i costi della difesa in giudizio dell'assicurazione della convenuta.

I compensi professionali del presente giudizio sono liquidati in dispositivo in applicazione dei parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, come modificato con D.M. n. 147 del 2022, nei valori minimi, avuto (...) 12 di 12 riguardo al valore della domanda indeterminabile di complessità alta, per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisionale.

P.Q.M.

Il Tribunale di Ancona definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al n. 1951/2021 R.G., rigettata ogni diversa domanda, eccezione o istanza, così provvede: 1) rigetta le domande proposte da (...) e (...) 2) condanna (...) e (...) in solido tra loro, alla refusione, in favore di (...) delle (...) della Dott.ssa (...) e della (...) s.p.a., delle spese del presente giudizio, che liquida, per ciascuna parte, in Euro 7.052,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario al 15%, CPA e IVA come per legge; 3) pone definitivamente a carico di parte attrice (...) e (...) le spese di (...) come già liquidate con decreto in atti; 4) nulla per le spese nei confronti di (...) contumace.

Così deciso in Ancona, il 30 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 3 gennaio 2024.

Assenza di rilievo, sul piano giuridico, della nozione di complicanza

CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 9 gennaio 2024, n. 42; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c., non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile.

... Omissis ...
Motivi della decisione

La sentenza impugnata
Con la sentenza impugnata il primo giudice ha ritenuto che:
- mancava, da parte dell'attrice, l'allegazione e la prova del nesso causale tra l'attività del sanitario, consistita nell'esecuzione dell'intervento chirurgico di appendicectomia, ed il dolore lamentato;
- la CTU svolta aveva accertato la necessità dell'intervento chirurgico e la sua corretta esecuzione ed aveva escluso ogni evidenza che il nervo fosse stato leso durante l'intervento, circostanza che - ove verificatasi - avrebbe fatto comparire immediatamente il dolore;
- la CTU espletata aveva poi correlato il dolore ad un intrappolamento cicatriziale del nervo a causa dell'eccessiva crescita del tessuto, trasformatosi in cheloide, evento del tutto indipendente dall'intervento chirurgico;
I motivi di appello
I. Errata esclusione del nesso di causalità
Con il primo motivo l'appellante contesta la sentenza gravata nella parte in cui - aderendo acriticamente alla consulenza svolta in primo grado - ha escluso la sussistenza del nesso di causa tra l'intervento di appendicectomia ed il dolore a lungo lamentato.
La rinnovazione della consulenza svolta in questa sede ha consentito di accertare l'esistenza di un nesso di causa tra il dolore e l'intervento, di fatto nei medesimi termini già accertati in primo gr ado, sicchè la Corte non ha ragioni per discostarsi dalle conclusioni dei sanitari che così si sono espressi: "Per quanto attiene la dimostrazione del nesso causale tra il quadro morboso ora lamentato e l'intervento chirurgico di cui si discute si ritiene che siano rispettati i tradizionali criteri per l'analisi di tale nesso. È ben documentata, infatti, in letteratura l'idoneità lesiva dell'intervento di appendicectomia per tale compromissione nervosa, essendo ampiamente soddisfatto il criterio di compatibilità scientifica. Vi è altresì rispetto del criterio topografico e cronologico, relativamente al timing di insorgenza dei sintomi, essendo altresì rispettato il criterio di continuità fenomenologica. Come riportato nell'articolo citato di seguito, infatti, "…il dolore può iniziare immediatamente dopo l'intervento ma può anche presentarsi mesi o anni dopo, probabilmente a causa dello sviluppo di fibrosi o neuromi…" (Figura 1). Pertanto, anche la latenza clinica contestata in CTU di primo grado, è smentita da quanto riportato dalla letteratura di merito. Vi sono inoltre nel presente caso elementi per escludere altre cause".
II. Errata esclusione della colpa del medico. Disapplicazione del principio del "più probabile chenon"
Sostiene sul punto l'appellante che "la documentazione medica depositata con l'atto di citazione introduttivo del giudizio e gli accertamenti clinici eseguiti dall'attrice (anch'essi in atti) dimostrano chiaramente, lo si ripete, come il decorso post operatorio dell'attrice a seguito dell'intervento di appendicectomia eseguito il 18.1.2012 presso l'Ospedale di Civitanova Marche (cui è seguito un secondo intervento di revisione della cicatrice con asportazione del cheloide eseguito presso l'Ospedale di Tolentino) sia evidentemente incompatibile con un intervento chirurgico di appendicectomia correttamente eseguito.
Osserva sul punto l'A. come il CTU designato in primo grado abbia evidenziato ed il giudice di primo grado abbia condiviso che "la complicanza insorta sia imputabile a cause esterne ed indipendenti dall'operato chirurgico, concludendo infine come non siano emersi elementi di censura a carico dei Sanitari che ebbero in cura, in entrambe le strutture sanitarie, la Sig.ra F. non riscontrando alcuna lesione del nervo a seguito dell'intervento di appendicectomia, eseguito in stato di urgenza, viste le possibili gravi complicazioni derivanti da tale patologia, ed in presenza di un decorso post-operatorio regolare" ed aggiunge che la nuova istruttoria svolta nel presente grado null'altro ha aggiunto o dedotto, rispetto alle carenze allegatorie rilevate nella decisione di 1 grado.
Evidenzia infatti come sia stato ritenuto che "a causa del suo lungo decorso, l'intrappolamento o la lesione di tale nervo in corso di atti chirurgici sul basso addome è comune."
Quindi tre punti vengono in rilievo:
1. il nesso causale non risulta pienamente provato;
2. la scelta e l'esecuzione dell'intervento sono stati giudicati congrui;
3. in ogni caso l'insorgenza della complicanza è comune al tipo d'intervento, e pertanto non è ascrivibile ad alcuna eventuale condotta di "malpractice sanitaria".
Contrariamente a quanto affermato dall'appellante infatti, il CTU non ha dunque rilevato alcuna "azione incongrua del chirurgo"".
Il motivo è infondato e in quanto tale deve essere respinto.
In diritto va rammentato che (vds. Cass. n. 20812 del 20 agosto 2018) **in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'evento di danno (aggravamento della patologia preesistente ovvero insorgenza di una nuova patologia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, non potendosi predicare, rispetto a tale elemento della fattispecie, il principio della maggiore vicinanza della prova al debitore, in virtù del quale, invece, incombe su quest'ultimo l'onere della prova contraria solo relativamente alla colpa ex art. 1218 cod. civ..**

Inoltre, (vds. Cass. n. 35024 del 29 novembre 2022) nel **giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile.** (In applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, la quale aveva escluso la responsabilità del medico per la paresi dei nervi laringei e per una transitoria ipocalcemia sofferte dal paziente in esito ad un intervento di tiroidectomia, perché dall'accertamento compiuto era emerso che i menzionati esiti peggiorativi, seppur prevedibili, non erano evitabili, a nulla rilevando la loro teorica classificazione clinica - irrilevante sotto il profilo giuridico - come "complicanze").

Infine (vds. Cass. n. 21177 del 20 ottobre 2015) **in tema di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'attore deve provare l'esistenza del rapporto di cura, del danno e del nesso causale e solo allegare la colpa del medico, sul quale incombe l'onere di dimostrare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, sia dipeso da causa a sé non imputabile**. (Affermando il principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la responsabilità del medico per una vaccinazione inoculata per via intramuscolo, eseguita nel rispetto dei protocolli per la localizzazione e le modalità operative dell'iniezione, riconducendo l'evento dannoso al caso fortuito, consistente, nella specie, dall'andamento variabile e imprevedibile del nervo circonflesso).

Nel caso di specie, il complesso dell'istruttoria svolta sul punto - soprattutto in primo grado - ha sicuramente accertato che l'intervento chirurgico era congruo ed indicato e che è stato svolto secondo le corrette regole dell'arte medica, non segnalandosi azioni incongrue o violazione di protocolli operatori, così come non si segnala né la prevedibilità dell'intrappolamento del nervo, individuato come causa del danno, né la sua evitabilità, sicchè l'evento dannoso deve ascriversi ad una causa non imputabile all'appellata ed ai suoi ausiliari.

Del tutto apoditticamente, pertanto, l'appellante sostiene che una volta accertata l'esistenza del danno e del nesso causale con l'intervento, se ne possa desumere che ciò sarebbe stato provocato da "un'azione incongrua del chirurgo che nel corso dell'eseguita appendicectomia non si è ravveduto dell'intrappolamento del predetto nervo ileoinguinale durante la sutura", visto che una tale supposta azione imperita non è stata né ritenuta né individuata.

Le spese del grado possono essere compensate, ivi comprese quelle di CTU.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Ancona, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da F.Z. avverso la sentenza del Tribunale di Macerata n. 422/2019, così provvede:

- rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio, ivi comprese quelle di CTU già liquidate;
- non sussistono i presupposti per il versamento dell'ulteriore contributo.

Così deciso in Ancona, il 19 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 9 gennaio 2024.

Decesso del paziente e valore giuridico dell'autopsia

CORTE D'APPELLO di Ancona, sentenza 22 gennaio 2024, n. 129; Pres. Marziali; Rel. Giungi

L'autopsia non costituisce prova legale e le cause di un decesso non debbono necessariamente essere provate mediante un esame autoptico.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione in appello dinanzi a questa Corte, la sig.ra L.F., in proprio e quale erede di G.B., ha impugnato la decisione in epigrafe con la quale il Tribunale di Ancona aveva rigettato la propria domanda risarcitoria promossa nei confronti dell'A.M..
Si è costituita nel grado quest'ultima per resistere all'appello.
La causa è stata trattenuta in decisione, con concessione dei termini di rito a difesa, a seguito di trattazione scritta con Provv. del 20 giugno 2023.
La presente motivazione è redatta in maniera sintetica secondo quanto previsto dall'art. 132 c.p.c., dall'art. 118 disp. att. c.p.c. e dall' art. 19 del D.L. n. 83 del 2015 convertito con L. n. 132 del 2015 che modifica il D.L. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 221 del 17 dicembre 2012 nonché in osservanza dei criteri di funzionalità, flessibilità, deformalizzazione dell'impianto decisorio della sentenza come delineati da Cass. SU n. 642/2015.
Con l'atto di appello in esame la sig.ra L.F. muove alla decisione di prime cure una serie di articolate critiche che possono così essere essenzialmente compendiate.
In maniera ingiustificata interpretando scorrettamente le leges artis, il Tribunale di Ancona si sarebbe incomprensibilmente discostato dalle risultanze della consulenza tecnica eseguita in sede di ATP minimizzando così le omissioni diagnostiche e terapeutiche attribuite dallo stesso consulente tecnico all'operato dei medici del Pronto Soccorso dell'Ospedale di Fermo in occasione dell'accesso presso il medesimo della sig.ra G.B., in data 08.05.2010. In particolare, ricorda l'appellante, il consulente in sede di ATP, dott. A.A. avrebbe evidenziato alcune significative lacunosità ed omissioni nell'operato dei medici del P.S. di Fermo, avendo gli stessi omesso di: registrare i parametri di base della paziente in cartella clinica (pressione arteriosa, frequenza cardiaca e temperatura); di rilevare l'anamnesi della paziente; di verificare dosaggi enzimatici sanguigni ulteriori rispetto a quello effettuato (troponina) indispensabili per giungere alla eventuale diagnosi di infarto miocardico; eseguire un secondo E. prima della dimissione della paziente. Tali omissioni, secondo la F., avrebbero di fatto impedito di porre una qualsiasi effettiva diagnosi del malore accusato dalla sig.ra B., la quale comunque - rispedita a casa dal Pronto Soccorso - decedeva nella notte tra il giorno successivo 09.05 e il 10.05.2010. Continua poi l'appellante osservando ulteriormente che, trattandosi di una morte di causa incerta, si sarebbe dovuta disporre l'autopsia sul corpo della sig.ra B., la quale invece avrebbe certamente consentito di stabilire l'esatta causa della stessa. La persistente incertezza sulla effettiva causa della morte, rilevata dalla sentenza impugnata, sarebbe addebitabile dunque secondo la ricorrente al comportamento superficiale dei medici dei Pronto Soccorso dell'Ospedale di Fermo e alle conseguenti omissioni diagnostico-terapeutiche, con la conseguenza che tali comportamenti non dovrebbero risolversi a vantaggio degli stessi, come si è verificato invece in seguito alla sentenza impugnata la quale ha stabilito che, non sussistendo certezza sulla causa della morte, non è neppure possibile ritenere sussistente il nesso di causalità - della cui prova sarebbe stata onerata l'attrice - tra la condotta dei medici e quest'ultima.
Costituendosi in giudizio l'A.M. ha ampiamente argomentato le ragioni di conferma della decisione gravata.
L'appello è infondato per le ragioni appresso spiegate.
Risulta dirimente, nel caso di specie, la circostanza - pacifica tra le parti ed oggettivamente indiscutibile - relativa alla insussistenza di un qualsiasi accertamento sulle cause effettive della morte della sig.ra B., in ordine alla quale persiste completa incertezza.
La consulenza tecnica in sede di ATP, come ben rilevato già dal Tribunale di Ancona, non consente individuare, tra le possibili cause dell'arresto cardio-circolatorio che ha condotto a morte la sig.ra B. (come descritto in …) una più probabile seriazione causale rispetto ad un'altra tra quelle proposte dallo stesso consulente (secondo il quale, considerata la fascia di età e le caratteristiche cliniche del caso, potrebbero ipotizzarsi, oltre all'infarto del miocardio, gli aneurismi dell'aorta toracica, la dissecazione aortica, come pure cause di non diretta derivazione cardiaca, come l'embolia polmonare, ovvero patologie acute del circolo cerebrale).
A questo scopo non è certamente sufficiente, del resto, la considerazione svolta dal CTU circa la elevata probabilità statistica dell'insorgenza dell'infarto del miocardio come causa di morte nelle persone di età medio-avanzata, come la sig.ra B., dal momento che **ai fini dell'accertamento della causalità giuridica non può venire in rilievo la mera probabilità statistica, dovendo invece farsi riferimento alla probabilità logica, desumibile dai dati complessivi di giudizio a disposizione del Giudice** (cfr. Cass. 8114/2022).
Sul punto, pertanto, appaiono dirimenti le considerazioni del consulente in perizia, secondo le quali " È decisamente arduo stabilire se esista o meno un nesso di causa diretto tra il comportamento clinico prima evidenziato e il decesso della paziente, in considerazione della molteplicità di patologie che avrebbero potuto determinarlo".
Le risultanze della consulenza svolta in sede di ATP, peraltro, non sono mai state contestate o criticate dalla stessa attrice, la quale non ha mai chiesto la rinnovazione della consulenza.
Posta dunque l'assoluta incertezza sulle cause della morte, non si rivelano fondate le deduzioni dell'appellate circa la riconducibilità di quest'ultima alla responsabilità degli stessi sanitari che ebbero in cura la sig.ra B..
Le omissioni di carattere diagnostico-terapeutico che il consulente difatti imputa ai medici del P.S. di Fermo in occasione dell'accesso della paziente presso la predetta struttura alla data del giorno 08.05.2010, riguardano esclusivamente, difatti, l'astratta possibilità di diagnosi di un infarto del miocardio, patologia che tuttavia, come s'è visto, è risultata essere soltanto una di quelle da cui possibilmente poteva risultare affetta la paziente. Più conferente, invero, a

prima vista, sembrerebbe sul punto la deduzione dell'appellante secondo cui l'impossibilità di stabilire una causa certa della morte sarebbe imputabile al mancato accertamento diagnostico di carattere autoptico, che i sanitari avrebbero dovuto porre in essere nell'occasione. Il mancato espletamento di tale accertamento, dunque, dovrebbe essere posto - nella prospettazione dell'appellante - a carico dei sanitari, pervenendosi cioè all'individuazione del nesso di causalità tra la condotta di questi ultimi e la morte, sulla base del rilievo per cui proprio detta condotta omissiva avrebbe impedito la possibilità di ricostruire poi il richiamato nesso causale. Sennonchè, il ragionamento dell'appellante appare, oltrechè infondato nel caso di specie, anche non condivisibile sotto il profilo dogmatico.

È infondato perché, a parte il fatto che **l'autopsia non costituisce prova legale e le cause di un decesso non debbono necessariamente essere provate mediante un esame autoptico (**cfr. Cass., 22876/2015), nel caso che occupa, essendo la morte intervenuta presso il domicilio della defunta, la decisione sull'effettuazione dell'autopsia era subordinata (tra le altre circostanze nella specie non ricorrenti) alla richiesta esplicita del medico curante in presenza di dubbio circa le cause della morte. Ora, tale dubbio, lungi dal riferirsi - come intende l'appellante - agli antecedenti causali del fenomeno determinante della morte, nella specie descritto come "arresto circolatorio irreversibile" dagli operatori del 118, ha riguardo invece esclusivamente a tutte quelle situazioni in cui non sussista una spiegazione immediatamente riscontrabile e plausibile della morte. Al contrario, nessun dubbio poteva sussistere nella specie circa il fatto che la paziente fosse effettivamente deceduta per arresto cardiocircolatorio irreversibile. In altri termini, certamente non tutti i decessi che presentano possibili incertezze sulle cause ultime dell'evento morte debbono essere sottoposti ad autopsia, a meno di voler interpretare la norma come una sostanziale necessità di autopsia su base generale ed ordinaria. Dunque l'autopsia non costituiva nel caso di specie un obbligo né per i sanitari dell'Ospedale di Fermo né per il medico curante della sig.ra B.; e in ogni caso, per concludere sul punto, tale accertamento avrebbe comunque potuto essere compiuto su istanza degli interessati, circostanza di cui manca agli atti qualsiasi prova. Fermo il descritto aspetto di infondatezza, il ragionamento dell'appellante sul punto non è accettabile neppure sotto il profilo logico-giuridico. Non è possibile cioè, come invece afferma la difesa della F., arguire dalla mancata effettuazione di accertamenti diagnostici (pur in astratto dovuti e/o opportuni) la sussistenza del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento dannoso allorchè, come nella specie, non vi sia sufficiente prova della idoneità dell'azione e/o dell'omissione del medico a determinare l'evento stesso. Per valorizzare cioè la prospettazione dell'appellante, sarebbe stato (almeno) necessario che vi fosse una ragionevole elevata probabilità (almeno in termini del concetto di "più probabile che non") che la sig.ra B. fosse effettivamente affetta - in occasione del proprio accesso al P.S. dell'Ospedale di Fermo in data 08.05.2010 - da un infarto del miocardio. Solo qualora difatti sussistesse tale ragionevole elevata probabilità - desumibile da dati ed elementi che invece nella specie non si rinvengono, come è assolutamente chiaro dalle risultanze della CTU espletata - potrebbe allora fondarsi il nesso causale necessario tra la condotta dei medici del Pronto Soccorso (ritenuta, almeno in ipotesi, non completamente corretta e completa dal CTU) e, appunto, l'evento mortale occorso, anche in assenza di ulteriori riscontri diagnostici volti ad escludere altre possibili (e comunque plausibili) cause di morte; questo è appunto l'unico, chiaro, senso interpretativo possibile della stessa giurisprudenza di legittimità invocata dall'appellante a sostegno della propria tesi (cfr. Cass. 3847/2011; Cass. 12103/2000, nelle quali, appunto, si afferma che: "**La possibilità che la morte (…) possa essere intervenuta per altre ipotetiche cause patologiche diverse da quelle diagnosticate ed inadeguatamente trattate, che non sia stato possibile accertare neppure dopo il decesso in ragione della difettosa tenuta della cartella clinica o della mancanza di adeguati riscontri diagnostici (…) non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici in relazione alla patologia accertata e l'evento (…) ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarlo**"). Al contrario, come è ovvio, questa operazione non è possibile laddove manchi, come nella specie, una ragionevole elevata probabilità che la patologia (nei confronti della quale non sarebbero state condotte sufficienti indagini diagnostiche) fosse davvero quella da cui la paziente si trovava affetta; ciò se non altro perché, in tal caso, non è possibile aprioristicamente escludere tutte le altre possibili (ed egualmente plausibili) cause di morte sulla base della sola considerazione per cui non sarebbero stati eseguiti tutti i possibili riscontri diagnostici per una (sola) delle patologie possibili, e tuttavia non più probabile rispetto ad altre.

Le considerazioni che precedono circa la mancata prova della sussistenza del nesso causale tra la condotta imputata ai medici e il decesso della sig.ra B. - prova che come noto incombe a carico dei danneggiati (cfr. Cass. 42104/2021) - sono necessarie e sufficienti al rigetto dell'appello, con assorbimento di ogni altra ulteriore doglianza e con conseguente esonero dalla necessità di valutare ulteriormente - come invece fatto dalla decisione di primo grado - la fondatezza delle osservazioni di merito del CTU circa l'insufficienza (o meno) degli accertamenti diagnostici eseguiti (anche in relazione ad un possibile infarto del miocardio) dai medici del P.S. dell'Ospedale di Fermo in occasione dell'accesso della sig.ra B. in data 08.05.2010.

Solo per scrupolo motivazionale, pertanto, si aggiunge comunque ulteriormente sul punto che, come già osservato dal Tribunale di Ancona, non è comunque possibile, alla luce delle stesse osservazioni della consulenza, ritenere che i medici del P.S. dell'Ospedale di Fermo, in occasione dell'accesso della sig.ra B. in data 08.05.2010, abbiano commesso gravi omissioni diagnostiche, se è vero come è vero che comunque gli esami effettuati (RX torace, elettrocardiogramma, valori della troponina) non avevano restituito affatto indicazioni di un possibile IMA e che dunque nelle condizioni concrete di specie non sussistevano indicazioni specifiche per ulteriori approfondimenti diagnostici (ovviamente sempre possibili ed opportuni se valutati con una logica ex post; ma che invece vanno considerati alla luce del criterio della prognosi postuma, ponendosi cioè nella posizione di un operatore sanitario medio posto dinanzi alle specifiche condizioni del caso concreto). In altri termini, anche sotto il profilo in esame, l'ipotetico omesso migliore comportamento diagnostico dei sanitari del P.S. dell'Ospedale di Fermo non appare così grave e determinante da poter essere considerato esso stesso causa della successiva impossibilità dell'accertamento del nesso causale della effettiva verificazione di un IMA di cui, tuttavia, mancavano (e mancano) indicazioni specifiche.

La decisione di primo grado va dunque pienamente confermata.

Quanto alle spese di lite, la perdurante incertezza circa le cause del decesso della sig.ra B., oltrechè l'oggettiva complessità della vicenda anche sotto il profilo tecnico-giuridico costituiscono gravi ed eccezionali ragioni per procedere alla compensazione delle spese di lite anche in appello.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Ancona, non definitivamente pronunciando, così provvede:

- Rigetta l'appello;
- Compensa integralmente tra le parti le spese del grado;
- Dichiara la sussistenza delle condizioni per il pagamento, da parte dell'appellante, di ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Così deciso in Ancona nella Camera di Consiglio del 21 novembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 22 gennaio 2024.

Certificato medico di pronto soccorso quale atto pubblico che fa fede fino a querela di falso

CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 22 gennaio 2024, n. 137; Pres./ Est. Marcelli

Il certificato medico di pronto soccorso è atto pubblico che fa fede fino a querela di falso sia della provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha firmato sia delle dichiarazioni al medesimo rese. Nel caso in cui il paziente-danneggiato non abbia proposto querela di falso in danno del medico certificatore, deve ritenersi che le dichiarazioni riportate nel certificato siano state rilasciate proprio dal danneggiato e che il loro contenuto sia quello verbalizzato.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

Il motivo è infondato
Per quanto attiene alla circostanza del ricovero avvenuto dopo le dovute 12 ore, ciò è provato dallo stesso referto del Pronto Soccorso dal quale si evince che lo Omissis in data 31.10.06, alle ore 9.00, si recava presso il PS di Camerino per algia testicolare riferendo che "l'insorgenza del dolore testicolare a dx si era manifestata nel pomeriggio del giorno precedente ed era andato aumentando.", quindi ben oltre le 12 ore dall'insorgenza dei primi dolori.
Si osserva che (Cass. Civ., sez. VI, ordinanza 28 luglio 2020, n. 16030) **"Il certificato medico di pronto soccorso è atto pubblico che fa fede fino a querela di falso sia della provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha firmato sia delle dichiarazioni al medesimo rese.**
Nel caso in cui il paziente-danneggiato non abbia proposto querela di falso in danno del medico certificatore, deve ritenersi che le dichiarazioni riportate nel certificato siano state rilasciate proprio dal danneggiato e che il loro contenuto sia quello verbalizzato".
Per quanto riguarda alla veridicità delle stesse dichiarazioni è vero che sotto tale profilo**, il referto non è vincolante e lo stesso paziente avrebbe ben potuto dimostrare di avere riferito ai sanitari circostanze non veritiere**, ma si evidenzia come nel caso di specie non si rinvengono elementi probatori, nemmeno di consistenza presuntiva, atti a dimostrare la non veridicità delle dichiarazioni rese.
Mentre per quanto riguarda l'inadempimento dello Omissis alla prescrizione di presentarsi per una visita di controllo entro le 24 h, tale prescrizione, sebbene non indicata dal verbale di dimissioni rilasciato al paziente dal Pronto Soccorso, come correttamente evidenziato dalla difesa dell'appellato, questa era comunque indicata, in maniera precisa e, quindi, non idonea a far sorgere dubbi, nella diagnosi redatta dallo specialista urologo, all'esito della visita.
È di tutta evidenza che la mancata presentazione del paziente alla visita di controllo prescritta deve ritenersi, a tutti gli effetti, quale concausa dell'insorgenza del danno lamentato atteso che, come rileva l'elaborato peritale del consulente tecnico d'ufficio, "La errata cura di tale epididimite dipende sia dallamancanza di trattamento farmacologico prescritto dal PS di Camerino sia dal mancato controllo eseguito dal paziente."(pag. 14) e "La genesi fattuale della oligo-astheno-teratospermia vede quindi una causa medico-legale multifattoriale determinata da: 1) epididimite (causa naturale) - da sola sarebbe stata in grado di determinare il danno se lasciata a se stante; 2) mancata prescrizione farmacologica (causa iatrogena); 3) mancata adeguatezza del paziente alla visita di controllo indicata alla dimissione (causa naturale)" (pag. 15)
Con successivo motivo la parte appellata contesta la decisione di primo grado di non ricomprendere, nella entificazione del danno, la voce relativa alla sofferenza soggettiva, ai pregiudizi alla vita di relazione e ai riflessi negativi che possono ritenersi sussistenti in relazione all'errato intervento del personale sanitario del Pronto Soccorso, così come accertati in sede di CTP attorea e di CTU.
Il motivo è infondato
Ai fini del risarcimento, **il danno biologico deve essere considerato in relazione all'integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita; non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e a ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana** (così la Corte Costituzionale n. 356/1991; v. altresì Corte Costituzionale n. 184/1986).
Va ulteriormente precisato che, come statuito dalla Suprema Corte (cfr. per tutte Cass., Civ. ord. n. 7513/2018), il danno biologico consiste in una ordinaria compromissione delle attività quotidiane (gli aspetti dinamico relazionali).
Nello specifico, ai punti 7, 8 e 9 della prefata ordinanza si precisa che:
"7)"in presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento
8) in presenza di un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione)";
9) ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base

medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione"
In altri termini **la personalizzazione del danno deve trovare giustificazione nel positivo accertamento di specifiche conseguenze eccezionali, ulteriori rispetto a quelle ordinariamente conseguenti alla menomazione onde evitarsi di liquidare due volte il medesimo pregiudizio dapprima a titolo di danno alla salute e, poi, a titolo, appunto, di personalizzazione, per pregiudizi non specifici ed eccezionali. Il giudice di merito nella propria valutazione, dovrà utilizzare come parametro standard le tabelle, che sono volte al risarcimento del pregiudizio che qualunque vittima avrebbe patito in circostanze analoghe. Per superare il risarcimento quantificato forfettariamente, occorre che nel dibattito processuale siano emerse specifiche circostanze di fatto, peculiari della fattispecie, caratterizzate dalla irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata.**
Nella fattispecie de qua la prospettazione di una accertata "paura del paziente di non essere fertile", "stato di sofferenza affettivo-emotiva, caratterizzato prevalentemente da sentimenti depressivi con componenti ansiose , correlato alle vicende per cui è causa" nonché l'incidenza negativa " sulla sua sfera personale, sulla sua vita relazionale e sui suoi rapporti di natura affettiva, sentimentale e sessuale" in realtà costituiscono altrettante conseguenze dannose ordinarie, totalmente riconducibili ad aspetti "dinamico relazionali" normali del danno biologico che trovano totale compensazione nella liquidazione al 15% - percentuale determinata dal CTU - sulla base delle Tabelle del Tribunale di Milano.
Per quanto attiene poi, nello specifico, all'incidenza sulla possibilità di procreare e di costituirsi una famiglia della parte appellata, alla quale era stato consigliato di ricorrere alla tecnica delle crioconservazione del seme, la circostanza è riportata dalla perizia del consulente tecnico della parte appellata depositata in primo grado, consulenza che, ancorché confermata sotto il vincolo del giuramento, costituisce una semplice allegazione difensiva di carattere tecnico priva di autonomo valore probatorio non essendo, peraltro, nemmeno entrata nel dibattito all'interno dell'accertamento peritale d'ufficio. Si deve osservare, infatti, come la circostanza non sia stata valutata dal consulente tecnico d'ufficio né è stata fatta oggetto delle osservazioni alla Ctu; trattandosi di questione medica è chiaro che essa andava allegata e sottoposta a verifica medica in sede di Ctu.
Se ne conclude, pertanto, che all'esito della analitica disamina che precede, i pregiudizi lamentati sono o privi di conforto probatorio o riconducibili ad aspetti "dinamico relazionali" normali che trovano totale compensazione nella liquidazione compiuta dal primo giudicante sulla base delle Tabelle del Tribunale di Milano. In tal modo va esclusa ogni personalizzazione del danno non patrimoniale per non incorrere in duplicazioni liquidando a titolo di personalizzazione un profilo relazionale già compreso nel valore standard del punto.
In conclusione il danno entificato nel 15 %, in ossequio alle risultanze peritali d'ufficio, sulla base delle tariffe del Tribunale di Milano va liquidato in Euro 47.627,00. Di questo importo solo 1/3 e quindi Euro. 15.875,66, per i motivi sopra esaminati, dovrà essere posto a carico della A. odierna appellante.
Per la liquidazione delle spese, da valutarsi sulla scorta dell'esito complessivo della controversia, si deve considerare come prevalentemente soccombente la struttura sanitaria che anche in questa sede ha richiesto in via principale il rigetto integrale della domanda di risarcimento, la riduzione disposta comporterà che la quantificazione delle medesime debba essere calcolata sul decisum.
Le spese di CTU ricadono sulla A.S..
In ragione dell'impegno effettivamente profuso e resosi necessario, occorre attenersi ai valori medi per tutte le fasi.
In ragione delle reciproche soccombenze si ritiene congrua la compensazione tra le parti delle spese per l'espletamento della CTU.
Sussistono le condizioni per il raddoppio del contributo unificato nei confronti dell'appellante incidentale C.S..

P.Q.M.
La Corte d'Appello di Ancona, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore domanda ed eccezione assorbita o rigettata, sull' appello avverso Sentenza n. 705/2020 del Tribunale di Ancona pubblicata in data 09/06/2020 proposto da A.S.U.R.D.M. (c.f. e p.i. (...)) contro C.S., C.F.: (...)
così decide:
- rigetta l'appello incidentale, accoglie parzialmente l'appello principale e per l'effetto in parziale riforma della sentenza gravata;
- condanna A.S.U.R.D.M. a risarcire il danno cagionato a C.S. che liquida in complessivi Euro. 15.875,66, oltre rivalutazione monetaria dall'evento alla pubblicazione della presente sentenza e interessi sulla somma anno per anno rivalutata dall'evento al saldo;
- condanna A.S.U.R.D.M. al pagamento in favore di C.S. delle spese del primo grado di giudizio che si liquidano in Euro 4835,00 e di quelle del secondo grado che si determinano in Euro 5.532,00 oltre rimborso forfettario in misura massima, c.p.a ed IVA;
- pone a carico della A.S. le spese per l'espletamento della CTU come determinate in atti
- sussistono le condizioni per il raddoppio del contributo unificato nei confronti dell'appellante incidentale C.S.
Così deciso in Ancona, il 9 gennaio 2024.
Depositata in Cancelleria il 22 gennaio 2024.

Responsabilità medica, le conseguenze della causa del danno assolutamente incerta

CORTE D'APPELLO di Salerno, sezione I, sentenza 30 gennaio 2024, n. 61; Pres. Iannicelli; Est. Giuliana

Il paziente-danneggiato deve dimostrare che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno, con la conseguenza che, se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.

... Omissis ...

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ...

Quanto all'onere e alla consistenza della prova, l'onere di provare la relazione causale tra la condotta dei sanitari e l'evento di danno spetta in ogni caso al paziente, anche nell'ambito della responsabilità contrattuale. La Suprema Corte ha, infatti, chiarito che **la previsione dell'art. 1218 c.c. solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento**.

Ha infatti osservato la Corte che **"la previsione dell'art. 1218 c.c. trova giustificazione nella opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente o non esattamente adempiente l'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla (cfr. Cass., S.U. n. 13533/2001). Tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 c.c. e non può che valere, quindi, il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa". Da ciò discende che, nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento** (Cass., ord. 20.8.2018 n. 20812; Cass., 7.12.2017 n. 29315).

Quanto, invece, alla consistenza della prova, alla quale è onerato il paziente, diversamente dal processo penale, nel quale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", ossia in termini che si avvicinano alla certezza, nel processo civile vige la diversa regola della preponderanza dell'evidenza, ovvero del "più probabile che non" (tra le altre, Cass., Sezioni Unite, 11.1.2008 n. 576). (...) della prova della causalità materiale va, perciò, assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova (anche per presunzioni), che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno, con la conseguenza che, se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il nesso tra condotta ed evento, per essere la causa del danno rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (cfr. Cass. n. 975/2009, Cass. n. 17143/2012, Cass. n. 4792/2013, Cass. n. 18392/2017).

... Omissis ...

P.Q.M.

La Corte di Appello di Salerno prima sezione civile, definitivamente decidendo in grado di appello nelle cause civili riunite, iscritte al R.G. n. 1043/2022 e n. 1059/2022, così provvede:

1. rigetta l'appello proposto dall'avv. (...) nella qualità di tutrice di (...) nonché gli appelli di (...) e (...) (nella causa n. 1043/2022);
2. rigetta l'appello incidentale di (...) - (...) di (...) del (...) s.p.a.;
3. accoglie parzialmente l'appello di (...) s.p.a. (nella causa n. 1059/2022) e, per l'effetto, ridetermina la sua condanna a tenere indenne (...) - (...) di (...) del (...) s.p.a. nella misura del 40% di quanto dovuto alle altre parti del giudizio (capo 8 del dispositivo di primo grado);
4. compensa interamente le spese processuali di secondo grado tra l'avv. (...) in qualità di tutrice di (...) e (...) da un lato, e (...) - (...) di (...) del (...) s.p.a., dall'altro;
5. condanna (...) s.p.a. al rimborso delle spese processuali del grado di appello in favore di (...) che liquida in Euro 9.500,00 per onorari di difesa, oltre il rimborso delle spese forfettarie nella misura del 15% degli onorari, (...) ed Iva come per legge;
6. condanna (...) s.p.a. al rimborso delle spese processuali del grado di appello in favore di (...) che liquida in Euro 9.500,00 per onorari di difesa, oltre il rimborso delle spese forfettarie nella misura del 15% degli onorari, (...) ed Iva come per legge, con attribuzione al difensore antistatario, avv. (...) per dichiarato anticipo;
7. condanna (...) s.p.a. al rimborso delle spese processuali del grado di appello in favore di (...) s.p.a., che liquida in Euro 9.500,00 per onorari di difesa, oltre il rimborso delle spese forfettarie nella misura del 15% degli onorari, (...) ed Iva come per legge, con attribuzione al difensore antistatario, avv. (...) per dichiarato anticipo;
8. compensa per metà le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio tra (...) - (...) di (...) del (...) s.p.a. e (...) s.p.a., che liquida complessivamente in Euro 1.600,00 per spese vive di primo grado in Euro 30.000,00 per onorari di difesa (di cui Euro 20.000,00 per il primo grado ed Euro 10.000,00 per il secondo grado), e condanna (...) s.p.a. al rimborso della restante metà in favore di (...) - (...) di (...) del (...) s.p.a. - pari ad Euro 800,00 per spese vive ed Euro 20.000,00 per onorari di difesa -, oltre il rimborso delle spese forfettarie nella misura del 15% degli onorari, (...) ed Iva come per legge, con

attribuzione ai difensori antistatari, avv.ti (...) e (...) per dichiarato anticipo;
9. conferma per il resto la sentenza impugnata.
Dà atto, a norma dell'art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, della sussistenza del presupposto processuale per il pagamento, da parte degli appellanti principali nella causa n. 1043/2022 (avv. (...) nella qualità di tutrice di (...) di (...) e (...) e da parte dell'appellante incidentale ((...) - (...) di (...) del (...) s.p.a.), dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.
Così deciso in Salerno, il 30 gennaio 2024.
Depositata in Cancelleria il 30 gennaio 2024.

Responsabilità medica e riparto dell'onere probatorio

TRIBUNALE di Livorno, sentenza 31 gennaio 2024, n. 173; Giud. Scaramuzzino

Nella responsabilità medica, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore (paziente danneggiato) si deve preoccupare non solo di provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione, ma anche di allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Compete di contro al debitore (struttura o medico professionista) dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

All'udienza del *Omissis* venivano poi precisate le conclusioni ed il Giudice, previa assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c., tratteneva la causa in decisione.
2. In limine, **appare quanto mai doveroso sottolineare come, nell'ambito della responsabilità professionale medica ed in particolare sotto il profilo dell'allocazione dell'onere probatorio, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dirimendo un contrasto di giurisprudenza insorto sul tema tra le sezioni semplici e su cui il Collegio aveva già avuto modo di pronunciarsi, hanno limpidamente enunciato il principio secondo cui: "Il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. La giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte, applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ha ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente** (Cass. n. 12362 del 2006; Cass. *Omissis* , n. 22894; Cass. OMISSIS, n. 10297; Cass. *Omissis* , n. 14812)" (Sez. U., Sentenza n. 577/2008).
In tema di responsabilità professionale del medico appare dunque oramai non revocabile in dubbio il principio secondo cui, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore (paziente danneggiato) si dovrà preoccupare non solo di provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione, ma anche di allegare l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Compete di contro al debitore (struttura o medico professionista) dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.
Tale impostazione, per ciò che concerne la responsabilità dell'ente o della struttura ospedaliera evocata in giudizio, ha trovato poi ulteriore conferma nella riforma del 2017 sulla responsabilità medica.
L'art. 7, comma I, della L. OMISSIS, n. 24 prevede: "La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose". Viene pertanto definitivamente confermata, anche dal legislatore, la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria.
3. Nel caso di specie l'attore *Omissis* riferisce che in data *Omissis* , a causa di una grave coxartrosi, veniva sottoposto ad intervento chirurgico di protesizzazione dell'anca destra presso il P.O. di OMISSIS.
Allega poi che due mesi dopo l'intervento iniziò ad accusare sintomatologia dolorosa per cui, dopo un anno e mezzo, venne deciso di operare un intervento di revisione della protesi avvenuto il *Omissis* presso il P.O. di OMISSIS.
Anche questo secondo intervento, non ebbe gli esiti sperati; l'attore sostiene che, dopo un anno, cominciò nuovamente ad accusare sintomatologia dolorosa sicché si rivolse ad alcuni specialisti ortopedici di *Omissis* . Gli ortopedici milanesi consigliarono un nuovo intervento di revisione protesica che avvenne presso l'*Omissis* di *Omissis* di *Omissis* in data OMISSIS, con la sola revisione del cotile.
In base alla relazione di parte redatta dal dott. *Omissis* e dal prof. *Omissis* parte attrice sostiene che il primo intervento del 2011 sarebbe stato caratterizzato da un mal posizionamento protesico primario che avrebbe determinato la mobilizzazione totale dell'impianto in tempi decisamente precoci (un anno circa), dovendosi ravvisare una errata condotta chirurgica. Anche l'intervento di revisione della protesi effettuato nel *Omissis* viene censurato in quanto emergerebbe un posizionamento del cotiloideo ancor più verticale con scarsissima copertura della testa femorale.
La relazione peritale di parte avversa conclude, quindi, indicando un danno biologico differenziale di otto punti dal 15% al 23% ed una invalidità temporanea pari a 75 giorni di totale, 60 giorni al tasso del 75%, 240 giorni al tasso del 50% e 24 mesi al tasso del 25%.
4. Il presente giudizio veniva preceduto dall'instaurazione del procedimento per ATP presso questo stesso Tribunale e rubricato sub R.G. 1401/2020, con elaborato redatto (e depositato il *Omissis*) dai CCTTUU dott.ri *Omissis* e *Omissis* procedimento i cui atti venivano acquisiti alla presente causa

giusta ordinanza del *Omissis* (vedasi relativo verbale di udienza).
5. Essendo stato allegati dall'attore gli asseriti inadempimenti di cui sopra, diventa essenziale riportare le argomentazioni e conclusioni cui addiveniva il collegio peritale incaricato nel sopra citato procedimento per ATP.
Segnatamente si legge nella relazione del *Omissis* che "Da quanto rilevato in atti e dalla visita medico legale possiamo sintetizzare il caso come segue:
Il *Omissis* il signor *Omissis* si sottoponeva, presso la Divisione Ortopedica di OMISSIS, ad intervento di protesizzazione dell'anca destra per coxartrosi: stante ingravescente dolore distrettuale e previo controllo radiografico dell'*Omissis* , in data OMISSIS, sempre presso la Divisione Ortopedica di OMISSIS, era sottoposto ad espianto protesico (coppa e stelo) ed a nuovo impianto per mobilizzazione asettica. Dal *Omissis* (almeno così risulta dalla documentazione prodotta) comparsa di dolore ingravescente all'anca destra con conseguenti reiterati accertamenti strumentali e definitiva revisione del cotile nel *Omissis* presso il *Omissis* di *Omissis* In primo luogo ci è sembrato opportuno prendere in visione i radiogrammi dell'*Omissis* : dagli stessi emerge il perfetto posizionamento del cotile con una altrettanta ottimale angolazione dello stelo. Coesiste un minimo imperfetto appoggio dello stelo a livello della metafisi femorale. Tutto ciò non giustifica una precoce mobilizzazione dell'impianto che deve necessariamente essere ascritta ad una mobilizzazione asettica come da diagnosi di dimissione del ricovero del *Omissis* . Appare consensualmemte priva di significato la diagnosi istologica di metallosi non avendo la protesi impiantata nel 2011 parti metalliche (polietilene- ceramica). Il fallimento asettico è comunemente provocato da un progressivo distacco dell'elemento protesico dall'osso (mobilizzazione della protesi), accompagnato da un progressivo riassorbimento dell'osso intorno alla protesi fino a determinare, se non trattato opportunamente e tempestivamente delle gravi caverne vuote nell'osso attorno allo stelo femorale ed alla coppa acetabolare che si stanno mobilizzando avendo perduto il loro ancoraggio all'osso che li ospita (osteolisi).
Le immagini radiografiche del *Omissis* (successive alla revisione protesica) mostrano un cotile lievemente verticalizzato: Una verticalizzazione del cotile può favorire una lussazione della testa femorale e può determinare, per effetto dei campi di forza, microtraumatismi a carico della parte esterna della coppa con possibile mobilizzazione del cotile. In realtà però le indagini scintigrafiche in atti non sono dirimenti: nella prima del *Omissis* , eseguita presso struttura pubblica, viene rilevata solo una problematica a carico dell'innesto femorale della protesi (e non del cotile).
Nella seconda del *Omissis* non viene evidenziata alcuna mobilizzazione protesica. Non vengono prodotti altri radiogrammi che possano evidenziare un riassorbimento osseo periprotesico per cui la diagnosi di mobilizzazione protesica del cotile è da ritenersi essere stata formulata solo su base prevalentemente clinica e confermata al tavolo operatorio (scarsa osteointegrazione del comparto laterale).
Quindi riepilogando: non riteniamo che la mobilizzazione dell'impianto protesico rilevata durante l'intervento chirurgico del *Omissis* sia dovuta ad un erroneo posizionamento della coppa cotiloidea ma bensì verosimilmente ad una mobilizzazione asettica come nella diagnosi di dimissione. In occasione di tale intervento di revisione il cotile fu indubbiamente posizionato in modo non perfetto, cioè lievemente verticalizzato. Tale minima verticalizzazione può essersi resa responsabile di una maggiore usura del polietilene ma non giustifica la mobilizzazione protesica accertata a distanza di circa 5 anni dall'intervento di revisione protesica, mobilizzazione che deve essere verosimilmente ricercata in una meiopragia distrettuale o, meglio, in una particolare predisposizione del Periziando verso una specifica difficoltà di osteointegrazione della protesi. Dobbiamo peraltro segnalare che oggi, il signor *Omissis* accusa gli stessi disturbi (dolore inguinale, facile esauribilità) presentati sia dopo il primo intervento che dopo il secondo (sia pure a partire dal 2016). Non riteniamo pertanto da ascrivere ai sanitari della Divisione Ortopedica di *Omissis* una responsabilità professionale della infelice evoluzione clinica dell'intervento di artroprotesi dell'anca destra subito nel 2011 e della revisione protesica subita l'anno successivo. " (cfr. relazione CCTTU dott.ri *Omissis* e *Omissis* pp. 10 e ss.).
I CTU, in seguito, prendevano come segue posizione sulle osservazioni mosse dal CTP di parte attrice (cfr. ibidem, pag. 16): "1 Circa le ulteriori osservazioni relative all'intervento di revisione confermiamo quanto già asserito: esiste una verticalizzazione (lieve a nostro avviso) del cotile che non giustifica una mobilizzazione. Sottolineiamo invece che, in atti, il primo ricorso al P.S. di *Omissis* , per problematiche all'anca destra, è del *Omissis* (dopo oltre tre anni e mezzo dall'intervento di revisione del 1 impianto) per "Coxalgia dx iniziata questa sera in assenza di trauma..... Il paziente riferisce mentre stava al letto girandosi sensazione di dolore al gluteo senza scatto articolare....." e ricordiamo che ben due scintigrafie successive risultarono negative per mobilizzazione protesica. Infine ribadiamo il dato fondamentale, circa la nostra ipotesi clinica, che il periziando tuttora riferisce gli stessi sintomi accusati sia dopo la prima che la seconda protesizzazione. Confermiamo pertanto l'ipotesi di una costituzionale meiopragia tissutale del signor *Omissis* escludendo responsabilità professionali da parte dei sanitari della *Omissis* ".
In sostanza il Collegio peritale escludeva, con elaborato logicamente e compiutamente argomentato e sorretto da principi scientifici citati chiaramente, la riferibilità di quanto obiettivamente verificatosi, ovverosia la la mobilizzazione protesica non è da ricondurre causalmente ad uno scorretto operato dei sanitari della A. convenuta, inadempimento peraltro in effetti insussistente, avendo ravvisato i CCTTUU solamente una lieve verticalizzazione del cotile, e, dunque, una imperfezione non avente effetto causale alcuno. Tra l'altro i CCTTUU, con estrema chiarezza, individuavano la causa effettiva (costituzionale meiopragia tissutale del signor *Omissis* ed indicavano anche la coerenza della stessa con gli eventi successivamente manifestatisi (il dato fondamentale ... che il periziando tuttora riferisce gli stessi sintomi accusati sia dopo la prima che la seconda protesizzazione).
Ancora in seguito, i CCTTUU venivano richiamati ad effettuare una integrazione al loro elaborato, il tutto alla luce delle dichiarazioni testimoniali, rese all'udienza del *Omissis* dai testi dott.ri *Omissis* e *Omissis* i quali, in sostanza, confermavano che, già a partire dal 2013, al *Omissis* loro paziente, venivano prescritti antidolorifici per il dolore sofferto all'anca destra, quella appunto oggetto delle pratiche mediche de quibus.
I CCTTUU confermavano, comunque, le conclusioni di cui sopra, asserendo: "Indipendentemente da queste criticità rilevate ci sembra che il problema di base non si modifichi affatto.
Nessuno può contestare (neanche i ct di parte attrice che lo hanno erroneamente indicato in perizia) che la protesi impiantata nel *Omissis* fosse perfettamente posizionata. Ne

consegue che la mobilizzazione non può essere ascritta ad un errata manovra chirurgica bensì come indicato nella diagnosi di dimissione dl *Omissis* ad una mobilizzazione asettica. Abbiamo altresì affermato che le immagini radiografiche del *Omissis* mostravano un cotile lievemente verticalizzato. Tale minima verticalizzazione poteva rendersi responsabile di una maggiore usura del polietilene ma non certo portare ad una mobilizzazione a distanza di soli 5 anni. In questi cinque anni (2012-2017), il *Omissis* si è sottoposto ad un intervento di protesizzazione dell'anca controlaterale (2013) e risulta essersi presentato al P.S. solo il *Omissis* (unica documentazione in atti) per una coxalgia destra iniziata questa sera in assenza di trauma.

Le dichiarazioni dei medici di base, fatte su richiesta di parte attrice, non focalizzano temporalmente la problematica dolorosa e soprattutto escludono a priori una sofferenza, ancorché temporanea, all'anca controlaterale, dato questo scientificamente incomprensibile.

Comunque, a nostro avviso, a sostegno della nostra ipotesi di una costituzionale meiopragia tissutale con difficoltà di osteointegrazione, sta il dato ineluttabile che anche dopo l'ultimo intervento il signor *Omissis* continua a lamentare dolore in sede inguinale destra sub-continuo di intensità lieve-moderata" (cfr. integrazione del OMISSIS).

Circa, poi, l'aspetto riguardante l'asserito (da parte convenuta) omesso invio di tale supplemento al CTP, devesi sottolineare che tale aspetto è stato chiarito con l'ulteriore integrazione (cfr. deposito del *Omissis*) dal quale emerge che, al contrario di quanto sostenuto da parte convenuta, il Collegio peritale, provvedeva ad inoltrare l'ulteriore bozza il OMISSIS, indicando pure nel *Omissis* il termine per eventuali note che tuttavia non pervenivano (cfr. allegato all'ultima integrazione di cui si è detto).

Tra l'altro la mail allegata dal CTU *Omissis* indicava, come indirizzo di destinazione OMISSIS, proprio lo stesso da cui il CTP *Omissis* scriveva le mail sub. Docc. 33 e 34 di parte attrice, sicché non solo si deve affermare che la "bozza" dell'integrazione fu inviata dal CTU dott. *Omissis* ma anche che fu inviata al corretto indirizzo mail del CTP di parte attrice.

Sul punto, comunque, corre l'obbligo di effettuare due ulteriori rilievi, l'uno di carattere, per così dire sostanziale, l'altro di ordine procedurale e che (vedasi infra) involgerà in generale i molteplici rilievi in punto validità della CTU svolti da parte attrice.

In primis, va detto che l'elaborato dei CCTTUU (l'elaborato in sostanza è uno, fatta salva la brevissima integrazione di cui sopra) è in sostanza sorretto da argomentazioni, per quanto sintetiche, non solo solide e coerenti (peraltro tra di loro), ma scientificamente motivate in maniera puntuale. Sotto questo profilo sono infatti pertinenti le citazioni scientifiche, le quali conducono, come dianzi detto, ad una fondamentale conclusione, ovverosia che la mobilizzazione protesica non dipende eziologicamente da uno scorretto operato dei sanitari della A. convenuta, sanitari i quali, invece operavano in maniera tutto sommato corretta, eccezion fatta per una minima o lieve verticalizzazione del cotile, la quale tuttavia - lo si ripete - non era causa di alcunché, stante il fondamentale dato che i CCTTUU, con estrema chiarezza, individuavano la causa alternativa effettiva (costituzionale meiopragia tissutale del signor *Omissis* ed indicavano anche la coerenza della stessa con gli eventi successivamente manifestatisi (il dato fondamentale ... che il periziando tuttora riferisce gli stessi sintomi accusati sia dopo la prima che la seconda protesizzazione), il tutto anche in seguito alle dichiarazioni testimoniali che per nulla incidevano sul tema.

6. Si devono, infine, sinteticamente esaminare le eccezioni sollevate da parte attrice circa l'assunzione e l'ammissibilità nel presente giudizio della CTU prima esaminata.

- In primo luogo parte attrice sostiene che la CTU assunta nel più volte citato procedimento per ATP non sarebbe utilizzabile nella presente causa poiché sarebbe stato vuiolato il termine di cui all'art. 8 della L. n. 24 del 2017.

L'art. 8 della cd. Legge G. prevede (si cita la formulazione ratione temporis applicabile) che "ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile".

Orbene siamo di fronte alla previsione di un caso di cd. giurisdizione condizionata, nella misura in cui il legislatore prescrive la necessità, prima di poter promuovere un'azione in materia di responsabilità medica, della proposizione di ricorso ex art. 696 bis c.p.c. (o, alternativamente, di un procedimento di mediazione), il tutto con evidenti finalità deflattive.

Sul regime applicabile nel caso di mancato rispetto dei termini de quibus si ritiene di dover dare seguito all'orientamento di chi opina che "unica interpretazione razionale possibile (conforme al canone ermeneutico del legislatore consapevole) dell'art. 8 è, allora, quella che considera assolta la condizione di procedibilità unicamente con la conclusione del procedimento per atp o con il decorso del termine di 6 mesi.

Il termine di 90 giorni, quindi, non riguarda la condizione di procedibilità, ma altra problematica, quella della salvezza degli effetti della domanda, effetti prodotti dalla proposizione del ricorso ex art. 696 bis c.p.c.

Ci si riferisce agli effetti sostanziali della domanda (ad es., gli effetti interruttivi della prescrizione) ed a quelli processuali (si pensi, ad es., alla litispendenza oppure si pensi al venir meno della obbligatorietà dell'introduzione del giudizio con il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. in luogo della citazione).

Il rispetto del termine di 90 gg. per promuovere il ricorso per il giudizio di merito, è, quindi, funzionale ad ancorare tali effetti della domanda proposta ex art. 702 bis c.p.c. al precedente ricorso depositato ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c." (cfr. Tribunale Savona *Omissis* , ud. OMISSIS, dep. OMISSIS).

Se il termine dei 90 giorni, quindi, sarebbe funzionale ad ancorare gli effetti della domanda al ricorso in precedenza depositato, quello dei sei mesi va interpretato nel senso che consente di considerare assolta la condizione di procedibilità, non comportando altre conseguenze, tantomeno quella (peraltro nient'affatto normativamente prevista) di una ipotetica inutilizzabilità/nullità della CTU assunta, conclusione che sarebbe, peraltro, contraria a qualsiasi principio di speditezza ed economia processuale.

- Del pari è priva di pregio la tesi secondo cui la CTU non sarebbe stata assunta collegialmente, come invece previsto dalla già citata Legge G., dal momento che, invece, il più volte citato elaborato (così come le operazioni peritali) è stato

effettuato dai dott.ri *Omissis* e *Omissis* (specialista in ortopedia e traumatologia) così come evincibile dalla piana consultazione dell'elaborato stesso. La circostanza, poi, che il dott. *Omissis* non fosse iscritto in albo CTU nessuna conseguenza implica in punto validità delle operazioni stesse (sul punto vedasi quanto condivisibilmente affermato da Cassazione civile sez. I, *Omissis* , n.19173: "L'affidamento di un incarico ad un consulente iscritto nell'albo di altro tribunale, o non iscritto in alcun albo, in assenza di motivazione che indichi i motivi della scelta, è valido e non è censurabile in sede di legittimità, trattandosi di valutazione rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito attesa la natura non cogente delle norme di cui agli artt. 61, comma 2, c.p.c. e 22 delle relative disposizioni di attuazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha respinto il ricorso con il quale si lamentava la designazione quale consulente tecnico d'ufficio ai fini della verifica della violazione dei diritti di brevetto di un esperto iscritto in un albo diverso da quelli dei tribunali del distretto, senza sentire il presidente della corte d'appello e senza indicare i motivi della scelta).").

- Ancora, relegate al rango di mere ed indimostrate allegazioni sono le circostanze, peraltro del tuto ipotetiche, vaghe e generiche, riguardanti un'ipotetica mancanza di imparzialità dei CCTTUU nominati.
- Per quanto, infine, riguarda la vicenda della (asseritamente) mancante comunicazione della bozza relativa all'ultima integrazione richiesta nel corso del presente giudizio, si rinvia a quanto dianzi già argomentato.

In definitiva va respinta qualsivoglia eccezione in punto asserita nullità dell'elaborato consulenziale.

7. Sulle spese.

L'esito del giudizio, valutato il criterio della soccombenza, giustifica la condanna di parte attrice al pagamento delle spese di lite sostenute da parte convenuta.

Vengono, quanto a liquidazione delle spese, in considerazione i nuovi parametri disciplinati dal D.M. n. 55 del 2014 recante: "Determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense ai sensi dell'art. 13 comma 6 della L. OMISSIS, n. 247, pubblicato in GU n. 77 di data *Omissis* ed entrato in vigore il OMISSIS.

Per la norma transitoria di cui all'art. 28 del Regolamento, le nuove disposizioni si applicano alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore.

La liquidazione del compenso unitario, senza quindi più distinzione tra diritti ed onorari, va fatta previa determinazione del valore della controversia; nel caso in esame deve trovare applicazione lo scaglione di riferimento per le cause di valore indeterminabile, nell'ambito del quale vanno considerati i valori per le singole fasi svoltesi (fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisoria).

In base al medesimo criterio vanno poste a carico di parte attrice le spese della CTU assunta nonché del citato procedimento per ATP sub R.G. 1401/2020 Tribunale Livorno.

P.Q.M.

Il Tribunale di Livorno definitivamente pronunziando, ogni altra domanda, eccezione ed istanza disattesa:

1) Rigetta integralmente le pretese attoree;

2) condanna parte attrice a rifondere alla convenuta *Omissis* le spese del presente giudizio, spese che liquida in Euro 3.809,00 per compenso unico di avvocato, oltre a 15% rimborso spese generali come per legge, oltre ad accessori come per legge;

3) condanna parte attrice a rifondere alla convenuta *Omissis* le spese del procedimento per ATP sub R.G. 1401/2020 Tribunale Livorno, spese che liquida in Euro 1.528,00 per compenso unico di avvocato, oltre a 15% rimborso spese generali come per legge, oltre ad accessori come per legge;

4) pone definitivamente a carico di parte attrice le spese della CTU medico - legale assunta nell'ambito del procedimento per ATP sub R.G. 1401/2020 Tribunale Livorno nella misura già liquidata e la condanna a rifondere alla controparte le somme eventualmente anticipate ai CCTTUU.

Così deciso in Livorno, il 31 gennaio 2024.

Depositata in Cancelleria il 31 gennaio 2024.

Nesso causale tra condotta colposa del sanitario ed evento lesivo

CORTE D'APPELLO di Potenza, sentenza 6 febbraio 2024, n. 59; Pres. Videtta; Est. Apicella

Sussiste un valido nesso causale tra la condotta colposa del sanitario e l'evento lesivo allorché, se fosse stata tenuta la condotta diligente, prudente e perita, l'evento dannoso non si sarebbe verificato. Tale giudizio deve essere compiuto non sulla base di calcoli statistici o probabilistici, ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza, che va compiuto in considerazione degli elementi di conferma (tra cui soprattutto l'esclusione di altri possibili e alternativi processi causali) disponibili in relazione al caso concreto.

... Omissis ...
Motivi della decisione

Preliminarmente va dichiarata la contumacia della Basilicata Soccorso 118, che, seppur regolarmente citata, non ha inteso costituirsi in giudizio.
Sempre in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello ex art. 342 c.p.c., per omessa indicazione delle parti del provvedimento oggetto di impugnazione.
L'eccezione è infondata e, pertanto, va rigettata.
Con la sentenza n. 10916/2017, la Corte di Cassazione ha affermato che non è necessario un "progetto alternativo di sentenza...", "...né alcuna trascrizione della sentenza appellata, ma la chiara ed inequivoca indicazione delle censure".
Dalla lettura dell'atto introduttivo risultano individuabili le censure mosse dagli appellanti alla sentenza impugnata e le modifiche richieste, così come sinteticamente riportate nei motivi di gravame.
Con un unico motivo di gravame gli appellanti censurano la sentenza impugnata per aver escluso qualsiasi responsabilità a carico della A. di P. e della Basilicata Soccorso 118.
Innanzitutto, evidenziano che la giurisprudenza di legittimità ha effettuato un percorso ermeneutico funzionale alla ricostruzione dei caratteri essenziali del nesso di causalità tra un malore improvviso ed un successivo intervento chirurgico, ai fini dell'accertamento di eventuali responsabilità risarcitorie e, quindi, affermano che, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica non può fornire una certezza assoluta, la sussistenza del rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie laddove manchi la prova della preesistenza, concomitanza e sopravvenienza di altri fattori determinanti.
Dopo aver brevemente ripercorso i fatti di causa, sostengono che al personale del 118 è riconosciuto un ambito di valutazione, di azione e di discrezionalità, funzionale a fronteggiare in maniera adeguata le diverse situazioni di emergenza e che in tale spazio di discrezionalità rientra pure la scelta circa la necessità di trasportare il malato presso una struttura sanitaria che sia in grado di assicurare cure immediate, anche a seguito delle necessarie indagini strumentali e specialistiche. In sintesi, sostengono che: 1) il decesso del padre è stato cagionato da una serie di omissioni, coeve e successive nel tempo, di uguale valore causale, ciascuna avente una sua efficienza nella produzione del danno e nella concatenazione degli avvenimenti, che hanno determinato una situazione tale che l'evento, sebbene prodotto direttamente dalla causa avvenuta per ultima, senza di esse non si sarebbe verificato; 2) alla luce della grave sintomatologia, i primi operatori sanitari intervenuti avrebbero dovuto riconoscere la criticità dell'evento e dare una risposta adeguata allo stesso, ossia attivarsi per trasportare il paziente in ospedale piuttosto che, avendo confuso la stessa con una semplice indigestione dovuta ad un abuso alimentare, applicare una flebo, prescrivere un farmaco e raccomandare il digiuno per il resto della giornata; 3) il notevole lasso di tempo intercorso tra la comparsa dei sintomi e l'irreversibile aggravamento degli stessi ha cagionato l'evento decesso, ossia il danno che giustifica la pretesa risarcitoria; 4) allorquando il Giudice di primo grado afferma che "i sintomi possono essere facilmente confusi con sintomi di una patologia più grave ... ", non fa altro che affermare che nessun nesso di causalità si è interrotto per semplici circostanze fattuali.
Al riguardo, richiamano la sentenza n. 19133/2004 delle SS.UU. della Corte di Cassazione, secondo cui non può escludersi il nesso di causalità tra l'omissione e la mancata diagnosi ed il pregiudizio del paziente qualora si ritenga che l'opera del sanitario, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi.
In relazione al margine di discrezionalità dei sanitari, ritengono che avrebbero dovuto comprendere che la situazione d'urgenza richiedeva il trasferimento immediato del paziente in ospedale, piuttosto che assumere la condotta tipica del rifiuto formalistico.
Sul punto, evidenziano che la chirurgia d'urgenza per rotture di aneurismi dell'aorta addominale è condizionata dalla tempestività del riconoscimento clinico e che l'intervento eseguito nelle primissime ore della fase fissurativa, con l'inizio del dolore, dà maggiori possibilità di sopravvivenza.
In conclusione, chiedono la riforma della sentenza in una pronuncia che, accertata la sussistenza di un nesso di causalità tra l'errata diagnosi e il ritardo del trasporto in ospedale ad opera del personale del 118, affermi che i fatti, così come concatenati tra loro, hanno determinato l'evento dannoso, ossia il decesso di M.A..
Il motivo è infondato e, pertanto, va rigettato.
In tema di responsabilità medica, considerata la natura contrattuale dell'obbligazione incombente sui sanitari, l'onere della prova grava sull'attore, che ha il compito di provare il contratto o il contatto sociale e l'aggravamento di una patologia o l'insorgenza di una affezione, allegando l'inadempimento del debitore astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, nonché il relativo nesso di causalità dell'evento dannoso con l'azione o l'omissione dei sanitari.
Invece, il medico, quale debitore convenuto, è gravato dell'onere di dimostrare il fatto estintivo, costituito dall'avvenuto esatto adempimento secondo il criterio di diligenza, ovvero che, pur sussistendo inadempimento, esso non sia stato eziologicamente rilevante in ordine al verificarsi del dedotto evento dannoso.

L'accertamento del nesso causale precede l'accertamento della colpa, in quanto, solamente qualora sia dimostrato che la condotta attiva od omissiva del sanitario sia stata causa dell'evento lesivo subito dal paziente, è possibile procedere ad accertare se questa condotta sia contraria alle leges artis.
Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi sussistente un valido nesso causale tra la condotta colposa del sanitario e l'evento lesivo, allorché, se fosse stata tenuta la condotta diligente, prudente e perita, l'evento dannoso non si sarebbe verificato.
Tale giudizio deve essere compiuto non sulla base di calcoli statistici o probabilistici, ma unicamente sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza, che va compiuto in considerazione degli elementi di conferma (tra cui soprattutto l'esclusione di altri possibili e alternativi processi causali) disponibili in relazione al caso concreto.
È onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (Cass. Civ. 27606/2019; 3704/2018; 5128/2020).
Dagli atti di causa emerge che: 1) M.A., il 19.7.2007, per i diffusi dolori addominali, perdeva i sensi e si accasciava sul pavimento; 2) alle ore 17.30 veniva invocato l'intervento del 118; 3) il medico, D.G.E., recatosi sul posto unitamente ad un'infermiera, diagnosticava un'indigestione, eseguiva un elettrocardiogramma e, previo posizionamento di accesso venoso, somministrava una terapia infusiva con antiemetico ed antiacido, raccomandando il digiuno per il resto della giornata; 4) alle ore 20.00, dato il peggioramento delle condizioni, veniva invocato nuovamente l'intervento del 118, che trasportava M.A. al Pronto Soccorso dell'O.S.C., ove gli veniva diagnosticato un aneurisma dell'aorta sottorenale, con voluminoso ematoma retrope ritonerale; 5) sottoposto ad intervento chirurgico di urgenza, alle ore 22.30 decedeva per arresto cardiaco.
Ebbene, le risultanze della C.T.U., alla luce del suddetto criterio probabilistico, consentono di escludere che il decesso di M.A. sia causalmente collegato alla condotta posta in essere dai sanitari.
Nella perizia elaborata dal Consulente Tecnico di Ufficio, dott. Antonio Casalino, si legge:
- "Appare evidente ...che l'intervallo di tempo intercorso tra i due interventi del 118 non abbia aggravato l'evoluzione della patologia aortica preesistente e già di per sé molto grave";
- "...il quadro clinico che i sanitari hanno trovato alle ore 19.00 era di un paziente emodinamicamente stabile... con nausea e vomito associati alla dolenzia addominale che hanno fatto correttamente pendere per abuso alimentare in 57enne obeso";
- "Invece il quadro clinico trovato alle ore 20.00 era completamente diverso con diaforesi, addome intrattabile e dispnea. In questo caso è stato correttamente disposto il trasferimento in PS";
- "La diagnosi, eseguita con ecografia e confermata da Angio TC, di rottura aneurisma aortico è stata eseguita dal personale del PS in tempi assolutamente congrui. Anche l'intervento eseguito dalla equipe di chirurgia vascolare è stato congruo, per tempistica e modalità, alla gravità della patologia. Non si può ipotizzare colpa professionale a carico dei sanitari che operano, né sussistono dubbi sulla loro diligenza, prudenza e perizia nella procedura chirurgica. Il decesso del paziente è stato quindi un evento imprevedibile nonostante tutto";
- "Comunque il lasso di tempo intercorso tra la fine del 1 intervento del 118 (ore 18.58) e l'arrivo del paziente presso il PS dell'ospedale S. Carlo (ore 20.42) è ininfluente ai fini dell'evoluzione mortale della patologia";
- "Infine considerando l'intervallo di tempo intercorso dalla chiamata al 118 (e cioè ore 17.30 circa) e l'inizio dell'intervento chirurgico (e cioè ore 21.30 circa) si constata che in circa 4 ore dal malore il paziente era già sul tavolo operatorio. Tempi questi, considerando la velocità di tutto l'iter sia diagnostico che preoperatorio ...possibili solo in pochi e fortunati casi".
In altri termini, il consulente, dopo aver evidenziato la gravità della patologia, aggravata dalle condizioni generali del paziente, affetto da ipertensione -uno dei fattori di rischio per la rottura dell'aneurisma aortico-, nonché la difficoltà della diagnosi e l'elevato tasso di mortalità in tali situazioni, ha escluso la riconducibilità dell'evento dannoso ad una condotta dolosa o colposa dei sanitari, ritenendo, in ogni caso, ininfluente, il lasso di tempo intercorso tra la prima e la seconda diagnosi.
Le spese del presente grado di giudizio vanno liquidate a carico degli appellanti come indicato in dispositivo, secondo il criterio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., considerati i parametri di cui al D.M. n. 147 del 2022, tenuto conto dei valori minimi, esclusa, per l'appello, la fase istruttoria, alla luce del valore della causa come dichiarato.
Il rigetto dell'impugnazione impone agli appellanti, ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, D.P.R. n. 115 del 2002, di versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello corrisposto all'atto dell'iscrizione a ruolo del giudizio.

P.Q.M.
La Corte di Appello di Potenza, Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza n. 651, pubblicata il 12.7.2018 dal Tribunale di Potenza in composizione monocratica, proposto da M.D. e M.D. contro l'A.S.L. di P. e la Basilicata Soccorso 118, così provvede:
A) Dichiara la contumacia della Basilicata Soccorso 118.
B) Rigetta l'appello proposto da M.D. e M.D. e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 651, pubblicata il 12.7.2018 dal Tribunale di Potenza in composizione monocratica.
C) Condanna M.D. e M.D. al pagamento, in favore dell'A. - A.S. di P., delle spese processuali relative al presente grado di giudizio liquidate complessivamente in Euro 3.473,00, oltre maggiorazioni spese generali, IVA e CAP, come per legge.
D) Dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte degli appellanti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per l'impugnazione proposta.
Così deciso in Potenza nella camera di consiglio tenutasi in modalità telematica il 29 gennaio 2024.
Depositata in Cancelleria il 6 febbraio 2024.

Rilevanza del pregresso stato morboso del paziente-danneggiato

CORTE D'APPELLO di Roma, sezione VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 883; Pres. Perinelli; Rel. Venarubea

In materia di responsabilità per attività medicochirurgica, ove si individui in un pregresso stato morboso del paziente/danneggiato un antecedente privo di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario, ma dotato di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, allo stesso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, bensì unicamente sul piano della determinazione equitativa del danno, potendosi così pervenire - sulla base di una valutazione da effettuarsi, in difetto di qualsiasi automatismo riduttivo, con ragionevole e prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto - solamente ad una delimitazione del "quantum" del risarcimento.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato, D.S. ha proposto avverso la sentenza n. 1851/2017 emessa dal Tribunale ordinario di Latina e pubblicata in data 5 settembre 2017, resa nel giudizio di primo grado promosso nei confronti di G. s.p.a., con chiamata in causa di A.A. s.p.a., F.A. s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa, G.I. s.p.a. e M.A. s.p.a. (oggi U.A. s.p.a.).

1 - I fatti di causa sono esposti nella sentenza impugnata come di seguito riportato.

"Con atto di citazione ritualmente notificato S.D. ha evocato in giudizio la G. s.p.a. esponendo che il 1.6.2010 veniva ricoverato presso ICOT di Latina, struttura in proprietà della società convenuta, in esito ad una frattura pluriframmentaria scomposta del piatto tibiale sinistro riportata in conseguenza di un sinistro stradale; che in data 9.6.2010 veniva sottoposto ad intervento chirurgico di osteosintesi di tibia sinistra con placca e viti; che in data 21.6.2011 a seguito di controllo rx, permanendo la scomposizione dei frammenti ed in assenza di consolidazione degli stessi, veniva nuovamente operato per ripresa della riduzione della frattura con trapianto osseo e meniscectomia esterna; che ad un lungo periodo di rieducazione funzionale con scarso successo, seguiva in data 22.10.2010 un intervento di artrolisi con plastica del tendine del quadricipite e rimozione dei mezzi di sintesi; che seguiva un lungo periodo di medicazione per insorta infezione cutanea con fistola articolare, trattamento iperbarico e terapia antibiotica sino al 17.12.2010; che l'attore doveva sostenere ingenti spese mediche; che durante le cure mediche doveva rinunciare alle attività sportive e ludiche che era solito compiere essendone impossibilitato e perdendo pian piano l'interesse per essa; che l'attore al momento dell'instaurazione del rapporto di cura con la struttura sanitaria convenuta presentava un'invalidità del 17%, la quale, in conseguenza dell'errato trattamento dei sanitari che lo hanno avuto in cura, è aumentata sino al 29%, come accertato dal c.t.u. designato dal Tribunale in seno al procedimento per accertamento tecnico preventivo n. 618/2012 r.g. Sulla scorta di tali deduzioni l'attore ha concluso per l'accertamento della responsabilità della struttura sanitaria convenuta e per la sua condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. Si è costituito in giudizio la G. s.p.a. svolgendo analitiche controdeduzioni sulle allegazioni attoree, instando per il rigetto della domanda e chiedendo, comunque, di chiamare in causa i propri assicuratori della responsabilità civile, A.A. s.p.a., F.A. s.p.a., G.I. s.p.a. e M.A. s.p.a., onde esserne manlevata. Si sono costituite in giudizio le sole A.A. s.p.a. e G.I. s.p.a. esponendo di prestare la garanzia assicurativa secondo quanto convenuto nella polizza AIOP n. (...), certificato di applicazione n. 127188, appendice 14, con effetto dal 31.12.2009 al 31.12.2010; che le compagnie assicurative possono rispondere ciascuna relativamente alla rispettiva quota di partecipazione al rischio A.A. per il 30%, G.I. per il 10%, esclusa ogni responsabilità solidale; che il massimale garantito era pari ad Euro 5.000.000,00; che era prevista una franchigia con il minimo di Euro 15.000,00 e il massimo di Euro 20.000,00; che era, infine, previsto lo scoperto del 30% sul danno eventualmente liquidato. Nel merito le compagnie hanno invocato l'applicazione del regime giuridico introdotto con il D.L. n. 158 del 2012 (c.d. legge Balduzzi).

La causa è stata istruita con produzioni documentali, prova per testi e mediante acquisizione degli atti relativi al procedimento per accertamento tecnico preventivo n. 618/12 ed è stata assunta in decisione all'udienza del 2.2.2017, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c.".

L'adito Tribunale, con detta sentenza, ha così deciso:

"1) condanna G. s.p.a. al pagamento, in favore di D.S., dell'importo di Euro 61.581,51; 2) condanna G. s.p.a. alla rifusione, in favore di D.S., delle spese di lite che liquida in Euro 13.000,00 per compensi, Euro 1.054,00 per spese, oltre accessori di legge, di cui dispone la distrazione in favore dei procuratori dichiaratisi antistatari;

3) pone definitivamente a carico della G. s.p.a. le spese di c.t.u. relative al procedimento n. 618/2012 r.g.;

4) dichiara l'improcedibilità della domanda di garanzia svolta da G. s.p.a. nei confronti di F.A. s.p.a. in l.c.a.;

5) condanna M.A. s.p.a., G.A. s.p.a. e A.A. s.p.a. a tenere indenne la G. s.p.a. delle somme che dovesse corrispondere a S.D. in esecuzione della presente sentenza, nei limiti indicati nei punti 6 e 7.1 della motivazione;

6) compensa le spese di lite tra le convenute e le chiamate in causa".

La decisione è motivata come di seguito riportato.

"S.D. chiede, dunque, il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali che assume di aver subito in conseguenza dell'erroneo trattamento chirurgico della frattura pluriframmentaria scomposta del piatto tibiale riportata in conseguenza del sinistro stradale verificatosi il 1.6.2010, praticatogli presso la struttura sanitaria convenuta.

Assume, in particolare, l'attore che a causa dell'inefficacia del primo intervento di osteosintesi di tibia sinistra con placca e viti cui è stato sottoposto il 9.6.2010, è stato nuovamente operato per ripresa della riduzione della frattura con trapianto osseo e meniscectomia esterna e, quindi, è stato sottoposto ad un ulteriore intervento di artrolisi con plastica del tendine e rimozione dei mezzi di sintesi in esito al quale è insorta una infezione cutanea con fistola articolare, trattamento iperbarico e terapia antibiotica sino al 17.12.2010.

Lamenta, infatti, parte attrice che in conseguenza degli errori chirurgici in cui sono incorsi i sanitari dell'ICOT ha subito un danno biologico differenziale del 12% ed un danno patrimoniale consistito nella sopportazione di ingenti spese mediche.

Tale prospettazione impone una duplice precisazione di carattere generale in ordine: a) alla natura giuridica della responsabilità alla stregua della stessa configurabile; b) ai criteri che governano il riparto dell'onere della prova in materia di responsabilità professionale.

La qualificazione contrattuale della responsabilità del medico ha costituito a lungo principio acquisito (ex pluribus Cass., n. 4219/2004; Cass., n. 13066/2004; Cass., n. 19133/2004), né tale inquadramento giuridico risulta essere mutato nella giurisprudenza di legittimità dopo l'entrata in vigore della Legge Balduzzi (in particolare dell'art. 3 c. 1 della L. n. 189 del 2012, di conversione del D.L. n. 158 del 2012 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), peraltro inapplicabile alla fattispecie in esame (Cass. n. 8940/2014; Cass., n. 27391/2014)).

Nel caso di specie il carattere contrattuale della responsabilità dedotta a fondamento della domanda risarcitoria è, infatti, fuor di dubbio ove si osservi che l'attore ha evocato in giudizio la sola struttura sanitaria rispetto alla quale ha ampiamente dimostrato l'instaurazione di un rapporto di cura (cfr. le cartelle cliniche prodotte).

L'opzione per la qualificazione contrattuale della responsabilità prospettata da parte attrice incide, in primo luogo, sul riparto dell'onere probatorio.

Devono, infatti, trovare applicazione i criteri fissati in materia contrattuale, alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533 in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento, e recepito nella sentenza n. 577/2008 in cui le stesse Sezioni Unite hanno stabilito che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni cosiddette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa o concausa efficiente del danno (in tal senso v. anche Cass, n. 2054/2014; Cass., n. 27855/2013; Cass., n. 17143/2012; Cass., n. 1538/2010; Cass., n. 15993/2011).

Il paziente non può, dunque, limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, dovendo, invece, dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, "vestita", ovvero astrattamente efficiente alla produzione del danno, di tal che quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatta l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno (Cass., n. 27855/2013, cit. in motivazione).

Dalla qualificazione giuridica della responsabilità in termini contrattuali consegue, dunque, che il danneggiato può limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento), restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto. In particolare l'attore è esonerato dal dimostrare la negligenza e l'imperizia del sanitario, potendosi limitare ad allegare condotte attive od omissive del medico contrastanti con le leges artis, quali species dell'inadempimento agli obblighi assunti con il contratto d'opera professionale o con il contatto ovvero con il contratto di spedalità, consistenti nella prestazione di assistenza diagnostica e terapeutica conformata alla miglior scienza ed esperienza ed alla perizia richiesta dalla natura e dalle caratteristiche degli interventi necessari o, comunque, alla particolare situazione clinica-patologica in cui versa il paziente (Cass., n. 20547/2014; Cass., n. 27855/2013; Cass., n. 1714/2012; Cass. n. 15993/2011; Cass., n. 1538/2010).

È, per contro, onere della struttura sanitaria provare che l'inadempimento è dovuto a causa non imputabile negligenza o imperizia propria o dei propri medici (art. 1228 c.c.) e, quindi, ad un evento imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza esigibile (Cass., n. 12274/2011).

Applicando gli anzidetti criteri al caso di specie, va, innanzitutto, ribadito come sia pacifico, oltre che ampiamente documentato, il rapporto di cura instauratosi tra S.D. e l'ICOT di Latina in occasione del ricovero avvenuto in data 1.6.2010 a causa della frattura del piatto tibiale subita dall'attore in conseguenza di un sinistro stradale.

Le inesattezze adempitive attribuite ai sanitari che lo hanno avuto in cura presso la struttura sanitaria sono individuate dall'attore attraverso un'implicita relatio alla relazione tecnica redatta dal c.t.u. Roberto Omissis, designato in seno al procedimento per accertamento tecnico preventivo n. 618/12 r.g., nella scelta di un intervento chirurgico - quello di osteosintesi praticatogli il 9.6.2010 - rivelatosi inefficace e per il quale si è reso necessario un ulteriore intervento di riduzione della frattura con trapianto osseo, e nell'insorgenza di un'infezione operatoria in conseguenza di altra operazione chirurgica di artrolisi con plastica del tendine del quadricipite e rimozione dei mezzi di sintesi.

Attraverso le indagini peritali affidate al c.t.u. dott. Roberto Omissis in sede di a.t.p., cui si ritiene di prestare adesione in assenza di convincenti e documentate osservazioni delle parti, è stato evidenziato che l'attore aveva riportato una frattura pluriframmentaria del piatto tibiale laterale con affossamento ed estensione causale obliqua fino alla regione metadiafisairia prossimale, ossia una frattura articolare parziale; che si trattava di una frattura complessa sia per la presenza di comminuzione, sia per l'estensione a tutto il piatto tibiale laterale, sia per l'ampio spostamento del frammento; che pertanto il trattamento doveva essere necessariamente chirurgico e volto alla ricostruzione del piatto tibiale stesso.

Il c.t.u. ha, quindi, osservato che, proprio in relazione alla complessità della frattura, doveva essere posta molta attenzione nel risollevare il piano articolare dal basso su tutta

l'ampiezza articolare e nel riempire il vuoto sottostante con materiali usualmente adoperati; che in occasione del primo intervento chirurgico non era stato ottenuto il risultato richiesto di ripristino dell'integrità del piano articolare; che, in particolare, era stata ottenuta una parziale ricomposizione dei frammenti ossei con eccessivo ricorso ai mezzi metallici in assenza di soddisfacente ricostruzione del piano essendo residuata un'importante diastasi dei frammenti, la quale era stata colmata con il secondo intervento del 21.6.2010, mediante l'apposizione di osso sintetico; che la frattura aveva comportato l'abbassamento della parte posteriore del piatto tibiale esterno ossia di quella porzione ossea sulla quale scorre e ruota il corrispondente condilo femorale; che il trattamento chirurgico, che avrebbe dovuto avere lo scopo di riallineare questo piano, non era stato eseguito come dovuto, rendendo, così, necessario un altro atto operatorio; che neanche il secondo intervento chirurgico aveva ottenuto il risultato desiderato perché non era riuscito a colmare la marcata incongruità residuata tra il condilo femorale e il piatto tibiale con successiva evoluzione in deviazione assiale del ginocchio ed instaurazione del quadro attuale; che lo stesso intervento di allungamento del tendine quadricipitale espletato in un momento successivo aveva consentito solo temporaneamente di aumentare l'escursione flessoria dell'articolazione, ma la sopraggiunta estensopatia aveva cagionato un eccessivo abbassamento della rotula con ripristino della situazione attuale di minima escursione articolare in flessione del ginocchio. Con riferimento alla necrosi cutanea insorta sulla persona dell'attore, il c.t.u. ha chiarito che la stessa doveva ritenersi connessa all'intervento del 21.10.2010 ed aveva determinato il prolungamento della durata dei trattamenti e la formazione di un quadro cicatriziale per il quale l'attore si era sottoposto ad un intervento di correzione. Sulla scorta di tali argomentazioni, l'ausiliare è giunto alla conclusione per cui all'esecuzione di un corretto trattamento chirurgico sarebbe, comunque, residuata una discreta limitazione articolare, valutabile in misura corrispondente ad un'invalidità pari al 17% e, quindi, inferiore rispetto a quella in concreto obiettivabile al momento dell'accertamento tecnico, corrispondente al 29% (cfr. pagg. 25-26 della c.t.u. a firma del dott. Omissis).

Alla luce delle spiegazioni offerte dal consulente tecnico deve, dunque, ritenersi che l'inesattezza adempitiva allegata da parte attrice, consistita, appunto, nell'erroneità della scelta chirurgica effettuata dagli operatori in occasione del primo intervento, in ragione della quale si sono rese necessarie ulteriori operazioni che hanno condotto ad un aggravamento dei postumi che sarebbero residuati ad un corretto intervento, risulta, alla stregua dei dati clinici e epidemiologici e delle leges artis di riferimento, idonea a produrre l'evento lesivo (sub anchilosi in estensione completa del ginocchio con iperestensione abolita e flessione possibile solo per pochi gradi (da 180 a 165 circa), lamentato dall'attore e concretamente riscontrato sulla sua persona (cfr. pag. 26 della c.t.u.).

Rispetto ad essa si ravvisano, dunque, i presupposti per l'inversione dell'onere probatorio enunciato con orientamento costante in subiecta materia dalla giurisprudenza di legittimità.

Eppure la società convenuta non ha offerto alcuna prova in merito all'esattezza adempitiva delle prestazioni sanitarie erogate, né in ordine alla presenza di fattori estranei, alla stessa non imputabili, di per sé soli idonei a cagionare l'evoluzione patologica subita dall'attore.

In tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso possa apparire riconducibile alla concomitanza della condotta umana e del fattore naturale ed autonomo rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato, il giudice, accertata l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento, in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p., deve procedere, anche con ricorso a criteri equitativi, alla valutazione della causalità giuridica di ogni singola concausa, così da delimitare l'obbligo risarcitorio dell'autore della condotta con esclusione delle conseguenze dannose determinate dal fortuito (Cass., n. 24204/2014).

Facendo applicazione di tale principio, il danno alla persona occorso al D. appare come la risultante di un duplice processo causale rappresentato, per un verso, dallo stato morboso in atto al momento del ricovero nella casa di cura convenuta (frattura pluriframmentaria del piatto tibiale determinata da incidente stradale) e, per altro verso, dall'incongruità delle scelte chirurgiche adottate dai medici che lo hanno avuto in cura, a propria volta autonomamente produttive di danno.

Considerato che, secondo le spiegazioni del c.t.u., ad un intervento corretto sarebbe comunque residuato all'attore un'invalidità permanente pari al 17% e che, invece, l'invalidità permanente accertata sulla persona del D., tenuto conto anche degli esti cicatriziali, è quantificabile in ragione del 29%, il danno differenziale imputabile alla struttura sanitaria convenuta deve essere quantificato in ragione del 12%, mentre il periodo di inabilità temporanea correlato alle descritte inesattezze adempitive è stato quantificato dall'ausiliare in 68 giorni di inabilità temporanea assoluta e in 200 giorni di inabilità temporanea relativa al 50% (cfr. pag. 30 della relazione a firma del dott. Omissis).

Ai fini della liquidazione di tali pregiudizi, si ritiene necessario, alla luce delle indicazioni offerte dalla Suprema Corte (sentenza n. 12408 del 7.6.2011), far riferimento alle tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione all'integrità psico-fisica e dalla perdita del rapporto parentale elaborate dall'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano nel 2009 ed aggiornate al 2014, le quali, facendo applicazione dei principi enunciati dalle sezioni Unite della Suprema Corte nella pronuncia n. 26792 dell'11.11.2008, propongono **una liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente a lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico legale, sia nei suoi risvolti anatomo funzionali sia relazionali, e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore o sofferenza soggettiva, in via di presunzione in riferimento ad un dato tipo di lesione, vale a dire la liquidazione congiunta dei pregiudizi in passato liquidati a titolo di c.d. danno biologico standard, c.d. personalizzazione per particolari condizioni soggettive del danno biologico, c.d. danno morale.**

La liquidazione alla stregua dei richiamati parametri tabellari deve subire una personalizzazione tutte le volte in cui ricorrano fattori che in concreto siano in grado di giustificare un discostamento dal parametro standard.

Nel caso di specie detto adeguamento in relazione al pregiudizio da sofferenza morale deve essere praticato, risultando acquisita la prova di fatti che consentono, attraverso il ragionamento presuntivo, di apprezzare una riduzione delle attività extralavorative in cui si manifestava la personalità del leso anteriormente al sinistro e ai trattamenti chirurgici per cui si controverte.

La perdita delle potenzialità psicofisiche proprie della vittima, ossia della possibilità di godere della vita in senso pieno mediante la completa esplicazione della propria personalità morale, intellettuale, culturale in cui si sostanzia il danno da lesione all'integrità psicofisica è oggetto della valutazione del medico legale, il quale nella stima dell'entità dei postumi dovrebbe ponderare tutte le ricadute negative ordinariamente provocate dalla patologia sull'esistenza dell'individuo.
Spetta, invece, all'adattamento equitativo del valore di base del danno biologico operato con la c.d. personalizzazione il compito di valorizzare, nel rispetto del principio di eguaglianza sostanziale, le peculiarità della pregressa esistenza del danneggiato.
Tutto ciò premesso, dall'istruzione orale è emerso che anteriormente al sinistro in forza del quale è stato sottoposto ai trattamenti chirurgici per cui si controverte, S.D. praticava attività sportiva che successivamente ai fatti di causa ha abbandonato definitivamente in ragione delle difficoltà incontrate nella deambulazione e nel compiere i movimenti richiesti dagli sport precedentemente praticati (cfr. la deposizione dei testi S. e C.).
Tale perdita ha comportato verosimilmente sofferenze di entità eccedente quelle normalmente ricollegate alle menomazioni fisiche subite e per questo giustifica uno scostamento dal valore tabellare.
Considerata, pertanto, l'età del danneggiato all'epoca del sinistro (28 anni), appare, pertanto, equo determinare in Euro 31.775,50 attuali l'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale nella duplice componente di danno da lesione biologica e da sofferenza morale e detta somma deve essere incrementata in ragione del 10 % in considerazione della riconosciuta personalizzazione.
Al D. è, inoltre, dovuto l'importo di Euro 145,00 a titolo di ristoro per ogni giorno di inabilità temporanea assoluta e di Euro 72,50 a titolo di ristoro per ogni giorno di inabilità temporanea relativa direttamente riconducibile alla responsabilità della struttura convenuta.
Il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute dovuto da G. s.p.a. deve, pertanto, essere quantificato in Euro 59.312,50 attuali.
Devono, infine, essergli rifuse le spese mediche direttamente conseguenziali agli aggravamenti patologici indotti dagli errori medici ascritti ai sanitari che lo hanno avuto in cura presso la struttura convenuta e quantificate dal c.t.u. in Euro 2.095,12, pari ad Euro 2.269,01 attuali.
Va evidenziato che, considerato che l'obbligazione di risarcimento del danno costituisce un debito di valore, la sua liquidazione non può che avvenire all'attualità, ovvero secondo il valore pecuniario corrente al momento dell'aestimatio.
Risponde a tale esigenza l'applicazione ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale dei valori stabiliti dall'ultima tabella di liquidazione del danno alla persona elaborata dal Tribunale di Milano (per tutte, Cass., n. 9950/2017) e risalente al 2014, la quale ad oggi non ha ancora subito aggiornamenti in ragione dell'andamento stazionario dell'inflazione.
Nulla può, invece, essere riconosciuto all'attore a titolo di rivalutazione e di interessi compensativi.
Si ritiene, infatti, di aderire all'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale, **nei debiti di valore i cosiddetti interessi compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno causato dal ritardato pagamento dell'equivalente monetario attuale della somma dovuta all'epoca dell'evento lesivo. Tale danno sussiste solo quando, dal confronto comparativo in unità di pezzi monetari tra la somma rivalutata riconosciuta al creditore al momento della liquidazione e quella di cui egli disporrebbe se (in ipotesi tempestivamente soddisfatto) avesse potuto utilizzare l'importo allora dovutogli secondo le forme considerate ordinarie nella comune esperienza ovvero in impieghi più remunerativi, la seconda ipotetica somma sia maggiore della prima, solo in tal caso potendosi ravvisare un danno da ritardo, indennizzabile in vario modo, anche mediante il meccanismo degli interessi, mentre in ogni altro caso il danno va escluso. È appena il caso di evidenziare che, come espressamente chiarito dalla Suprema Corte, il giudice è tenuto a motivare il mancato riconoscimento degli interessi compensativi solo quando sia stato espressamente sollecitato mediante l'allegazione della insufficienza della rivalutazione ai fini del ristoro del danno da ritardo secondo il criterio sopra precisato (Cass., n. 22347/2007; Cass., n. 3355/2010).** Non solo nel caso di specie l'attore non ha svolto alcuna deduzione in merito alla sussistenza di tale pregiudizio, ma tale carenza assertoria e probatoria non può essere superata neanche facendo uso delle massime di esperienza, avuto riguardo all'entità non particolarmente significativa dell'importo riconosciuto.
Con riferimento alle domande di manleva spiegate dalla G. s.p.a. nei confronti delle compagnie chiamate in causa, deve, in primo luogo, essere dichiarata l'improcedibilità della domanda di garanzia proposta da G. s.p.a. nei confronti di F.A. s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa. Deve, infatti, trovare applicazione il principio secondo il quale qualsiasi credito nei confronti di un'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa dev'essere fatto valere in sede concorsuale, nell'ambito del procedimento di verifica affidato al commissario liquidatore, mentre il giudice può conoscerne in sede ordinaria solo in un momento successivo, sulle opposizioni od impugnazioni dello stato passivo formato in detta sede, così determinandosi una situazione di improponibilità, o, se proposta, di improseguibilità della domanda, che concerne sia le domande di condanna che quelle di mero accertamento del credito; ne consegue che la domanda formulata in sede di cognizione ordinaria diventa improcedibile in virtù di norme inderogabilmente poste a tutela del principio della "par condicio creditorum" (Cass., n. 26769/2008).
La domanda di garanzia proposta dalla stessa convenuta nei confronti delle altre compagnie chiamate in causa deve, invece, trovare accoglimento nei limiti di seguito evidenziati.
Dal contratto di assicurazione prodotto da G.A. s.p.a. e da A.A. s.p.a. risulta che il rapporto assicurativo in essere tra le compagnie chiamate in causa e la G. s.p.a. è una coassicurazione e che le quote di spettanza di ciascuno degli assicuratori sono le seguenti: A.A. s.p.a. 3/10, F.A. s.p.a. 4/10, M.A. s.p.a. 2/10 e G.A. s.p.a. 1/10.
Ne consegue che ciascuna delle compagnie chiamate in causa, fatta eccezione per la F.A. s.p.a., deve ritenersi tenuta a manlevare la società assicurata in ragione della rispettiva quota di coassicurazione.
Nel costituirsi in giudizio A.A. s.p.a. e G.A. s.p.a. hanno, altresì, eccepito l'operatività della clausola di franchigia fissa per Euro 15.000,00 e di scoperto del 20% del danno risarcibile.
Dette clausole, emergendo dal testo del contratto di coassicurazione prodotto dalle compagnie costituitesi in giudizio, possono ritenersi operanti anche per la M.A. s.p.a., rimasta contumace, avuto riguardo al fatto che le stesse,

riguardando i limiti di operatività del contratto di assicurazione, non formano oggetto di un'eccezione in senso proprio e stretto e possono essere rilevate d'ufficio (Cass., n. 1967/2000).
Le spese di lite, ivi comprese quelle relative al procedimento per accertamento tecnico preventivo (v. l'apposita domanda svolta dall'attore nell'atto di citazione) vanno liquidate in Euro 13.000,00 per compensi ed Euro 1.054,00 per spese e seguono la soccombenza.
Di esse deve essere disposta la distrazione in favore dei procuratori dell'attore in quanto dichiaratisi antistatari.
Le spese relative alla c.t.u. devono essere poste definitivamente a carico della parte convenuta.
Nei rapporti tra la convenuta e le chiamate in causa le spese devono compensarsi integralmente, in difetto di contrapposizione tra le rispettive difese.
Alla luce delle considerazioni che precedono l'obbligo di garanzia delle compagnie chiamate in causa deve essere così ripartito: a) M.A. s.p.a. deve essere condannata a tenere indenne la G. s.p.a. delle somme che dovesse corrispondere all'attore in esecuzione della presente sentenza limitatamente all'importo di Euro 9.972,72 (pari alla quota di 2/10 della somma complessivamente dovuta da G. al D. a titolo di risarcimento del danno e di rifusione delle spese di lite e di c.t.u., al netto della franchigia fissa di Euro 15.000,00 e detratto lo scoperto del 20%);
b) A.A. s.p.a. deve essere condannata a tenere indenne la G. s.p.a. delle somme che dovesse corrispondere all'attore in esecuzione della presente sentenza limitatamente all'importo di Euro 14.959,08 (pari alla quota di 3/10 della somma complessivamente dovuta da G. al D. a titolo di risarcimento del danno e di rifusione delle spese di lite e di c.t.u., al netto della franchigia fissa di Euro 15.000,00 e detratto lo scoperto del 20%);
c) G.A. s.p.a. deve essere condannata a tenere indenne la G. s.p.a. delle somme che dovesse corrispondere all'attore in esecuzione della presente sentenza limitatamente all'importo di Euro 4.986,36 (pari alla quota di 1/10 della somma complessivamente dovuta da G. al D. a titolo di risarcimento del danno e di rifusione delle spese di lite e di c.t.u., al netto della franchigia fissa di Euro 15.000,00 e detratto lo scoperto del 20%)".
2 - Con l'atto di appello D.S. ha formulato le seguenti conclusioni:
"ritenere fondati i motivi esposti con il presente gravame e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, condannare la G. spa al pagamento in favore di D.S. della somma di Euro 144.117,01 o della somma che verrà ritenuta di giustizia oltre rivalutazione ed interessi come per legge.
Con vittoria di spese, competenze ed onorari di entrambi i giudizi".
Si è costituita l'appellata G. s.p.a., che ha resistito all'impugnazione formulando le seguenti conclusioni:
"rigettare l'appello proposto dal sig. D.S. perché infondato in fatto ed in diritto e, conseguentemente, confermare integralmente la sentenza n. 1851/2017 del Tribunale Civile di Latina, pubblicata in data 05.09.2017;
in via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'appello, dichiarare tutte le Compagnie di Assicurazione, chiamate in causa dall'esponente a pagare, ai sensi e nei limiti di quanto previsto dalle rispettive polizze assicurative, quanto eventualmente dovuto agli attori, manlevando G. s.p.a. da ogni qualsivoglia conseguenza pregiudizievole dovesse derivare dal presente giudizio, anche in ordine all'eventuale condanna al pagamento delle spese e competenze di causa.
Con vittoria di spese e compensi professionali".
Si sono costituite con unica comparsa A.A. s.p.a. e G.I. s.p.a., formulando le seguenti conclusioni:
"dare atto che A.A. s.p.a., G.I. s.p.a. e U. s.p.a. hanno adempiuto alle loro obbligazioni contrattuali, secondo i termini di polizza, e per l'effetto mantenerle esenti dalle conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'appello.
Con vittoria di spese, competenze ed onorari del presente grado di giudizio".
Nessuno si è costituito per U.A. s.p.a. (già M.A. s.p.a.) e F.A. s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa, con relativa declaratoria di contumacia.
All'odierna udienza i difensori delle parti costituite hanno precisato le conclusioni, riportandosi ai propri scritti, e hanno discusso oralmente la causa.
L'appello è fondato nei termini che seguono.
3 - Con unico motivo di impugnazione, rubricato "erronea liquidazione del danno non patrimoniale da danno iatrogeno differenziale", l'appellante D.S. censura la gravata sentenza argomentando, come da risultanze della CTU non contestate, di essere entrato nella struttura ospedaliera con un danno originario che, pur al termine di un corretto intervento chirurgico, avrebbe comunque comportato una limitazione articolare valutabile nella misura del 17% di I.P. mentre in esito all'errato approccio sanitario è residuata una invalidità quantificabile nella misura del 29% (pag. 6 sentenza e pag. 25-26 CTU).
Dunque, all'inesatto adempimento della struttura sanitaria convenuta è imputabile un danno differenziale del 12%.
Pertanto, il primo giudice avrebbe errato nel quantificare il danno nella misura monetaria corrispondente al 12% (da 0 a 12%) mentre per la corretta liquidazione del danno è necessario quantificare la somma spettante per una invalidità pari al 29% e detrarre la somma corrispondente al 17% che non è imputabile ad errore dei sanitari.
In particolare, venendo al caso che ci occupa, tenuto conto dell'età del soggetto (28 anni pag. 9 sentenza) e del richiamato utilizzo alle Tabelle del Tribunale di Milano dell'anno 2014 (ultime disponibili al momento della proposizione dell'atto di appello) il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere così correttamente quantificato: Dati:
I.P. complessiva - 29% - pari ad Euro 149.086,00;
I.P. di ingresso o che sarebbe comunque residuata in esito al primo evento dannoso - 17% - Euro 56.598,00
Calcolo danno:
Danno complessivo Euro 149.086,00 -
Danno non eliminabile Euro 56.598,00 =
Danno differenziale da risarcire Euro 92.488,00
Si censura, altresì, la personalizzazione del danno nella misura del 10% di quello biologico, ritenuta non congrua, tenuto conto dei tempi di guarigione decuplicati e dello sconvolgimento delle abitudini di vita del danneggiato in termini di limitazione delle attività di realizzazione della propria persona.
Con un danno complessivo del 29% ovvero di un terzo della propria integrità complessiva sarebbe di intuitiva evidenza che l'adeguamento per non essere irrisorio dovrà tendere al massimo o quantomeno ad un valore superiore a quello medio seppur forfetizzato evitando meccanismi di automatismo. Tale danno per l'appellante pertanto dovrebbe essere correttamente liquidato in Euro 25.000,00 (che, per inciso, sarebbe appena superiore alla misura del 25% del biologico, dunque ben al di sotto della soglia massima tabellarmente prevista).
La censura è fondata nei termini che seguono.

Come statuito dalla Suprema Corte, "**in materia di responsabilità per attività medicochirurgica, ove si individui in un pregresso stato morboso del paziente/danneggiato un antecedente privo di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario, ma dotato di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, allo stesso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, bensì unicamente sul piano della determinazione equitativa del danno, potendosi così pervenire - sulla base di una valutazione da effettuarsi, in difetto di qualsiasi automatismo riduttivo, con ragionevole e prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto - solamente ad una delimitazione del "quantum" del risarcimento. Ciò allo scopo di ascrivere all'autore della condotta, responsabile tout court sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì determinate dal fortuito, come tale dovendo reputarsi la pregressa situazione patologica del danneggiato (...) il danneggiante sarà chiamato a rispondere di tutto il danno provocato e soltanto di esso, ovvero, in presenza di concause, delle sole conseguenze dannose a lui ascrivibili sotto il profilo della causalità giuridica** (v. Cass. n. 15991 del 2011; Cass. n. 24204 del 2014; Cass. n. 27524 del 2017; Cass. n. 20829 del 2018 Cass. n. 28986 del 2019; Cass. n. 17555 del 2020, Cass. n. 514 del 2020).

Quanto al criterio da utilizzare per calcolare l'ammontare del danno da risarcire in queste particolari situazioni in cui ad una patologia o una menomazione preesistente se ne aggiunge una determinata dall'illecito, che con essa concorre, vanno richiamati i principi recentemente affermati per la liquidazione del danno c.d. differenziale secondo i quali in tema di liquidazione del danno alla salute, l'apprezzamento delle menomazioni preesistenti "concorrenti" in capo al danneggiato rispetto al maggior danno causato dall'illecito va compiuto stimando, prima in punti percentuali, l'invalidità complessiva, risultante cioè dalla menomazione preesistente sommata a quella causata dall'illecito, poi stimando quella preesistente all'illecito, convertendo entrambe le percentuali in una somma di denaro, e procedendo, infine, a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente: solo del differenziale tra questi due valori può essere ritenuto responsabile il danneggiante, avendo dato luogo solo a quel "segmento" di danno, e solo in relazione a tale "segmento", così individuato potrà il giudice legittimamente esercitare il suo potere-dovere di personalizzare il danno in relazione alle circostanze del caso concreto, prendendo a base di calcolo il parametro costituito dalla differenza tra i due valori (v. sul tema Cass. n. 28986 del 2019)" (Cass. civ., sez. III, n. 27265 del 7 ottobre 2021).

Ciò posto, nessuna censura è stata avanzata nei confronti delle risultanze medico legali secondo cui l'invalidità complessivamente accertata del D. è pari a 68 giorni di invalidità temporanea totale, 200 giorni di invalidità temporanea parziale al 50% ed una invalidità permanente nella misura del 29%.

Considerato che all'epoca del sinistro la vittima aveva 28 anni e che deve farsi riferimento alle tabelle vigenti al momento della presente decisione (Cass. civ., sez. III, n. 17061 dell'11 luglio 2017), ossia quelle di Milano del 2021, ne conseguono i seguenti valori monetari:

68 giorni invalidità temporanea totale Euro 6.732,00

200 giorni invalidità temporanea parziale al 50% Euro 9.900

29% invalidità permanente danno biologico/dinamico relazionale e per sofferenza soggettiva Euro 152.964,00 (Euro 105.493,00 + 47.471,00).

Per un importo complessivo di Euro 169.596,00 (152.964,00 + 16.632,00). Parimenti nessuna censura è stata avanzata nei confronti delle risultanze medico legali secondo cui la patologia pregressa (ipotizzando che l'intervento chirurgico per cui è causa fosse stato eseguito correttamente) sarebbe stata pari a 30 giorni di invalidità temporanea totale, 60 giorni di invalidità temporanea al 50% ed una invalidità permanente nella misura del 17%.

Ribadendo che all'epoca del sinistro la vittima aveva 28 anni e che deve farsi riferimento alle tabelle vigenti al momento della presente decisione, ossia quelle di Milano del 2021, ne conseguono i seguenti valori monetari:

30 giorni invalidità temporanea totale Euro 2.970,00

60 giorni invalidità temporanea parziale al 50% Euro 2.970,00

17% invalidità permanente danno biologico/dinamico relazionale e per sofferenza soggettiva Euro 58.070,00 (43.662,00 + 14.408,00).

Per un importo complessivo di Euro 64.010,00 (Euro 58.070,00 + 5.940,00).

Pertanto, nel presente caso il danno non patrimoniale differenziale ammonta ad Euro 105.586,00 (169.596,00 - 64.010,00).

Su tale importo deve essere altresì calcolato l'aumento per la già riconosciuta personalizzazione.

Atteso che, come chiarito in sede di consulenza tecnica preventiva, "a seguito della frattura riportata al periziando sarebbe comunque residuata una discreta limitazione articolare", già di per sé implicante rinunce verosimilmente eccedenti a quelle normalmente ricollegate alle menomazioni fisiche subite (con specifico riferimento alle provate attività sportive e ludiche precedentemente svolte dalla vittima), tale personalizzazione appare equitativamente quantificabile nella misura del 10%, ossia Euro 10.558,60.

In conclusione, il danno complessivamente risarcibile, comprese le spese mediche, ammonta ad Euro 118.239,72 (105.586,00 + 10.558,60 + 2.095,12).

Da tale importo deve essere detratta la somma di Euro 61.581,51 già corrisposta dalla G. s.p.a. (v. distinta di bonifico allegato 2 comparsa di costituzione e risposta), per un residuo di Euro 56.658,21.

Con condanna delle compagnie A.A. s.p.a., G.I. s.p.a. ed U.A. s.p.a. (già M.A. s.p.a.) a tenere indenne, per le rispettive quote di coassicurazione di 3/10 la prima, di 1/10 la seconda e di 2/10 la terza, la G. s.p.a. da ogni effetto pregiudizievole derivante dalla presente sentenza, ciascuna al netto della franchigia fissa di Euro 15.000,00 e detratto lo scoperto del 20%.

Invero in sede di comparsa di costituzione le compagnie assicuratrici costituite hanno dedotto di aver pagato alla G. s.p.a., in esecuzione della sentenza di primo grado, Euro 19.200,00 la A.A. s.p.a. ed Euro 6.400,00 la G.I. s.p.a. (deducendo altresì il pagamento di Euro 12.800,00 da parte della contumace U.A. s.p.a.); inoltre, nelle note conclusive autorizzate, le compagnie assicuratrici costituite hanno dedotto di aver pagato alla G. s.p.a., in vista del presumibile

accoglimento del gravame, ulteriori importi, ossia Euro 19.585,00 la A.A. s.p.a. ed Euro 6.528,00 la G.I. s.p.a. (deducendo altresì il pagamento di Euro 13.057,00 da parte della contumace U.A. s.p.a.).
Tuttavia, tali versamenti non appaiono provati, atteso che sono stati depositati soltanto due ordini di bonifico (e non distinte) e che nelle note conclusive autorizzate la G. s.p.a. ha negato la loro ricezione.
Dal che ne consegue il rigetto della domanda delle compagnie assicuratrici di essere "tenute esenti dalle conseguenze dell'eventuale accoglimento dell'appello proposto dal sig. D." e conseguente la loro condanna alla refusione delle spese di lite del grado in favore della società chiamante in garanzia.
4 - Nelle memorie autorizzate del 20 gennaio 2020 parte appellante ha chiesto di valutare "la condanna ex art. 96 c.p.c. della G. anche tenuto conto della circostanza che l'indisponibilità della stessa ha impedito la definizione stragiudiziale del presente giudizio".
La domanda non appare fondata, atteso che la G. s.p.a. si è limitata a resistere in giudizio dopo aver tempestivamente dato esecuzione alla gravata sentenza.
5- In conclusione, l'appello va accolto nei termini di cui sopra.
Segue la condanna della G. s.p.a. a rifondere a S.D. le spese del grado, come liquidate in dispositivo, in applicazione dei parametri medi di cui al D.M. 10 marzo 2014, n. 55 e succ. mod. (D.M. 13 agosto 2022, n. 147, in vigore dal 23 ottobre 2022), tenuto conto dello scaglione di valore (valore della causa, tenuto conto del decisum: superiore ad Euro 52.000,00, tabella 12, scaglione quinto) e delle fasi del giudizio (senza istruttoria).
Con condanna altresì della A.A. s.p.a., della G.I. s.p.a. e della U.A. s.p.a. a rifondere le spese di lite del grado in favore della chiamante in garanzia G. s.p.a., secondo i parametri di cui sopra.
Nulla per le spese in ordine alla contumace F.A. s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa, nei cui confronti nella presente sede non è stata proposta alcuna domanda.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da D.S. avverso la sentenza n. 1851/2017 del Tribunale ordinario di Roma, pubblicata il 5 settembre 2017, così provvede:
a) accoglie l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma della gravata sentenza, rideterminato il danno in Euro 118.239,72 (anziché Euro 61.581,51) e detratto quanto già versato dalla debitrice, condanna la G. s.p.a. al pagamento in favore di D.S. dell'importo residuo di Euro 56.658,21;
b) condanna la G. s.p.a. a rifondere a D.S. le spese di lite del grado, che liquida in Euro 8.433,00 per compensi, oltre rimborso forfetario (15%) per spese generali, i.v.a. e c.p.a. nella misura di legge;
c) condanna A.A. s.p.a., G.I. s.p.a. ed U.A. s.p.a. (già M.A. s.p.a.) a tenere indenne la G. s.p.a., per le rispettive quote di coassicurazione di 3/10 la prima, di 1/10 la seconda e di 2/10 la terza, da ogni effetto pregiudizievole derivante dalla presente sentenza, ciascuna al netto della franchigia fissa di Euro 15.000,00 e detratto lo scoperto del 20%;
d) condanna A.A. s.p.a., G.I. s.p.a. ed U.A. s.p.a., in solido, a rifondere a G. s.p.a. le spese di lite del grado, che liquida in Euro 8.433,00 per compensi, oltre rimborso forfetario (15%) per spese generali, i.v.a. e c.p.a. nella misura di legge;
e) nulla per le spese in ordine alla contumace F.A. s.p.a. in liquidazione coatta amministrativa;
f) rigetta la domanda di condanna ex art. 96 c.p.c. formulata dall'appellante nei confronti della G. s.p.a.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 7 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 7 febbraio 2024.

Rapporto tra le conclusioni del C.T.U. e la decisione del Giudice

CORTE D'APPELLO di Roma, sezione VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 892; Pres./Est. Perinelli; Rel. Venarubea

In linea di principio, se il giudice ritiene di condividere le conclusioni del c.t.u., giudicandole valide, non è tenuto a motivare la propria adesione, in quanto in tal caso l'obbligo di motivazione è assolto con il semplice rinvio alla consulenza. Se, però, le conclusioni del c.t.u. siano state contestate dalle parti o da una di esse, il giudice non sempre può motivare la propria decisione limitandosi a richiamare le risultanze della consulenza.

... Omissis ...
Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

- 7. - L'appello principale si articola in sei motivi.
- 7.1. - Con il primo motivo dell'appello principale la difesa del dott. G.F. lamenta che "Il giudice del Tribunale, peritus peritorum, non ha tenuto in alcuna considerazione le note critiche alla CTU del CTP dott. Alessandro Omissis".
Il motivo è infondato.
Deve rilevarsi, in primo luogo, che la sentenza è immune da censure nella parte in cui il Tribunale ha fatto proprie le conclusioni medico-legali cui è pervenuto il c.t.u., senza confutare le diverse valutazioni espresse dai consulenti di parte dell'attrice in una relazione dalla medesima prodotta sin dal momento della costituzione in giudizio e nelle note critiche depositate all'esito dell'istruttoria, nelle quali sarebbero state evidenziate le carenze dell'elaborato peritale.
A riguardo si premette che, **in linea di principio, se il giudice ritiene di condividere le conclusioni del c.t.u., giudicandole valide, non è tenuto a motivare la propria adesione, in quanto in tal caso l'obbligo di motivazione è assolto con il semplice rinvio alla consulenza (Cass., Sez. Lav., 19 luglio 2005, n. 15164; Cass. 21 febbraio 2001, n. 2486; Cass. 13 settembre 2000, n. 12080; Cass. 9 maggio 1986 n. 3085).**
Se, però, le conclusioni del c.t.u. siano state contestate dalle parti o da una di esse, il giudice non sempre può motivare la propria decisione limitandosi a richiamare le risultanze della consulenza.
In situazioni del genere, in particolare, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, occorre distinguere tre ipotesi: a) se le critiche e le osservazioni delle parti sono generiche e indimostrate e non si richiamano ad alcun elemento di prova, il giudice non è tenuto a prenderle espressamente in considerazione e può limitarsi ad aderire alle conclusioni del c.t.u. rinviando alla relazione peritale (Cass., Sez. Lav., 25 agosto 2005, n. 17324); b) se le parti o i loro consulenti abbiano contestato le conclusioni del c.t.u. in modo preciso e circostanziato, indicando analiticamente quali dati il c.t.u. abbia pretermesso, ovvero in quale errore sia incorso, il giudice ha l'obbligo di prendere posizione in ordine ai rilievi delle parti esplicitamente ovvero anche implicitamente, situazione, questa, che ricorre quando nella sentenza siano state svolte considerazioni incompatibili con le critiche delle parti, ovvero quando le critiche delle parti siano già state prese in esame e confutate dal c.t.u. nella sua relazione o in supplementi di essa (Cass. 3 aprile 2007, n. 8355; Cass. 9 gennaio 2009, n. 282; Cass. 25 giugno 2014, n. 14471; Cass. 2 febbraio 2015, n. 1815; Cass. 21 novembre 2016, n. 23637); c) nella diversa ipotesi in cui, invece, le parti muovano rilievi precisi e circostanziati all'operato del c.t.u. dopo il deposito della relazione, il giudice deve sempre prenderli in esame e non può limitarsi a rigettarli con il rinvio alla relazione peritale, posto che in una situazione del genere il consulente di ufficio non ha potuto evidentemente dare risposta a critiche che sono formulate per la prima volta soltanto dopo il deposito della relazione peritale (Cass. 25 marzo 1987, n. 2900; sull'argomento v. anche Cass. 11 giugno 2018, n. 15147: "Qualora il giudice del merito aderisca al parere del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni poiché l'accettazione del parere, delineando il percorso logico della decisione, ne costituisce adeguata motivazione, non suscettibile di censure in sede di legittimità, ben potendo il richiamo, anche "per relationem" dell'elaborato, implicare una compiuta positiva valutazione del percorso argomentativo e dei principi e metodi scientifici seguiti dal consulente; diversa è l'ipotesi in cui alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio siano state avanzate critiche specifiche e circostanziate, sia dai consulenti di parte che dai difensori: in tal caso il giudice del merito, per non incorrere nel vizio ex art. 360 n. 5 c.p.c., è tenuto a spiegare in maniera puntuale e dettagliata le ragioni della propria adesione all'una o all'altra conclusione"; in senso conforme, Cass. 22 ottobre 2018, n. 25526; Cass. 6 maggio 2021, n. 11917).
Ciò premesso in punto di diritto, si osserva che nel caso di specie il Tribunale non aveva motivo di esaminare e di confutare espressamente i rilievi del consulente del dott. F., essendosi il consulente d'ufficio fatto carico di esaminare nel proprio elaborato le considerazioni svolte dal CTP dott. A. Omissis, come si evince dalla lettura della relazione del 20.09.2016 in cui si dà atto che "le note di parte che non apportano elementi oggettivi ulteriori ma solo valutazioni dei fatti basate sugli stessi elementi valutati da questo C.T.U.".
Vertendosi, pertanto, nell'ipotesi sopra sintetizzata sub lett. b), gli obblighi motivazionali posti a carico del giudice di prime cure possono ritenersi adeguatamente soddisfatti con il rinvio alle conclusioni medico-legali del consulente d'ufficio.
Ad ogni buon conto, aggiunge il Collegio che, nel merito, il capo della decisione impugnato è immune da censure in quanto il CTU accertava che, seppure il trattamento effettuato (osteosintesi con cerchiaggio dinamico con fili di K.) era indicato per il tipo di trauma, tenuto conto del tipo di frattura oltre che l'età del paziente, tuttavia "Il quadro radiologico post operatorio del 09.11.2006 mos tra 2 fili di K incrociati che, nell'immagine del 22.01.2007 che documenta anche l'assenza di fenomeni riparativi con spostamento del moncone principale di frattura del margine inferiore della rotula - risultano risaliti nella porzione superiore. Tale evidenza si

rileva anche nelle immagini del 20/02/2007 in cui si rileva un ulteriore allontanamento del moncone principale di frattura dal margine inferiore della rotula. 18/11/2013. Deve necessariamente dedursi dalle immagini, non provenendo ulteriori utili dalla cartella clinica relativa al ricovero per la rimozione dei mezzi di sintesi (dicembre 2007), che la fissazione non è stata adeguata".
Deduce ancora l'appellante principale che essendosi il distacco verificato a distanza di tempo dell'intervento "Allora è evidente che la mobilizzazione di uno dei tanti frammenti ossei non è dovuta ad osteosintesi imperfetta o instabile ma a ben altre cause quali ad esempio una improvvisa ed eccessiva mobilizzazione del ginocchio".
Tale evenienza veniva tuttavia esclusa dal CTU con la convincente motivazione che "Tuttavia deve considerarsi che il posizionamento dei mezzi di sintesi nel post operatorio, e quindi già prima dell'inizio della mobilizzazione, ha verosimilmente creato il principale presupposto per la modificazione peggiorativa. In ambito ortopedico, infatti, si usa talora affermare che l'evoluzione naturale del cerchiaggio è la sua rottura proprio a dimostrare un'avvenuta valida sintesi ossea e la conseguente inferiore resistenza dinamica del cerchiaggio alle normali trazioni esercitate sul distretto anatomico".
Deduce ancora l'appellante che, come riconosciuto dallo stesso CTU, tale tipologia d'intervento presenta delle complicanze con una statistica tra lo 0% ed il 20 %.
La deduzione è infondata.
Invero sull'argomento la giurisprudenza di legittimità ha, infatti, condivisibilmente affermato che "**Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile**" (Cass. 30 giugno 2015, n. 13328; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694; Cass. 29 settembre 2009, n. 20806).
Concludeva il CTU affermando che "in ossequio al criterio causale vigente in ambito civilistico che nel caso di specie è più probabile che non che la modificazione peggiorativa del quadro anatomo radiologico sia stata causata da una inadeguata fissazione con fili di K e cerchiaggio a 8, rispetto ad una mancata compliance del paziente".
Le conclusioni cui giunge il CTU collimano con quelle del Comitato valutazione rischi della A.F. (documento acquisito agli atti all'udienza del 11.01.2016) secondo cui "si ravvisano profili di responsabilità per incorretta esecuzione del cerchiaggio di rotula, con conseguente ulteriore danno di lesione post traumatica inizialmente rappresentata da frattura pluriframmentaria scomposta del polo inferiore della rotula destra esposta con diastasi dei frammenti".
... Omissis ...

P.Q.M.
La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da G.F. nei confronti di R.B., della U.F., di M.C., di G.C., di U.A. e di A. europe limited avverso la sentenza definitiva del Tribunale ordinario di Cassino n. 1372/2018 così provvede :

1. In accoglimento dell'appello principale proposto da G.F. e di quelli incidentali proposti dalla A.F., da M.C. e da G.C., in parziale riforma della sentenza impugnata che per il resto conferma :
a. condanna G.F. e la A.F., in solido tra loro, a pagare a R.B. la somma di complessivi Euro 108.039,10;
b. rigetta le domande proposte da R.B. nei confronti di M.C. e di G.C.;
c. condanna R.B. a restituire alla U. spa le somme ricevute in esecuzione della sentenza impugnata;
d. spese di lite dei due gradi di giudizio compensate nei rapporti tra R.B., C.M., G.C., U.A. spa e A.E. Limited;
e. condanna G.F. e la A.F., in solido tra loro a rifondere a R.B. le spese del grado, liquidate in complessivi Euro 4.908,00, oltre a spese generali (15%), iva e cpa come per legge.
Così deciso in Roma, il 7 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 7 febbraio 2024.

Conseguenze del mancato raggiungimento del risultato da parte del medico

CORTE D'APPELLO di Bari, sezione III, sentenza 16 febbraio 2024, n. 255; Pres. Ancona; Rel. Manzionna

L'obbligazione assunta dal medico è un'obbligazione di mezzi, per cui il mancato raggiungimento del risultato non determina, di per sé, l'inadempimento; l'inadempimento può derivare, piuttosto, dal fatto che il sanitario abbia tenuto un comportamento non conforme alla diligenza richiesta, idoneo a recare danno al paziente, mentre l'inesatto adempimento può dipendere da altri fattori quali la violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione, che comunque deve essere idonea a porsi come causa o concausa del danno.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

I.a Il motivo è infondato.
Occorre premettere che non è in contestazione l'inquadramento da parte del giudice di prime cure della fattispecie de qua nell'alveo della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. sia per la sussistenza di un contatto sociale qualificato tra medico e paziente, sia per la sussistenza di un contratto di spedalità concluso tra il paziente e la struttura sanitaria in cui è stata eseguita la prestazione per cui è causa.
In base ai più recenti approdi giurisprudenziali, ai fini del riparto dell'onere probatorio, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione (cfr. Cassazione civile sez. III, 11/11/2019, n.28991; Cassazione civile sez. III, 26/05/2021, n.14702). Al riguardo, la Suprema Corte ha precisato che, nelle obbligazioni di "facere professionale", la causalità materiale non sia assorbita dall'inadempimento, in quanto l'insorgenza della malattia potrebbe non dipendere dalla violazione delle leges artis ed avere una diversa eziologia, motivo per cui è onere del creditore provare la sussistenza del nesso causale, anche attraverso presunzioni, in quanto elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio. Pertanto, "il paziente è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale tra condotta del medico in violazione delle regole di diligenza ed evento dannoso, consistente nella lesione della salute (ovvero nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di una nuova malattia), non essendo sufficiente la semplice allegazione dell'inadempimento del professionista; è, invece, onere della controparte, ove il detto paziente abbia dimostrato tale nesso di causalità materiale, provare o di avere agito con la diligenza richiesta o che il suo inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile "(cfr. Cass. Civ. sez. III, del 26/11/2020 n. 26907).
Sin dal 2008, peraltro, la S.C., nel superare sul piano teorico e pratico la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, che permane solo su un piano descrittivo, ha affermato che "..nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno,di talché, solo quando lo sforzo probatoriodell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze intese idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno (Cass. Civ. SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 577, Cass. civ. 26 febbraio 2013, n. 4792, Cass. Civ., sez. III del 13/10/2017 n. 24073).
Va, infatti , considerato che **l'obbligazione assunta dal medico è un'obbligazione di mezzi, per cui il mancato raggiungimento del risultato non determina, di per sé, l'inadempimento; l'inadempimento può derivare, piuttosto, dal fatto che il sanitario abbia tenuto un comportamento non conforme alla diligenza richiesta, idoneo a recare danno al paziente, mentre l'inesatto adempimento può dipendere da altri fattori quali la violazione, ad esempio, di doveri accessori, come quello di informazione, che comunque deve essere idonea a porsi come causa o concausa del danno. Pertanto, il paziente non può limitarsi alla generica allegazione di inadempimento del professionista, ma deve dedurre un inadempimento c.d. 'qualificato', evidenziando le condotte attive od omissive che si pongono astrattamente in rapporto di nesso eziologico con il danno subito.**
... Omissis ...

P.Q.M.
La Corte di Appello di Bari, Terza Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto con atto di citazione notificato in data 27/09/2021 da C.A., avverso la sentenza n. 846/ 2021 emessa dal Tribunale di Foggia, Prima Sezione Civile, in composizione monocratica, ogni altra istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede:
1) rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;
2) dichiara interamente compensate tra le parti le spese di questo grado di giudizio, ad eccezione di quelle di c.t.u., liquidate come da separato decreto, che pone definitivamente a carico dell'appellante;
3) dichiara che per effetto dell'odierna decisione (rigetto integrale d'appello), sussistono, inoltre, i presupposti di cui all'art. 13 comma 1-quater D.P.R. n. 115 del 2002, per il

versamento a carico dell'appellante dell'ulteriore contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1 bis D.P.R. n. 115 del 2002.
Così deciso in Bari, nella Camera di consiglio della III Sezione Civile della Corte, addì 14 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 16 febbraio 2024.

Come calibrare la diligenza professionale del medico

TRIBUNALE di Potenza, sentenza 24 febbraio 2024, n. 332; Giud. Valitutti

L'obbligazione professionale del singolo medico, di cui all'art. 1176, II, c.c., si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico - con impiego delle energie, dei mezzi e delle tecniche obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata - finalizzato all'adempimento della prestazione dovuta, al soddisfacimento dell'interesse creditorio e ad evitare possibili eventi dannosi. La misura dello sforzo dovuto dal debitore, inoltre, deve essere calibrata (oltre che in relazione al tipo di attività imposta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio) sul grado di specializzazione del professionista, nonché sul grado di efficienza della struttura in cui il primo opera. Sicché, dal medico altamente specializzato ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione o inserito in una struttura meno avanzata.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ...

4. Così brevemente ricostruita la vicenda processuale, prima di passare al merito appare opportuno, in ordine alla sussistenza ed alla qualificazione del rapporto intercorso tra le parti del giudizio, alla natura delle obbligazioni assunte, al tipo di responsabilità che ne consegue ed alla ripartizione dei relativi oneri probatori, preporre quanto segue.

4.1. **Allorquando viene azionata - come nel caso di specie - la responsabilità di un medico in relazione all'esercizio di attività di tipo sanitario (all'infuori del personale di una struttura sanitaria e in assenza di uno specifico contratto di prestazione d'opera professionale), secondo l'impostazione giurisprudenziale ampiamente consolidatasi nella vigenza della disciplina normativa antecedente, la stessa, ancorché non fondata su di un contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che dal contratto - o dal "contatto sociale", appunto - sorge un rapporto che ha ad oggetto obblighi di comportamento diretti a garantire che siano tutelati gli interessi del paziente che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (cfr., per tutte, Cass. n. 9085/06). Di modo che l'obbligazione ricadente sul professionista sanitario non si modella diversamente a seconda che nasca dal contratto o dal contatto sociale, essendo al medico richiesto pur sempre quel "facere" con perizia, che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento**.

4.2. **E val la pena precisare che deve considerarsi ininfluente, in questa sede, la promulgazione della L. n. 24 del 2017 - che, all'art. 7, comma 3, prevede che il professionista che operi all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata risponda del proprio operato ex art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente -, non potendo tale legge applicarsi a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, in ragione della regola generale di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. (cfr., in argomento, Trib. Avellino 12/10/17, n. 1806). Tale conclusione, già sostenuta dalla prevalente giurisprudenza di merito, risulta avvalorata dal recente arresto di Cass. n. 28994/19, secondo cui le norme sostanziali contenute nella L. n. 24 del 2017, tra cui l'art. 7 co. 3, non hanno portata retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore. Per quanto attiene, invece, alle disposizioni della L. n. 189 del 2012, di conversione del D.L. n. 158 del 2012 (cd. decreto Balduzzi), si è già da tempo precisato in giurisprudenza che l'art. 3, co. 1, di tale legge - nel prevedere che "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", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile" - non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve** (Cass. n. 27391/14; Cass. n. 8940/14).

4.3. Sicché, **ricondotta anche la responsabilità del singolo sanitario, per fatti antecedenti all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, nell'ambito della disciplina di tipo contrattuale (ex art. 1173 c.c.), deve altresì soggiungersi che, trattandosi di obbligazione professionale, la misura dello sforzo diligente necessario per il relativo corretto adempimento è quella rafforzata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.**

Tale diligenza si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico - con impiego delle energie, dei mezzi e delle tecniche obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata - finalizzato all'adempimento della prestazione dovuta, al soddisfacimento dell'interesse creditorio e ad evitare possibili eventi dannosi (v., in termini similari, Cass. n. 12995/06).

La misura dello sforzo dovuto dal debitore, inoltre, deve essere calibrata (oltre che in relazione al tipo di attività imposta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio) sul grado di specializzazione del professionista, nonché sul grado di efficienza della struttura in cui il primo opera. Sicché, dal medico altamente specializzato ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione o inserito in una struttura meno avanzata (cfr. Cass. n. 17143/12).

Il normale esito della prestazione dipenderà, allora, da una pluralità di fattori, quali il tipo di intervento, le condizioni generali del paziente, l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche (stato dell'arte), l'organizzazione dei mezzi adeguati al raggiungimento degli obiettivi in condizioni di normalità, e risponderà dunque ad un giudizio relazionale di valore, in ragione delle circostanze del caso concreto.

4.4. La riconduzione dell'obbligazione professionale del sanitario nell'ambito di un modello di "tipo contrattuale", e della eventuale responsabilità che ne consegua nell'ambito di quella da inadempimento ex arti. 1218 ss. c.c., ha, poi, i suoi corollari anche sotto il profilo probatorio.

Ove, infatti, sia dedotta una responsabilità del sanitario per l'inesatto adempimento della prestazione, secondo la giurisprudenza di legittimità da ultimo consolidatasi, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'evento dannoso, nonché, anche tramite presunzioni, del nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", con l'azione o omissione dei sanitari, per essere anche l'eziologia parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare (in tali termini, Cass. n. 18392/2017), restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile, e dunque inevitabile con l'ordinaria diligenza (cfr. Cass. n. 10050/2022; Cass. n. 26907/2020; Cass. n. 18102/2020; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 28989/2019; Cass. n. 3704/2018; Cass. n. 29315/2017; Cass. n. 18392/2017; Cass. n. 11789/2016).

Precisamente, dal punto di vista del danneggiato, la prova del nesso causale - quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo (che, peraltro, si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose, finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria) - si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che sarà rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento, o dai l'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato (cfr., in tali termini, Cass. 20904/13).

Viceversa, provato il nesso di causalità tra condotta del danneggiante e danno, da parte del danneggiato, spetterà al primo (il danneggiante) dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che abbia reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (così, in motivazione, Cass. n. 18392/17).

4.5. **In sintesi, in tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente (ovvero per fatti antecedenti all'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco), ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo, invece, a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante** (cfr. Cass. n. 24073/2017, n. 975/2009, n. 577/2008 e n. 11488/2004).

5. Posta, in diritto, la premessa che precede in ordine alla qualificazione giuridica del rapporto controverso e del relativo regime giuridico, anche probatorio, deve osservarsi come l'espletata istruttoria abbia offerto debito riscontro della sussistenza di un rapporto di tipo contrattuale (recte, da contatto sociale) tra le parti, avallato dalle dichiarazioni del convenuto interrogato all'udienza del 01/07/2016 (che ha confermato come in effetti l'attore si fosse recato nello studio dentistico per effettuare la riabilitazione protesica necessaria all'esito di accertamenti radiografici allo stesso consigliati dai convenuti e ha confermato il versamento, sebbene nelle mani del convenuto contumace dott. D., da parte dell'attore di somme a titolo di anticipo o pagamento dei lavori effettuati, così come ha confermato l'esecuzione effettiva degli interventi), nonché dalle dichiarazioni rese dal teste R.C., escusso all'udienza del 10/03/2017, il quale si è detto a conoscenza del fatto che il D.L. usufruisse di cure odontoiatroche presso lo studio D.-D..

Ad ogni buon conto, la sussistenza di un rapporto di tipo terapeutico tra le parti non risulta contestato e, pertanto, può ritenersi provato anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 115 c.p.c.

6. Ciò posto, l'acclarata sussistenza di un contatto sociale dalle parti non comporta, di per sé, l'attribuibilità della titolarità del lato passivo della pretesa azionata nella presente sede, essendo piuttosto necessario vagliare nel concreto la ricorrenza di un effettivo apporto causale delle condotte di ciascun convenuto con i danni lamentati dall'attore, il quale, è utile ribadirlo, sostiene la solidarietà della responsabilità sull'assunto per cui, in uno con il contumace dott. D., anche il D., seppur odontotecnico, avrebbe effettuato prestazioni di tipo medico.

6.1. Tale assunto, nondimeno, non ha trovato avallo nell'istruttoria processuale, posto che i testimoni attorei non hanno in alcun modo affermato lo svolgimento di prestazioni sanitarie da parte del D. - se non de relato actoris e in assenza di ulteriori conferme, e pertanto in difetto di rilievo probatorio (v. Cassazione civile, sez. VI, 17/02/2016, n. 3137) come nel caso della dichiarazione resa dal teste M.C. all'udienza del 10/03/2017 - né è stata offerta documentazione atta ad avvalorare la riferibilità giuridica dello studio dentistico al D., piuttosto emergendo - anche dalla documentazione fiscale - l'intestazione dello studio dentistico in capo al dott. D..

6.2. Inoltre, l'elaborato peritale - le cui risultanze, in quanto congruamente e puntualmente motivate, coerenti con la documentazione agli atti e scevre da vizi di tipo logico, metodologico o giuridico, sono pienamente condivisibili e, pertanto, utilizzabili ai fini decisionali - ha confermato lo svolgimento, da parte del convenuto D., della limitata attività di realizzazione di protesi dentaria dietro prescrizione del medico odontoiatra (e precisamente di provvisori in resina acrilica da installare nell'arcata superiore dal dente 17 al 27 e di manufatto protesico (composto di n. 18 elementi in cromo-cobalto ceramica di cui 14 superiori e 4 inferiori), al quale soltanto compete la progettazione, realizzazione, verifica e finalizzazione della protesi dentale (ai sensi dell'art. 11 del R.D. n. 1334 del 1928), trattandosi di dispositivo medico complesso (pag. 71 CTU).

In particolare, il CTU, analizzando l'operato dell'odontotecnico, esplicitamente sottolinea che il lavoro protesico è stato fatto su richiesta dell'odontoiatra e che alle lamentate problematiche del D.L. avrebbe dovuto porvi rimedio il medico non il tecnico (v. Pag. 31): "Dunque, alla luce di quanto sin qui esposto, si può affermare che il lavoro protesico realizzato dall'odontotecnico D., su richiesta del dott. D., risulta realizzato con una struttura metallica in cromo cobalto, come si evince dalla prescrizione stessa e redatta dal dr. A. e dalla documentazione prodotta dal D. Tali problematiche ravvisate dal Sig. D.L. e denunciate al dott. D. avrebbero dovuto trovare un pacifico e palese riscontro da questi che doveva porvi rimedio immediatamente! Ma così non è stato fatto!".

Ancor più esplicitamente, il CTU esclude ogni responsabilità del tecnico ritenendo che, quand'anche la sua prestazione non

fosse stata resa a regola d'arte, sarebbe stato onere del medico vagliarne l'operato ed, eventualmente, non utilizzare l'impianto protesico (si veda quanto riportato a pag. 34 della CTU: il dott. D., riscontrando "le anomalie dovute all'utilizzo delle tecniche di cui sopra", avrebbe dovuto invitare l'odontotecnico a prestare maggiore attenzione e a migliorare il lavoro realizzato, per poter assicurare al Sig. D.L. un prodotto ben confezionato e privo di errori o tecniche, ossia a regola d'arte. Purtroppo ciò non è avvenuto! Pertanto alla luce di quanto fin qui esposto si precisa che, nel caso di specie, a causa della protesi in metallo ceramica incongrua cementata dal dott. D., tutti i disagi lamentati dal Sig. D.L. sono fondati!").

6.3. Ne consegue che il convenuto D. deve ritenersi carente di legittimazione (recte, titolarità) passiva con riguardo alla domanda azionata dall'attore nei suoi confronti, che pertanto andrà rigettata, poiché infondata.

7. Viceversa, anche alla luce delle considerazioni sin qui spese, la domanda azionata nei confronti del convenuto D.C. risulta fondata e, pertanto, da accogliere.

7.1. Infatti, come osservato supra (vedi punto 5. della motivazione) l'attore ha offerto prova appagante del contatto sociale insorto con il medico odontoiatra, allegando un inadempimento della prestazione sanitaria astrattamente efficiente a cagionare (in parte qua) i danni lamentati, mentre alcuna prova contraria è stata offerta dal convenuto, che rimanendo contumace ha abdicato di fatto al proprio onere probatorio, consistente nella dimostrazione (nel caso specifico di lamentata negligenza nell'esecuzione di lavori di implantologia) che "**le cure - per quanto inutili sul piano del recupero della funzionalità dell'apparato dentario coinvolto, e comunque denotanti una sua complessiva negligenza sotto il profilo dell'ars medica - non abbiano avuto alcun impatto sulla salute della persona rispetto alle condizioni pregresse di salute che egli stesso aveva potuto sin dall'inizio constatare e apprezzare, anche tenuto conto del principio di vicinanza della prova**" (in tal senso Cassazione civile sez. III, 26/02/2020, n.5128).

7.2. Inoltre, l'elaborato peritale ha, sebbene non totalmente, avallato le doglianze attoree, riscontrando a carico dei sanitari un'effettiva violazione delle leges artis (e, in particolare, a carico del dott. D. l'incongrua progettazione e realizzazione dell'impianto dentale, l'inidoneità dei relativo trattamento rispetto al caso di specie) acclarando la sussistenza del nesso causale, per quanto qui di interesse, tra l'operato del D. e parte dei danni lamentati dall'attore, con esclusione, invece, di rilievo causale in relazione al lamentato danno di tipo psichico.

7.3. Nello specifico, il consulente ha calcolato un danno biologico residuo percentualmente del 2,75% considerando una: ITT di 8 giorni; una ITP del 50% di ulteriori 20 giorni ed una ITP del 25% di ulteriori 10 giorni per i piani terapeutici considerati per la finalizzazione congrua e corretta delle terapie, chiarendo come abbisogni di una spesa di complessiva pari a Euro 22.040,00 per ripristinare la funziona masticatoria e risolvere tutte le problematiche riferibili causalmente all'illecito.

8. Pertanto, acclarata la sussistenza dei lamentati profili di responsabilità professionale a carico del convenuto D.C., occorre, al fine di procedere alla liquidazione del risarcimento, operare le seguenti premesse.

9. La più recente e prevalente giurisprudenza di legittimità (cfr., in particolare, Cass. n. 7513/18) ha enucleato, in ambito risarcitorio, diversi principi di diritto, che possono essere, per quanto interessa in questa sede, così sintetizzati:

I) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale. Il secondo è disciplinato dall'art. 2059 c.c., che, in un'ottica costituzionalmente orientata (cfr. Cass. S.U. n. 26972/08), va interpretato come norma di rinvio sia alle leggi che espressamente prevedono i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale (a titolo esemplificativo, art. 185 c.p. nell'ipotesi di reato, art. 2 L. n. 89 del 2001 in tema di ragionevole durata del processo, etc.), sia ai principi costituzionali che tutelano i diritti inviolabili della persona (cd. ingiustizia costituzionalmente qualificata), e, pertanto, nell'ambito di tale norma, sono riconducibili sia il danno biologico inteso come lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), secondo la specifica definizione normativa contenuta negli artt. 138 e 139 D.Lgs. n. 209 del 2005, sia il danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto (artt. 2, 29 e 30 Cost.), sia, inoltre, il danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, quali diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità (artt. 2 e 3 Cost.);

II) il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomenologicamente) unitaria, nel senso che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223, 1226,2056,2059 c.c.). Tuttavia, la selezione degli interessi risarcibili, da effettuare a livello normativo (negli specifici casi determinati dalla legge) o in via di interpretazione da parte del giudice (chiamato ad individuare la sussistenza, al la stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria), non basta per ottenere il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, essendo indispensabile valutare anche la gravità dell'offesa, nel senso che il diritto tutelato deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone pur sempre un grado minimo di tolleranza, da accertare secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (Cass. n. 20615/16, n. 16133/14);

III) nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato, prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito, e, dall'altro, evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici;

IV) in sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarvisi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio. Invero, il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce sempre danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato (giurisprudenza ormai consolidata sul punto, cfr. Cass. S.U. nn. 576, 581,582 e 584 del 2008; Cass. nn. 8827 e 8828 del 2003). In particolare, per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (artt.

138 e 139 D.Lgs. n. 209 del 2005) richiede l'accertamento medico-legale, che tuttavia il giudice può anche non disporre qualora ritenga di poter porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo. Per gli altri pregiudizi non patrimoniali diversi dal danno biologico potrà farsi ricorso alla prova documentale, testimoniale e, soprattutto, presuntiva, la quale potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (Cass. n. 9834/02);

V) in presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente, quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale, ovvero il danno dinamico-relazionale. Sono altresì inclusi nel danno biologico, se derivanti da lesione dell'integrità psicofisica, sia il pregiudizio da perdita o compromissione della sessualità (Cass. n. 2311/07), sia il pregiudizio consistente nell'alterazione fisica di tipo estetico (Cass. n. 21716/13), sia il danno da lesione della "cenestesi lavorativa", consistente nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidenti, neanche sotto il profilo delle opportunità, sul reddito della persona offesa (Cass. n. 17411/19);

VI) in presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'id quad plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento (Cass. n. 28988/19);

VII) in presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medicolegale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione);

Vili) ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno tonnare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dalla L. n. 124 del 2017, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale");

IX) il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente alla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nei caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con se stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamicorelazionale della vita del soggetto leso. Nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria;

X) in via di principio, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del "danno biologico" e del c.d. "danno esistenziale", appartenendo tali categorie (o voci) di danno alla stessa area protetta dall'art. 32 Cost., mentre, come già detto, non costituisce duplicazione risarcitoria la differente ed autonoma valutazione compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal danneggiato in conseguenza della lesione del diritto alla salute (Cass. n. 23469/18).

10. Sulla scorta delle anzidette coordinate ermeneutiche, può giungersi alla conversione monetaria delle lesioni patite dall'attore.

10.1. In base ai principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità nella ricostruzione della natura e del contenuto del danno non patrimoniale, nonché sulla scorta di quanto stabilito dalla CTU, ritiene questo giudice di dover quantificare il danno biologico da invalidità permanente e temporanea subito dall'attore adottando come riferimento la Tabella delle micropermanenti di cui all'ultimo D.M. 06 giugno 2022.

In proposito, è opportuno rammentare che, in tema di risarcimento del danno da cd. micropermanente, l'art. 139, co. 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 209 del 2005 deve essere ancora interpretato, pur dopo la modifiche introdotte dalla L. n. 124 del 2017 e la pronuncia della sentenza n. 98 del 2019 della Corte costituzionale, nel senso che la prova della lesione e del postumo non deve essere data esclusivamente con un referto strumentale poiché, in ogni caso, è l'accertamento medico legale corretto, riconosciuto dalla scienza medica, a stabilire se tale lesione sussista e quale percentuale del detto postumo sia ad essa ricollegabile, dovendosi tenere conto, però, che possono esservi situazioni nelle quali solo il menzionato accertamento strumentale è idoneo a fornire la dimostrazione richiesta dal la legge (Cass. n. 7753/2020).

10.2. Ebbene, sulla scorta di quanto rilevato e quantificato dal CTU, il danno biologico complessivamente subito dal D.L., avente 43 anni all'epoca dei fatti, va quantificato nella misura del 2,75%, senza incidenza sulla capacità lavorativa.

Pertanto, in base alle menzionate tabelle, il danno biologico permanente, in relazione all'età dell'attore all'epoca del sinistro, va quantificato in Euro 3.400,35, somma comprensiva dell'incremento percentuale tabellarmente previsto per la sofferenza soggettiva (+ 33%) a fronte di lesioni di tale percentuale.

Per quanto attiene all'invalidità temporanea, la Stessa, sulla base della CTU, applicando il valore di Euro 54,80 per ciascun giorno di invalidità, va così determinata:

Invalidità temporanea totale Euro 438,40

Invalidità temporanea parziale al 50% Euro 548,00

Invalidità temporanea parziale al 25% Euro 137,00

Totale danno biologico temporaneo Euro 1.123,40

In definitiva, sulla base della valutazione operata dalla CTU, spetta all'attore D.L.M., a titolo di danno non patrimoniale, la somma complessiva di Euro 4.523,75 (Euro 3.400,35 + Euro 1.123,40).

10.3. A tale importo non può essere ulteriormente sommato, come autonoma voce risarcitoria, il danno morale consistente nel "pretium doloris", ossia nella sofferenza connessa alla

menomazione dell'integrità psicofisica, posto che il danno morale conseguente alle lesioni dovute a sinistro stradale, va sempre provato, sia pure per presunzioni, non sussistendo alcuna automaticità parametrata al danno biologico patito (Tribunale, Potenza sez. I, 22/02/2023, n. 194), e tale principio opera a maggior ragione nel caso di lesioni micropermanenti, per le quali non sempre vi è un ulteriore danno da ristorare (Corte appello Perugia sez. I, 01/03/2023, n.151; Cassazione civile , sez. III , 13/01/2016 , n. 339).
Nel caso di specie, tale dimostrazione è mancata del tutto, sicché non può riconoscersi tale ulteriore (e autonoma) voce di danno.
10.4. Quanto al danno per ritardato pagamento, trattandosi di debito di valore ed essendo stata effettuata la liquidazione di cui sopra all'attualità, sulla somma anzidetta (Euro 4.523,75, devalutata alla data di cessazione dell'inabilità temporanea (giugno 2011: cfr. Cass. n. 26897/14; Cass. n. 3121/2017) e rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai, sono dovuti, in adesione all'orientamento della S.C. (S.U. n. 1712/1995), gli interessi legali al tasso p.t. vigente, a partire dal luglio 2016 fino alla pubblicazione della presente sentenza; da tale ultima data sono dovuti i soli interessi legali sulla somma complessivamente liquidata all'attualità fino al soddisfo.
11. Per quel che concerne, invece, il danno patrimoniale, che è riferito agli effetti economici che conseguono alla lesione subita dal danneggiato, e comprende il danno emergente, ossia le spese sostenute o da sostenersi a seguito della lesione, ed il lucro cessante, ossia la perdita o riduzione della capacità lavorativa specifica (essendo la menomazione della capacità lavorativa generica già ricompresa nel danno biologico, cfr. Cass. 2311/07, n. 15187/04), dev'essere accordato il risarcimento del danno (in termini di danno emergente, v. Cassazione civile, sez. III, 22/09/2023, n. 27099) per la voce dei costi necessari per la rimozione delle conseguenze dell'illecito, quantificati dal CTU nell'importo di Euro 22.040,00. Al pagamento di tale somma (Euro 22.040,00) va condannato il convenuto D., oltre interessi legali dalla pubblicazione della sentenza sino al soddisfo.
12. Quanto alla domanda di restituzione della somma di Euro 10.000,00, versata ai convenuti come compenso per l'attività svolta, la stessa può trovare accoglimento in quanto, premessa l'ammissibilità della tutela restitutoria in caso di grave inadempimento del medico in uno con la tutela risarcitoria (T. Milano, sez. I, sentenza n. 13382/2016) e premesso che nella domanda di restituzione della prestazione può dirsi implicita la domanda di risoluzione dei contratto, onde l'applicazione della disciplina ex art. 2033 c.c. (Cass. n. 21230/2009; Cass. n. 23819 del 16/11/2007), tale domanda trova fondamento nella documentazione allegata dalla parte attrice (in particolare nelle fatture e nelle ricevute a firma del dott. D.) e non è stata oggetto di contestazione da parte del convenuto costituitosi D., che nell'interrogatorio ha dichiarato soltanto che tali somme sono state incassate dal dott. D..
Pertanto, quest'ultimo va condannato alla restituzione della complessiva somma di Euro 10.000,00; in uno con l'anzidetta somma, andranno riconosciuti a parte attrice i soli interessi e non già la rivalutazione monetaria, essendo l'indebito oggettivo (di cui all'art. 2033 c.c.) un debito di valuta (cfr., ex plurimis, Cassazione civile, sez. lav., 20 dicembre 1996, n. 11440 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez, II, 7 gennaio 2016, n. 12, recentemente anche T.A.R. Lombardia sez. II, sentenza 07/07/2020 n.1293) e non essendo stata dimostrata la sussistenza del maggior danno ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ. a far data dalla prima messa in mora (02/02/2012) sino al soddisfo (Cass. S.U. sent. n. 15895/19 del 13.06.2019).
13. Quanto alla domanda riconvenzionale azionata dal convenuto D. nei confronti dell'attore per la lamentata lesione della propria immagine, la stessa non risulta idoneamente suffragata a livello probatorio.
13.1. Si osserva, nello specifico, che, in tema di responsabilità civile per diffamazione, il pregiudizio all'onore ed alla reputazione, di cui si invoca il risarcimento, non è "in re ipsa", identificandosi il danno risarcibile non con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento ma con le conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di siffatto danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, anche attraverso presunzioni, assumendo a tal fine rilevanza, quali parametri di riferimento, la diffusione della dichiarazione, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima (in tal senso Cass. civ. n. 8861/21).
La giurisprudenza (si veda ex multis Cass. Civ. n. 11269/18) ha avuto altresì modo di precisare che "la lesione di un diritto inviolabile non determina, neanche quando il fatto illecito integri gli estremi di un reato, la sussistenza di un danno non patrimoniale "in re ipsa", essendo comunque necessario che la vittima abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato".
Solo una volta accertato il danno, la sua liquidazione non potrà che operare su basi equitative, laddove non possa essere provato nel suo preciso ammontare.
13.2. Tanto premesso, nel caso di specie non è stata offerta una prova idonea del pregiudizio non patrimoniale lamentato dall'attore in riconvenzionale, sicché non può concedersi l'invocato risarcimento.
14. Né è emersa la prova di una effettiva incidenza causale delle asserite dichiarazioni "diffamatorie" rese dall'attore e dalla moglie (di cui peraltro soltanto il teste M.P. offre riscontro) sulla chiusura dello studio del dott. D., onde anche tale voce di danno non può liquidarsi.
15. Conclusivamente, la domanda dispiegata dall'attore D.L. va rigettata nei confronti del convenuto D.; viceversa, la domanda attorea va accolta nei confronti del convenuto contumace D., il quale va condannato al pagamento, in favore di D.L.M., delle somme di Euro 4.523,75 a titolo di danno non patrimoniale ed Euro 22.040,00 a titolo di danno patrimoniale, nonché alla restituzione della somma di Euro 10.000,00, oltre rivalutazione e interessi come sopra specificato; infine, va rigettata la domanda riconvenzionale azionata dal convenuto D. nei confronti dell'attore.
16. Venendo alla determinazione delle spese di lite, vanno poste a carico del convenuto contumace D.C. quelle sostenute dalla parte attrice, nella misura cosi come liquidata in dispositivo facendo applicazione dei valori tabellari medi di cui al D.M. n. 55 del 2014, parametrati al decisum (Cass. Civ., Sez. I, 26 aprile 2021, n. 10984) e dunque avuto riguardo allo scaglione da Euro 26.001 a Euro 52.000.
Vanno, invece, compensate le spese di lite tra l'attore e il convenuto - attore riconvenzionale - D., in ragione della reciproca soccombenza.
15. Le spese di CTU, così come liquidate con separato decreto, vanno poste a definitivo carico del convenuto D.C..

P.Q.M.

Il Tribunale di Potenza, Sezione Civile, in persona del Giudice dott. Generoso Valitutti, definitivamente pronunciando sulle domande proposte nell'ambito del giudizio n. 3087/2013 R.G., ogni contraria istanza ed eccezione rigettata e/o disattesa, così provvede:

1. rigetta la domanda proposta da D.L.M. nei confronti di D.A.;
2. accoglie per quanto di ragione la domanda proposta da D.L.M. nei confronti del convenuto contumace D.C. e, per l'effetto condanna quest'ultimo al pagamento, a favore dell'attore, delle somme di Euro 4.523,75 a titolo di danno non patrimoniale ed Euro 22.040,00 a titolo di danno patrimoniale, nonché alla restituzione della somma di Euro 10.000,00 a titolo di ripetizione, oltre rivalutazione e interessi come indicati in motivazione;
3. rigetta la domanda riconvenzionale dispiegata da D.A. nei confronti di D.L.M.;
4. compensa le spese di lite tra D.A. e D.L.M.;
5. condanna il convenuto contumace D.C. al pagamento, in favore di D.L.M., delle spese di lite, che si liquidano in Euro 7.616,00 per onorari ed Euro 692 per spese vive, oltre iva, epa e rimborso per spese generali nella misura e sulle voci come per legge;
6. pone a definitivo carico del convenuto D.C. il pagamento delle spese di CTU, così come liquidate con separato provvedimento.

Così deciso in Potenza, il 22 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 24 febbraio 2024.

Termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica

CORTE D'APPELLO di Bari, sezione III, sentenza 26 febbraio 2024, n. 285; Pres. Ancona; Rel. Barracchia

Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, I, cod. civ., non dal giorno in cui il comportamento del terzo provoca il danno, né dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può esserlo, con l'uso dell'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo.

... Omissis ...

Motivi della decisione

3. Con il primo motivo ed in via preliminare, I. lamenta la violazione degli artt. 2934 e 2935 c.c., laddove il giudice di prime cure ha riconosciuto l'intervenuta prescrizione del diritto, così come eccepito dai convenuti, odierni appellati. Il giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto che il termine prescrizionale sia cominciato a decorrere dalla data del primo intervento, ossia il 6 aprile 1999, maturando così il termine decennale prima della lettera di messa in mora del 9 giugno 2009.

Il motivo di appello è fondato e va accolto.

La Corte ritiene di dover condividere l'orientamento prevalente della Cassazione sul punto, secondo cui "**il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, primo comma, cod. civ., non dal giorno in cui il comportamento del terzo provoca il danno, né dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può esserlo, con l'uso dell'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo**". È vero che l'appellante, dopo il primo intervento del 07.04.1999, si era sottoposta ad ulteriori interventi chirurgici, ma è anche vero che questi erano stati prospettati alla paziente come possibili conseguenze di eventuali complicazioni, così come da consenso informato sottoscritto prima dell'intervento. Pertanto l'I., ha ritenuto di aver subito un danno solo con l'ultimo intervento e con la perdita definitiva del capezzolo destro. Sicchè il termine prescrizionale va fatto decorrere dalla data dell'ultimo intervento, ossia il 14.11.2001 e di conseguenza il diritto dell'attrice/appellante non poteva dirsi prescritto alla data della prima lettera di richiesta risarcimento danni.

3.1 Tuttavia nel merito l'appello è, ad avviso della Corte, infondato e deve essere rigettato.

In ordine all'an debeatur, l'appellante lamenta che il giudice di primo grado non abbia correttamente valutato le allegazioni probatorie fornite da parte attrice/danneggiata, e non abbia tenuto conto della mancanza di prova da parte del medico e della struttura sanitaria, criticando le risultanze della CTU espletata in primo grado dal Dott. A..

Il motivo non merita accoglimento.

In diritto è pacifico che la fattispecie de qua, sia stata correttamente inquadrata nell'alveo della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., per la sussistenza del contratto di spedalità concluso tra il paziente e la struttura sanitaria in cui sono state eseguite le prestazioni per cui è causa. In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, in base ai più recenti approdi giurisprudenziali, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore/paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza - come in questo caso - delle complicanze, ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che inadempimento non vi è stato, oppure che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilavante (cfr. Cassazione civile sez. III, 13/10/2017, n.24073; Cassazione civile sez. III, 26/05/2021, n.14702).

Condividendo quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la CTU ha confermato che il chirurgo ha operato correttamente e che l'intervento è stato ben eseguito, e che quella della necrosi del capezzolo è "la complicanza più temibile di una mastoplastica riduttiva". E nelle più recenti osservazioni ha ulteriormente chiarito che "si è verificata una complicanza chirurgica che non può essere mai completamente esclusa nel caso di un intervento di mastoplastica riduttiva-mastopessi, quindi a prescindere dalle differenti trazioni esercitate sui lembi dermo-ghiandolari delle due mammelle sottoposte ad intervento le evoluzioni e gli assestamenti della circolazione artero-venosa dei lembi mammari già descritti, non potevano essere previste se non con ragionevole approssimazione e la differenza di rimodellamento resasi necessaria per la seppur lieve differente condizione di partenza delle due mammelle, ha necessariamente determinato azioni chirurgiche non simmetriche nei due seni, non per questo si può definire errata la condotta in un seno rispetto al contro laterale, dato che le variabili anche della circolazione sanguigna tra i due lati, comunque originariamente diversi per volume e forma, hanno ulteriormente aggiunto fattori di variabilità che potevano determinare differenze di risultato e di evoluzione, dunque il manifestarsi di una complicanza ampiamente descritta in letteratura come tale, non può essere ascritta ad un errore di esecuzione dell'intervento stesso, errore chirurgico che sarebbe da imputare ad una condotta imperita, imprudente e/o negligente del chirurgo che eseguì l'intervento, tutti elementi negativi e disdicevoli che non sono mai emersi dall'attenta valutazione della documentazione clinica agli atti".

Pertanto, alla luce delle osservazioni che precedono, deve escludersi che siano configurabili, da parte dei convenuti, odierni appellati, profili di inadempimento derivanti da mancanza di perizia, diligenza, o violazione di regole tecniche

che siano eziologicamente collegabili con la perdita del capezzolo destro per necrosi. Circostanza tra l'altro prospettata alla paziente, come meglio a breve si dirà.

3.2 L'appellante inoltre impugna la sentenza di primo grado, nella parte in cui il Tribunale ritiene validamente sottoscritto il consenso informato. Lamenta l'I. che "non vi è mai stato un reale consenso informato" e quindi "una informazione personalizzata", avendo la struttura sanitaria ed il medico sottoposto all'attenzione della paziente dei moduli prestampati.

Tale censura è priva di pregio. Occorre premettere che il giudice di prime cure, sulla scorta della documentazione sanitaria in atti, ha correttamente rilevato che "l'attrice ha sottoscritto il consenso informato, in cui sono indicati rischi e complicazioni di un intervento di mastoplastica riduttiva (…) viene indicata, anche, la possibilità di effettuare interventi correttivi, successivi al primo". E difatti, come evidenziato anche dal CTU Dott. Arbore, nella prima cartella clinica, alla voce esame obiettivo a pag. 6, vi è dapprima la descrizione anatomica della paziente, ed a seguire si precisa che "tale situazione anatomica potrebbe determinare sofferenza e/o necrosi parziale o totale dei capezzoli (..)". Ed ancora sul modulo del consenso informato, sottoscritto sempre in data 07.04.1999, a pag. 4, è specificato che potrebbero verificarsi complicanze, con possibile ricorso anche ad interventi chirurgici. Di seguito risulta apposta la firma della paziente.

Pertanto la Corte ritiene di non ravvisare alcuna carenza di informazione: l'appellante era stata edotta sia della eventualità di sottoporsi ad ulteriori interventi, sia del rischio di perdita di necrosi di uno o di entrambi i capezzoli, attesa la situazione anatomica. Ed inoltre, anche ad ipotizzare la sussistenza della lamentata violazione degli obblighi di informazione, a fronte dell'accertata condotta diligente del sanitario, l'appellante avrebbe dovuto allegare e dimostrare, anche in via presuntiva, che ove avesse avuto conoscenza effettiva dei rischi, avrebbe scelto di non sottoporsi all'intervento. Sul punto la Corte di Cassazione ha ritenuto che, nell'ipotesi in cui sia dedotto che la violazione del diritto all'autodeterminazione abbia causato una lesione del diritto alla salute "…**l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso, con la conseguenza che l'allegazione dei fatti dimostrativi di tale scelta costituisce parte integrante dell'onere della prova - gravante sul danneggiato - del nesso eziologico tra inadempimento ed evento dannoso**."(v. Cassazione civile sez. III, 17/05/2022, n.15723).

Nel caso de quo, nessuna prova risulta in tal senso fornita dall'appellante.

Il motivo di appello inerente il quantum, e la sua mancata disamina da parte del giudice di primo grado, deve ritenersi assorbito dalle motivazioni che precedono che rendono superfluo l'accertamento del quantum debeatur, con conseguente rigetto integrale dell'appello e conferma della sentenza impugnata.

3.3 In merito alla contestazione in ordine alle spese processuali, anche queste vanno respinte, poiché sebbene il difensore sia stato unico per entrambe le parti (A. e dott.G.) , tuttavia si sono costituiti mediante autonomi e separati atti difensivi e per il dott. G. si è esaminata anche la questione della chiamata in garanzia dell'A. spa essendo il sanitario coperto da polizza professionale, disponendo all'uopo anche la chiamata in garanzia (cfr. Cass. n.24757/2005 :" Qualora il difensore abbia assistito in giudizio una pluralità di parti deve procedersi a una sola liquidazione delle spese processuali, a meno che l'opera defensionale, pur se formalmente unica, non abbia comportato la trattazione di differenti questioni in relazione alla tutela di posizionigiuridiche non identiche;in tal caso soltanto è consentita una distinta liquidazione per ciascuna delle parti." nello stesso senso Cass. n.21064/2009 e n.11591/2015)

4. Infine parte appellante è tenuta alla rifusione delle spese processuali sopportate dagli appellati nel presente grado di giudizio, secondo il principio della soccombenza, liquidate con le tariffe di cui al D.M. n. 147 del 2022 (valore della causa Euro 75.000,00 - valori minimi considerata la semplicità delle questioni). Le spese di CTU, ivi compresi i chiarimenti resi dal consulente successivamente, sono a carico dell'appellante e vengono liquidate con separato decreto.

5. Sussistono, altresì, i presupposti di cui all'art. 13 comma 1 quater D.P.R. n. 115 del 2002 per il versamento da parte dell'appellante dell'ulteriore importo pari al contributo unificato (cfr. Cass. Sez. Unite n.4315/2020)

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bari, Terza Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto con atto di citazione da I.L.V. avverso la sentenza n. 2165/2018 resa dal Tribunale di Trani, nei confronti di A.B., G.L. e A.A. S.p.a., ogni altra istanza deduzione ed eccezione disattesa così provvede:

1) dichiara la contumacia dell'A. spa;

2) rigetta l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata;

3) condanna l'appellante al rimborso delle spese del presente grado di giudizio in favore di A.B., e di G.L. che liquida in Euro 7.000,52 per compensi professionali, oltre accessori come per legge, per ciascuna parte

4) condanna l'appellante al pagamento delle spese di Ctu, liquidate con separato decreto;

5) dichiara che per l'effetto dell'odierna decisione, l'appellante è tenuto a versare un ulteriore importo pari al contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 1 bis D.P.R. n. 115 del 2022.

Così deciso in Bari alla Camera di Consiglio del 14 febbraio 2024.

Depositata in Cancelleria il 26 febbraio 2024.

Contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità

TRIBUNALE di Trieste, sentenza 28 febbraio 2024, n. 210; Giud. Cicero

L'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, in base alla quale la stessa è tenuta a una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle 'lato sensu' alberghiere.

... Omissis ...

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

In via preliminare

Sulle reiterate istanze istruttorie

Preliminarmente è opportuno rilevare come il procedimento in oggetto non necessiti di ulteriore attività istruttoria, posto che il materiale probatorio acquisito è più che sufficiente a delineare il contesto in cui si sono svolti i fatti e la natura dei rapporti tra le parti. Ragione per la quale vanno disattese le istanze reiterate da parte attrice ancora in sede di precisazione delle conclusioni.

Nel merito

Sulla responsabilità della convenuta AZIENDA *Omissis*

Nella **fattispecie in esame si verte in un'ipotesi di responsabilità contrattuale, come statuito costantemente dalla Corte di Cassazione, in quanto "l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, in base alla quale la stessa è tenuta a una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 della L. n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle 'lato sensu' alberghiere"** (cfr. Cass. n. 8826/2007, e anche tra le tante Cass. nn. 6243/2015 15993/2011).

Dalla natura contrattuale della responsabilità che grava sull'AZIENDA S. deriva che questa risponde dell'inesatto adempimento ex art. 1218 del c.c. e, soprattutto, deriva un preciso riparto dell'onere probatorio tra le parti.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 27855/2013 ha ribadito che "**In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno**" (cfr., ex multis, Cass. nn. 577/2008 e 2094/2013).

Orbene, la costituzione del rapporto contrattuale è pacifica e comunque non viene contestata dalla convenuta.

È dunque onere dell'AZIENDA S. dar prova che non vi è stato inadempimento, e in particolare dimostrare l'adeguatezza degli interventi e delle cure praticate alla povera T..

Ciò posto, ed alla luce dei principi testé richiamati, che qualificano come **contrattuale la responsabilità del medico - struttura sanitaria nei confronti del paziente per danni derivati dall'esercizio di attività di carattere sanitario, con riferimento all'an della pretesa attorea, per verificare la sussistenza o meno del nesso di causalità e per valutare la correttezza dell'operato del personale sanitario, il giudicante non può che giovarsi dell'opera di un perito, in quanto i fatti ritualmente dedotti, nel caso di specie, sono rilevabili esclusivamente con il concorso di determinate cognizioni tecniche, costituendo la stessa consulenza tecnica fonte di prova (**c.d. consulenza "percipiente"; Cass. 3990/2006).

... Omissis ...

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così decide:

- accerta e dichiara l'AZIENDA *Omissis* , in persona del legale rappresentante pro tempore, responsabile delle conseguenze di natura biologica subite da M.T. a seguito dei trattamenti eseguiti in data 13 e 14 agosto 2008 e, per l'effetto,
- condanna l'AZIENDA *Omissis* , in persona del legale rappresentante pro tempore al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni, in favore dell'erede D.M., della somma complessiva di Euro 36.623,25, oltre interessi come in parte motiva;
- condanna l'AZIENDA *Omissis* , in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese processuali in favore di D.M. nella misura di Euro 7.616,00 per compensi professionali ed Euro 786,00 per esborsi, oltre a spese generali, I.V.A e C.P.A. come per legge, oltre al pagamento delle spese della procedura di mediazione nella misura di Euro 536,00 per compenso professionale ed Euro 48,80 per esborsi;
- pone definitivamente a carico di parte convenuta le spese della consulenza tecnica d'ufficio, già liquidate con separato decreto.

Così deciso in Trieste, il 23 febbraio 2023.

Depositata in Cancelleria il 28 febbraio 2024.

Contratto di spedalità ed effetti protettivi in favore dei terzi

TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 6 marzo 2024, n. 4186; Giud. Pellettieri

Il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria o il medico non produce, di regola, effetti protettivi in favore dei terzi, perché, fatta eccezione per il circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, trova applicazione il principio generale di cui all'art. 1372, II, c.c., con la conseguenza che l'autonoma pretesa risarcitoria vantata dai congiunti del paziente per i danni ad essi derivati dall'inadempimento dell'obbligazione sanitaria, rilevante nei loro confronti come illecito aquiliano, si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con tutte le conseguenze caratterizzanti l'istituto della responsabilità aquiliana in tema di assolvimento degli oneri di allegazione e prova.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

Nella ipotesi, infatti, in cui la prospettata malpractice sanitaria abbia condotto al decesso del paziente , i congiunti di quest'ultimo, che agiscano per il risarcimento del danno, non possono invocare l'esistenza di un rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura ,ma devono agire ai sensi dell'art. 2043 c.c. a titolo di responsabilità extracontrattuale.
Il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria o il medico non produce, di regola, effetti protettivi in favore dei terzi, perché, fatta eccezione per il circoscritto campo delle prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione, trova applicazione il principio generale di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., con la conseguenza che l'autonoma pretesa risarcitoria vantata dai congiunti del paziente per i danni ad essi derivati dall'inadempimento dell'obbligazione sanitaria, rilevante nei loro confronti come illecito aquiliano, si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, con tutte le conseguenze caratterizzanti l'istituto della responsabilità aquiliana in tema di assolvimento degli oneri di allegazione e prova.
La giurisprudenza di legittimità, con condivisibile orientamento, ha chiarito che **il rapporto contrattuale che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria ha efficacia ultra partes allorché costituisca fonte di obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni sanitarie afferenti alla procreazione; viene in considerazione, in particolare, il contratto stipulato dalla gestante, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza oppure l'accertamento, e correlativa informazione, di eventuali patologie del concepito, anche in funzione del consapevole esercizio del diritto di autodeterminarsi in funzione dell'interruzione anticipata della gravidanza medesima** (Cass. 14615/2020; 16754/2012; 11503/1993).
L'inesatta esecuzione della prestazione che forma oggetto di tali rapporti obbligatori, infatti, incide in modo diretto sulla posizione del nascituro e del padre perché la tutela contro l'inadempimento deve necessariamente essere estesa a tali soggetti, i quali sono legittimati ad agire in via contrattuale per i danni che da tale inadempimento siano loro derivati.
Al di fuori di questa specifica ipotesi, poiché l'esecuzione della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione sanitaria non incide direttamente sulla posizione dei terzi, torna applicabile anche al contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria la regola generale secondo cui esso ha efficacia limitata alle parti (articolo 1372 comma 2 c.c.); pertanto, per un verso non è predicabile un effetto protettivo del contratto nei confronti dei terzi, per altro verso non è identificabile una categoria di terzi (quand'anche legati da vincoli rilevanti, di parentela o di coniugio, con il paziente) quali "terzi protetti dal contratto".
Ciò non vuol dire che i prossimi congiunti del creditore, ove abbiano subito in proprio delle conseguenze pregiudizievoli, quale riflesso dell'inadempimento della struttura sanitaria, non abbiano la possibilità di agire in giudizio per ottenere il ristoro di tali pregiudizi.
Il predetto inadempimento, tuttavia, potrà rilevare nei loro confronti esclusivamente come illecito aquiliano ed essi saranno dunque legittimati ad esperire, non già l'azione di responsabilità contrattuale (spettante unicamente al paziente che stipula il contratto), ma quella di responsabilità extracontrattuale, soggiacendo alla relativa disciplina, anche in tema di onere della prova (Cass. Civ. 11320/2022).

... Omissis ...

P.Q.M.
Il Tribunale in composizione monocratica , definitivamente pronunciando , così provvede:

a) condanna l'Azienda O.S.C.F. e C.S. in solido al pagamento in favore degli attori e degli intervenienti della somma di Euro 1.063.692,7 , ripartita come in motivazione , oltre interessi legali sull'importo da ultimo indicato , devalutato alla data del 19.10.2012 e rivalutato anno dopo anno secondo gli indici ISTAT sul costo della vita dall'illecito al saldo, a titolo di risarcimento del danno ;
b) pone in via definitiva a carico dei convenuti sub a) le spese delle due consulenze tecniche d'ufficio;
c) condanna i convenuti sub a) in solido alla refusione delle spese di causa in favore di parte attrice e di parte interveniente , che si liquidano in Euro 1686,00 per esborsi, Euro 25.000,00 per compenso ex D.M. n. 55 del 2014, rimb. forf. sp. gen., IVA e CPA come per legge , spese da distrarsi in favore degli Avv.ti Federica Spagnoletti e A.A., che le hanno anticipate;
d) sentenza a debito.
Così deciso in Roma, il 6 marzo 2024.
Depositata in Cancelleria il 6 marzo 2024.

Condotta negligente del sanitario e scelte organizzative della struttura sanitaria

CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione IX, sentenza 18 marzo 2024, n. 1200; Pres. Cucciniello; Rel. Nicoletta

La condotta negligente del sanitario non può essere isolata dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura sanitaria in cui lo stesso è inserito, a tal fine dovendosi considerare come l'art. 1228 c.c. imputi al debitore la responsabilità degli illeciti commessi dai suoi ausiliari così fondando tale imputazione sulla libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come provvedere all'adempimento, accettando il rischio connesso alle modalità prescelte.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

La censura è infondata.
La valutazione del Tribunale risulta, infatti, avallata dalla costante giurisprudenza di legittimità, che individua nella **responsabilità della struttura sanitaria una responsabilità definita a "doppio binario", giacché originata da due fatti distinti: quella derivante dall'inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all'erogazione del servizio sanitario (quali la fornitura dei servizi alberghieri e delle attrezzature), e quella derivante dall'attività illecita, dell'esercizio della professione medica, imputabile a coloro della cui attività la struttura si sia avvalsa ex art. 1228 c.c..**
Tale ultima responsabilità integra, al pari della prima, una responsabilità diretta per fatto proprio della struttura, essendo l'attività dell'ausiliario incardinata nel programma obbligatorio originariamente assunto da quest'ultima nei confronti del paziente e per la cui realizzazione, preclusa ogni possibilità di adempimento diretto, l'ente deve necessariamente avvalersi di terzi incaricati.
Nel caso di specie, avendo il dott. (...) operato, sin dalla prima visita del (...) nel contesto dei servizi resi dalla (...) di (...) deve ritenersi **che la condotta negligente del sanitario non possa essere isolata dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, a tal fine considerando come il già citato art. 1228 c.c. imputi al debitore la responsabilità degli illeciti commessi dai suoi ausiliari fondando tale imputazione sulla libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come provvedere all'adempimento, accettando il rischio connesso alle modalità prescelte** (così Cass. 11/11/2019, n. 28987, richiamata altresì dalla più recente Cass. 05/11/2020, n. 24688).
Ne consegue che, essendosi la (...) di (...) avvalsa della collaborazione del (...) essa sia tenuta a rispondere dei pregiudizi da questi cagionati, trattandosi di un rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione (Cass. n. 28987/2019, cit.).
Ed infatti, il Tribunale ha correttamente evidenziato che "in ordine alla responsabilità dell'ente ospedaliero, in correlazione ad una condotta colposa di un proprio sanitario, può ritenersi ormai pacifico in giurisprudenza che il rapporto che si instaura tra il paziente e l'ente ospedaliero ha fonte nel contratto, che può concludersi anche con l'accettazione del paziente. Si tratta di un contratto atipico con effetti protettivi nei confronti del terzo che fa sorgere a carico dell'ente, accanto ad obblighi lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni. Pertanto, la responsabilità dell'ente nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, per un verso, a norma dell'art. 1218 c.c. all'inadempimento di quelle obbligazioni che sono direttamente a carico dell'ente debitore e, per altro verso, a norma dell'art. 1228 c.c. all'inadempimento della prestazione medico professionale svolta direttamente dal sanitario, che assume la veste di ausiliario necessario del debitore" (pagg. 3-4 della sentenza appellata). (...) della clinica e della assicurazione, nel rilevare la sola assenza di responsabilità di tipo organizzativo-assistenziale della struttura nella vicenda in esame (profilo limitato al contratto di spedalità), non censura tale ratio decidendi e svolge prospettazioni che, non inquadrando correttamente la questione, non sono in grado di scalfire la motivazione adottata dal Tribunale, tantomeno ai fini dell'affermazione di una responsabilità esclusiva dell'operatore sanitario.
Come rilevato dal primo Giudice, **spettava infatti alla clinica vincere la presunzione di corresponsabilità nella contribuzione al danno da parte dei condebitori in solido, provando non soltanto che l'inadempimento fosse ascrivibile esclusivamente alla colpa del medico, ma anche che la derivazione causale dell'evento dannoso dipendesse da una condotta del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di spedalità, in un'ottica di ragionevole bilanciamento del peso delle rispettive responsabilità sul piano dei rapporti interni** (Cass. n. 24688/2020).

Merita tuttavia accoglimento la domanda della (...) di (...) volta a ottenere sin d'ora la ripartizione delle quote di responsabilità nei rapporti interni con il sanitario, esigenza determinata dalla relativa istanza avanzata dall'ente e dalle proprie assicurazioni e su cui il primo Giudice, pur richiamando i principi operanti in materia, ha in ultimo omesso di pronunciarsi.
A tal fine, occorre richiamare i cristallini criteri indicati dalla Suprema Corte, **secondo cui alla ricostruzione del rapporto tra struttura e medico in termini di responsabilità da avvalimento consegue l'impredicabilità di un diritto di rivalsa integrale della struttura nei confronti del medico, in quanto, diversamente opinando, l'assunzione del rischio di impresa per la struttura si sostanzierebbe, in definitiva, nel solo rischio di insolvibilità del medico**. In questi termini la pronuncia della Cassazione del 20/10/2021, n. 29001, già richiamata da questa (...) in altro giudizio che vedeva peraltro,

nella veste di appellante, la stessa (...) di (...) "(...) " (si veda Corte App. Napoli, 20/09/2023 n. 3954).

Tanto premesso, in ordine ai concreti criteri di riparto, la giurisprudenza di legittimità ha individuato quali parametri normativi di riferimento, da un lato, il terzo comma dell'art. 2055 c.c., che detta una presunzione iuris tantum di pari contribuzione al danno da parte dei condebitori solidali, e, dall'altro, l'art. 1298 c.c., secondo cui l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori in parti che si presumono eguali ove non risulti diversamente.

Ne consegue che, **considerato il particolare atteggiarsi della responsabilità della struttura come sopra delineato, la presunzione di pari responsabilità posta dalle richiamate norme si rende superabile solo allorquando il sanitario abbia posto in essere una condotta del tutto dissonante rispetto alla fisiologica attività demandata dall'ente ai propri collaboratori, rispetto alla quale quest'ultima ha assunto il relativo rischio** (in questo senso, Cass. n. 28987/2019).

Nel caso al vaglio, rileva questo Collegio, non è possibile ravvisare un rilevante scostamento della condotta del sanitario dai protocolli e dalle prassi chirurgiche condivise dalla comunità scientifica, vertendosi in ipotesi di comune errore diagnostico e di non corretta esecuzione dell'intervento chirurgico scelto. Le conseguenze del sinistro, pertanto, sono imputabili ai debitori secondo il criterio presuntivo richiamato, ovvero in ragione del 50% ciascuno, dovendosi in tal senso integrare la pronuncia di prime cure.

Pertanto accogliendo il motivo di doglianza, la sentenza va riformata al capo 1, con il solo inciso, seguente quanto previsto che la responsabilità accertata va nei rapporti interni imputata per il 50% a ciascuno dei convenuti principali, ovvero dott. (...) e (...) di (...) s.p.a. (nessuna altra decisione va assunta se non l'accertamento delle percentuali di responsabilità nei rapporti interni, nel rispetto della corrispondenza della decisione alla domanda).

Occorre a questo punto procedere all'esame dei primi due motivi di gravame sollevati dall'appellante principale (...) con cui la società, come riportato in narrativa, censura la dichiarazione di nullità della clausola claims made cd. mista o spuria contenuta nella polizza assicurativa contratta con la struttura, con conseguente piena operatività della polizza invocata. (...) dell'appello impone, come è evidente, di verificare le specifiche previsioni contrattuali in prospettiva dell'accertamento di validità ed efficacia della clausola, dovendosi tuttavia premettere **come la clausola claims made del tipo misto, che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o entro un diverso termine, non possa essere qualificata né come limitativa della responsabilità agli effetti dell'art. 1341 c.c. (Cass., Sez. Un., 6/5/2016, n. 9140), né come immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., secondo comma (Cass., Sez. Un., 24/09/2018, n. 22437). In particolare, in ordine alla meritevolezza di tale disposizione contrattuale, va ribadito come il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", caratterizzato dal predetto meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato, non incide sulla funzione assicurativa e, dunque, sulla causa astratta del contratto, pur sempre volto a indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato. Siffatto modello, già ampiamente diffuso nell'ambito del mercato assicurativo, ha peraltro trovato espresso riconoscimento legislativo (con particolare riferimento alla L. n. 24 del 2017, art. 11, e al D.L. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5, convertito con modificazioni in L. n. 148 del 2011, come novellato dalla L. n. 124 del 2017, art. 1, comma 26), divenendo, pertanto, legalmente tipico. Le citate disposizioni, infatti, prevedono un meccanismo legato non al tempo del verificarsi del fatto, secondo lo schema di cui all'art. 1917 c.c., bensì al tempo della denuncia del sinistro, estendendo l'operatività della garanzia anche a eventi anteriori alla conclusione del contratto.**

Da siffatta collocazione del modello "claims made" nell'area della tipicità legale consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, valutazione che presuppone l'atipicità del regolamento adottato, ma, piuttosto, un giudizio di idoneità del regolamento effettivamente pattuito a realizzare la propria funzione pratica di assicurazione adeguata allo scopo. La tutela invocabile dal contraente assicurato può dunque agire sul solo piano della libera determinazione del contenuto contrattuale e della "causa concreta" del contratto e, cioè, dello scopo pratico del negozio, quale sintesi degli interessi che esso è concretamente diretto a realizzare, verifica da compiersi con riferimento al rispetto dei "limiti imposti dalla legge" ai sensi dell'art. 1322 c.c., primo comma (in questi termini Cass., Sez. Un., n. 22437/2018 cit.).

Tale indagine riguarda, anzitutto, la liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo altresì la fase precontrattuale, in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle claims made, e quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati. A tal fine, va dato massimo rilievo all'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, occorrendo accertare se vi sia stato un "arbitrario squilibrio giuridico" tra rischio assicurato e premio (Cass., Sez. Un., n. 22437/2018 cit.).

... Omissis ...

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto da (...) s.p.a. e sugli appelli incidentali di (...) e della (...) di (...) "(...) " s.p.a., avverso la sentenza del Tribunale di (...) n. (...)/2020, nei confronti di (...) e (...) s.p.a., ogni ulteriore istanza rigettata e disattesa, così provvede: - Dichiara l'inammissibilità dell'appello incidentale di (...) - Accoglie per quanto di ragione l'appello incidentale della (...) di (...) "(...) " s.p.a. e per l'effetto, in parziale riforma della pronuncia di prime cure, dichiara che la corresponsabilità della (...) di (...) "(...) " s.p.a. e (...) nei confronti di (...) sia attribuibile nei rapporti tra dette parti al 50% a ciascuno di essi; - Accoglie per quanto di ragione l'appello principale di (...) s.p.a. e per l'effetto, in parziale riforma della pronuncia di prime cure, rigetta la domanda di manleva azionata dalla (...) di (...) "(...) " s.p.a. nei confronti di (...) s.p.a. e condanna la (...) di (...) s.p.a. al pagamento delle somme corrisposte da (...) s.p.a. in esecuzione della sentenza di primo grado (già interamente versate a (...) ed all'avv. (...), maggiorate al tasso legale, nonché condanna la casa di (...) s.p.a. al pagamento delle spese di lite del primo grado, in favore della (...) s.p.a. che liquida in Euro 6.500,00 per compensi, oltre rimborso forfettario del

15%, IVA e CPA come per legge; - Rigetta nel resto gli appelli principale ed incidentale; - (...) e la (...) di (...) "(...) " s.p.a., in solido, alla rifusione delle spese del presente grado in favore di (...) liquidandole nell'importo di Euro 7.000,00 per compensi, oltre rimborso forfettario del 15%, IVA e CPA come per legge, con attribuzione all'avv. (...) dichiaratasi anticipataria; - (...) inoltre la (...) di (...) "(...) " s.p.a., in solido, alla rifusione delle spese del presente grado in favore di (...) s.p.a., liquidandole nell'importo di Euro 777,00 per spese vive ed Euro 7.000,00 per compensi, oltre rimborso forfettario del 15%, IVA e CPA come per legge; - Compensa integralmente le spese di lite con (...) s.p.a.; - Dà atto che sussistono, a carico di (...) i presupposti per il versamento dell'ulteriore importo a titolo di raddoppio del contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002.
Così deciso in Napoli, il 18 marzo 2024.
Depositata in Cancelleria il 18 marzo 2024.

Responsabilità medico-chirurgica e CTU "percipiente"

CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione IX, sentenza 2 aprile 2024, n. 1426; Pres. Rel./Est. Scotti D'Abbusco

In caso di accertamento della responsabilità medico-chirurgica, attesa l'innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità, la consulenza tecnica presenta carattere "percipiente", sicché il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova.

... Omissis ...
Motivi della decisione
... Omissis ...

Le doglianze sono infondate.
In tema di nesso di causalità, va preliminarmente evidenziato che la necessità dell'allegazione di un inadempimento qualificato come astrattamente idoneo a costituire la causa del danno, affermata sin dalla pronuncia a (...) n. 577/2008, non onera l'attore che agisca in ambito di responsabilità sanitaria della necessità di individuare specificamente la condotta omessa o l'errore commesso, essendo sufficiente che venga individuata la prestazione asseritamente mal adempiuta e che venga ipotizzato un nesso causale fra la stessa e il pregiudizio lamentato (in questi termini Cass. n. 26516/2017). Ne consegue che, ove sia dedotto, come nel caso di specie, un evento patologico inserito nel quadro, anche cronologico, di una più complessa prestazione sanitaria, l'accertamento giudiziale deve estendersi all'esame complessivo della prestazione dedotta in causa, senza essere necessariamente circoscritto alla rilevabilità di una specifica causa dell'evento, dal momento che ciò che viene in rilievo è l'eventuale sussistenza di una condotta dei sanitari da ritenersi prevalente non solo nell'instaurazione del meccanismo patogenetico, ma anche nell'evoluzione dello stesso e nel successivo prodursi della lesione.
Si richiama al riguardo quanto affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 15745/2018 che, nel richiamare i propri precedenti in materia, rilevava che "nel giudizio di risarcimento del danno derivato da colpa medica non costituisce inammissibile mutamento della domanda la circostanza che l'attore, dopo avere allegato nell'atto introduttivo che l'errore del sanitario sia consistito nell'imperita esecuzione di un intervento chirurgico, nel concludere alleghi, invece, che l'errore sia consistito nell'inadeguata assistenza postoperatoria; dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente allegate dall'attore, possano avere portata preclusiva, attesa la normale mancanza di conoscenze scientifiche da parte del danneggiato. ... Difatti, come sopra visto, la prestazione medica ospedaliera non rimane circoscritta all'intervento in sé praticato come terapia, ma ricomprende l'insieme delle prestazioni richieste dall'ars medica nel caso concreto, ivi comprese le attività complementari di sutura dei tessuti con manovre corrette e di assistenza postchirurgica, da considerarsi come parti altrettanto essenziali e complementari della terapia praticata".
Nel caso di specie, il CTU ha ravvisato la responsabilità dei sanitari non nell'installazione e nella gestione dell'impianto (...) bensì nella somministrazione del farmaco nel cavo toracico e non all'interno reservoir del catetere, ossia nel serbatoio perforabile sottocutaneo attraverso cui avviene l'infusione venosa dei chemioterapici. Trattasi, invero, di circostanza che non ha costituito oggetto delle allegazioni di parte attrice, ma rispetto alla quale, attesa la natura della responsabilità dedotta, non può ritenersi precluso l'accertamento del tecnico e del giudice di merito.
Difatti, **in caso di accertamento della responsabilità medico-chirurgica, attesa l'innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità, la consulenza tecnica presenta carattere "percipiente", sicché il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova (in questo senso anche Cass. Sez. Un. n. (...)/2019 che, nell'individuare in senso restrittivo i poteri del (...) in parte oggetto di rinnovato ampliamento ad opera della successiva Cass. Sez. Un. n. 3086/2022, ammetteva la possibilità di derogare al principio dispositivo in materia di onere della prova ogni qualvolta "sarebbe assolutamente impossibile per la parte interessata provare il fatto costitutivo della sua domanda o della sua eccezione, se non attraverso il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche").**
Nel caso di specie, pertanto, la CTU non ha accertato fatti e condotte ulteriori alle allegazioni attoree di malpractice medica circoscritte alla terapia praticata. Difatti, per quanto la consulenza tecnica d'ufficio e le correlate indagini peritali abbiano generato un'opinione percipiente, la relazione si è limitata ai fatti che, pur non allegati specificamente dalla parte, sono entrati comunque a fare parte del thema decidendum perché storicamente inseriti nella prestazione sanitaria oggetto della domanda e perché caratterizzati da una complessità tecnica richiedente competenze specialistiche.
Tanto premesso, muovendo al merito, non risponde al vero l'assunto di parte appellante laddove l'Ente afferma che la conclusione del CTU relativa alla riconducibilità causale del danno alla non corretta infusione del farmaco non sarebbe sostenuta da alcuna evidenza scientifica o da protocolli sanitari.
Difatti, l'ausiliario ha descritto come "rara ma possibile" la complicanza connessa alla somministrazione in cavità mediastinica o toracica di chemioterapici in caso di errata puntura del reservoir del (...) dando conto, menzionandoli espressamente, dei contributi scientifici in materia (pag. 54 della relazione).
Ancora, l'elaborato peritale descrive la procedura prescritta dalle linee guida al fine di evitare l'immissione del farmaco in altri spazi anatomici: "è previsto che prima di ogni infusione venga constatato il corretto funzionamento del (...) mediante

lavaggio con soluzione fisiologica e controllo del corretto ritorno di sangue all'aspirazione. Nel caso tale procedura venga omessa prima dell'infusione dei chemioterapici, non potrà esserne verificata l'effettiva infusione nel torrente vascolare con conseguente rischio di stravaso o immissione in altri spazi anatomici (cavità toracica, in fattispecie)" (pag. 56 della relazione).

Tanto premesso, la complicanza prodottasi nella fattispecie al vaglio risulta pienamente riconducibile a una non corretta gestione del catetere (...) in fase di somministrazione del farmaco chemioterapico, con portata tale da soddisfare, in assenza di specifiche allegazioni relative a ulteriori possibili concause, il criterio della causalità adeguata.

A nulla rileva, si precisa, il riferimento del consulente alla condizione di "emotorace" in luogo di quella di "versamento pleurico". Trattasi infatti di una diagnosi che, sebbene successiva ai fatti di causa e risalente al 2006, risulta coerente con la storia clinica della paziente risultante dalla documentazione in atti, trattandosi di emotorace "con reperto di versamento pleurico saccato a densità semiliquidosemisolida dell'emitorace inferiore destro".

Ne consegue la conferma della sentenza di prime cure in punto di ritenuta responsabilità dei sanitari dell'(...) dei (...) e, per l'effetto, dell'A. odierna appellante.

par. 2. Sull'appello incidentale di (...) a questo punto procedere all'esame dell'appello incidentale proposto da (...) attinente al mancato riconoscimento, tra le poste risarcitorie accolte, del danno relativo alla lesione del diritto all'autodeterminazione.

Preliminarmente, va dato atto dell'ammissibilità del gravame, sebbene proposto oltre la scadenza del termine breve per l'impugnazione decorrente dalla notifica della sentenza effettuata dalla stessa appellante incidentale in data (...), appena ricordando come, secondo il principio sancito dalle (...) nella pronuncia n. 6278/2019, il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c. decorre, anche per il notificante, dalla data in cui la notifica viene eseguita nei confronti del destinatario.

In punto di ammissibilità dell'appello tardivo va infatti rilevato che, secondo un indirizzo giurisprudenziale pressoché costante, l'impugnazione incidentale tardiva è ammissibile anche se riguarda un capo della decisione diverso da quello oggetto del gravame principale, o se investe lo stesso capo per motivi diversi da quelli già fatti valere (si veda, tra le pronunce più recenti, Cass. n. 5824/2022).

Nel merito, l'appellante contesta il mancato accoglimento della pretesa risarcitoria relativa alla lesione del consenso, censurando la statuizione di prime cure con cui il primo giudice, nel ritenere non adeguatamente argomentata la domanda, ha dato rilievo alla circostanza che l'attrice fosse consapevole della necessità di sottoporsi a un trattamento chemioterapico.

Evidenzia in particolare l'appellante che la lesione del diritto all'autodeterminazione non discenderebbe dalla possibilità di rifiutare la terapia, ma atterrebbe piuttosto alle modalità di somministrazione del farmaco, atteso che la paziente avrebbe rifiutato l'installazione del (...) se fosse stata messa compiutamente al corrente della possibilità di procedere all'infusione per il tramite di una vena periferica. La doglianza non coglie la ratio della motivazione gravata.

Difatti, nel rigettare la domanda risarcitoria proposta, il primo giudice, contrariamente all'assunto dell'appellante, ha valorizzato non l'assenza di allegazione e prova rispetto alla scelta terapeutica effettuata dalla paziente ove correttamente informata, quanto, piuttosto, il deficit argomentativo della prospettazione attorea rispetto al maggior danno derivato dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato.

Ed invero, è stato già in più occasioni evidenziato che l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente può assumere diversa rilevanza causale a seconda che sia dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione o la lesione del diritto alla salute.

In tale ultimo caso, infatti, l'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico eseguito dipende dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato ed è configurabile, di regola, soltanto in caso di presunto dissenso. In caso di presunto consenso, infatti, l'inadempimento dell'obbligo informativo, pur esistente, risulterebbe privo di incidenza deterministica sul risultato infausto dell'intervento che risulti correttamente eseguito, in quanto comunque voluto dal paziente. Diversamente, in caso di presunto dissenso, detto inadempimento assume efficienza causale sul risultato pregiudizievole, in quanto l'intervento terapeutico, non voluto dal paziente, non sarebbe stato eseguito e l'esito infausto, di conseguenza, non si sarebbe verificato. (...) e la verifica giudiziale dei fatti dimostrativi dell'opzione che il paziente avrebbe esercitato costituiscono, quindi, parte integrante del nesso eziologico tra l'inadempimento e l'evento dannoso, della cui prova è onerato il soggetto che si asserisca danneggiato (Cass. n. 28985/2019, Cass. n. 19199/2018).

Nel caso in cui, come nella specie, sia invece dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, l'omessa o insufficiente informazione preventiva evidenzia e(...) se una relazione causale diretta con la compromissione dell'interesse all'autonoma valutazione dei rischi e dei benefici del trattamento sanitario, atteso che, anche nel caso in cui possa presumersi che il paziente avrebbe prestato il proprio consenso all'intervento, è possibile ipotizzare che questi non sia stato messo nelle condizioni di determinarsi autonomamente e affrontare consapevolmente il trattamento e le sue prevedibili e possibili conseguenze.

Tuttavia, **perché sia postulabile un danno risarcibile, occorre dimostrare che dalla violazione dell'obbligo informativo sia conseguito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale, diverso dalla lesione del diritto alla salute e di apprezzabile gravità, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni (si vedano Cass. n. 16633/2023, Cass. n. 26104/2022, Cass. n. 28985/2019**).

Tanto premesso, la motivazione di prime cure risulta pienamente rispettosa dell'esposto schema concettuale, non avendo l'attrice indicato, neppure genericamente, quali conseguenze siano derivate dalla negata possibilità di affrontare consapevolmente l'intervento di installazione del (...) par. 3. Sulla posizione delle assicuratrici (...) a questo punto esaminare la posizione delle compagnie assicurative appellate rispetto alla domanda di manleva articolata dall'Ente, in questa sede riproposta dall'A. appellante previo accertamento della nullità delle clausole claims made di tipo misto accluse alle polizze invocate.

Si impone, pertanto, una breve premessa giuridica.

Come è noto, è inquadrata nel modello claims made di tipo misto o impuro la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito, quanto la richiesta risarcitoria, intervengano

entro il periodo di efficacia del contratto o entro un diverso termine.

Rispetto a tale pattuizione, la giurisprudenza di legittimità è ormai unanime nell'escludere che la clausola possa qualificarsi come limitativa della responsabilità agli effetti dell'art. 1341 c.c. (Cass., Sez. Un., n. 9140/2016), o come immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., secondo comma (Cass., Sez. Un., n. 22437/2018). In particolare, quanto al secondo profilo, si è affermato che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole on claims made basis, caratterizzato dal predetto meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato, non incide sulla funzione assicurativa e, dunque, sulla causa astratta del contratto, che rimane volto a indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato.

Del resto, siffatto modello, già ampiamente diffuso nell'ambito del mercato assicurativo, ha trovato espresso riconoscimento legislativo (con particolare riferimento alla L. n. 24 del 2017, art. 11, e al D.L. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5, convertito con modificazioni in L. n. 148 del 2011, come novellato dalla L. n. 124 del 2017, art. 1, comma 26), divenendo, pertanto, legalmente tipico. Le citate disposizioni, infatti, prevedono un meccanismo legato non al tempo del verificarsi del fatto, secondo lo schema di cui all'art. 1917 c.c., bensì al tempo della denuncia del sinistro, estendendo l'operatività della garanzia anche a eventi anteriori alla conclusione del contratto.

Dalla collocazione del modello claims made nell'area della tipicità legale consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, trattandosi di valutazione, quest'ultima, che ha come presupposto l'atipicità del regolamento adottato. Piuttosto, si impone al giudice un giudizio di idoneità del regolamento contrattuale a realizzare la funzione pratica di assicurazione adeguata allo scopo, da compiersi con riferimento al rispetto dei "limiti imposti dalla legge" ai sensi dell'art. 1322 c.c., primo comma (in questi termini Cass., Sez. Un., n. 22437/2018 cit.), e rispetto alla quale la tutela invocabile dal contraente assicurato può agire sul solo piano della libera determinazione del contenuto contrattuale e della "causa concreta" del contratto, da intendersi quale sintesi degli interessi che il negozio è concretamente diretto a realizzare.

Tale indagine riguarda, anzitutto, la liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti, ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo altresì la fase precontrattuale, in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle claims made, e quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati. A tal fine, va dato massimo rilievo all'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, occorrendo accertare se vi sia stato un "arbitrario squilibrio giuridico" tra rischio assicurato e premio (Cass., Sez. Un., n. 22437/2018 cit.).

…Omissis…

P.Q.M.

La Corte di Appello di Napoli Nona Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dall'(...) e sull'appello incidentale proposto da (...) avverso la sentenza in epigrafe indicata, così provvede: - Rigetta entrambi gli appelli e, per l'effetto, conferma integralmente la sentenza appellata; - (...) integralmente compensate le spese del grado tra l'(...) (...) e (...) - (...) l'(...) (...), in persona del legale rappresentante p.t., alla rifusione delle spese processuali sostenute per il presente grado di appello dalle appellate (...) s.p.a., (...) e (...) s.p.a., liquidandole, per ciascuna, in Euro 7.160,00, oltre rimborso spese forfettarie in misura del 15% e accessori come per legge; - Dà atto della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13, co. 1quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, come modificato dalla L. n. 228 del 2012, a carico delle parti appellanti soccombenti (...) (...) e (...) per il pagamento di un ulteriore importo, a titolo di contributo unificato, pari a quello già versato per le presenti impugnazioni.

Così deciso in Napoli, il 2 aprile 2024.

Depositata in Cancelleria il 2 aprile 2024.

Azione diretta del paziente-danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa

TRIBUNALE di Locri, sentenza 18 aprile 2024; Giud. Andrizzi

Solo a partire dal 16 marzo 2024 è possibile applicare l'art. 12 L. n. 24 del 2017 e ammettere, così, l'azione diretta del paziente-danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa al fine di sentirla condannare al pagamento diretto, in forza della normativa speciale e quale diretta obbligata, del risarcimento dei danni subiti presso la struttura sanitaria assicurata. La natura processuale di tale norma implica, in virtù del principio tempus regit actum, la possibilità di applicare il disposto in esame ai fatti lesivi già realizzatesi al 16 marzo 2024 ma comunque a condizione che l'azione sia proposta successivamente a tale data.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

Par. 2. In via preliminare occorre affrontare l'eccezione di nullità dell'atto di citazione sollevata dall'A.D.R.C., nonché quella di carenza di legittimazione passiva proposta dall'assicurazione (...).
Par. 2.1 L'eccezione di nullità della citazione sollevata dall'A.D.R.C. deve essere rigettata. L'atto di citazione contiene tutti gli elementi di cui all'art. 163, nn. 3) e 4) c.p.c. (circostanze di tempo e di luogo, evento lesivo, conseguenti lesioni personali subite dall'attore, nonché voci di danno rivendicate) idonei a consentire il pieno esercizio del diritto di difesa delle parti convenute. Infatti, come più volte ribadito: "la nullità della citazione comminata dall'art. 164, quarto comma, cod. proc. civ. si produce solo quando "l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda", prescritta dal numero 4 dell'art. 163 cod. proc. civ., sia stata omessa o risulti assolutamente incerta, con valutazione da compiersi caso per caso, occorrendo tenere conto sia che l'identificazione della "causa petendi" della domanda va operata con riguardo all'insieme delle indicazioni contenute nell'atto di citazione e dei documenti ad esso allegati, sia che la nullità della citazione deriva dall'assoluta incertezza delle ragioni della domanda, risiedendo la sua "ratio" ispiratrice nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11751 del 15/05/2013).
Par. 2.2 Quanto all'eccezione di carenza di legittimazione passiva, va evidenziato che l'attrice ha inteso citare in giudizio la Compagnia assicurativa, quale assicurazione dell'azienda ospedaliera, per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'intervento chirurgico eseguito presso l'Ospedale di Locri, nonché per la mancata acquisizione del consenso informato in vista del suddetto intervento.

L'eccezione deve essere qualificata correttamente come carenza di legittimazione attiva e non passiva, in quanto la convenuta assicurazione lamenta la possibilità del danneggiato di agire nei confronti dell'assicurazione; quindi, pone in dubbio la sussistenza del diritto dell'attrice nei suoi confronti, così come prospettato dalla parte nell'atto introduttivo.
Ciò posto, giova evidenziare che la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che "**in tema di assicurazione della responsabilità civile, il danneggiato non può agire direttamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile del danno, salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge, atteso che egli è estraneo al rapporto tra il danneggiante e l'assicuratore dello stesso, né può trarre alcun utile vantaggio da una pronuncia che estenda all'assicuratore gli effetti della sentenza di accertamento della responsabilità, anche quando l'assicurato chieda all'assicuratore di pagare direttamente l'indennizzo al danneggiato, attenendo detta richiesta alla modalità di esecuzione della prestazione indennitaria; perciò, soltanto l'assicurato è legittimato ad agire nei confronti dell'assicuratore, e non anche il terzo danneggiato, nei confronti del quale l'assicuratore non è tenuto per vincolo contrattuale, né a titolo di responsabilità aquiliana**" (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 5259 del 25.02.2021, conf. Cass. civ. n. 9516/2007).
Orbene, nel caso in esame, **non si è in presenza di uno dei casi eccezionalmente previsti dalla legge, in quanto sebbene l'art. 12 della Legge G.-B. (L. n. 24 del 2017) preveda al primo comma che "Fatte salve le disposizioni dell'articolo 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10.", il sesto comma del medesimo articolo precisa che "Le disposizioni del presente articolo si applicano 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". Il decreto di cui al comma 6 dell'art. 10 citato, Decreto 15 dicembre 2023, n. 232 (Regolamento recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio e le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione, nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati) è stato pubblicato in G.U. n. 51 del giorno 01.03.2024 con entrata in vigore del Provv. il 16 marzo 2024.**

Ne consegue che solo a partire dal 16.03.2024 è possibile applicare l'art. 12 L. n. 24 del 2017 citato e ammettere l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa al fine di sentirla condannare al pagamento diretto, in forza della normativa speciale e quale diretta obbligata, del risarcimento dei danni subiti dal paziente presso la struttura sanitaria assicurata. Né a una diversa soluzione può giungersi operando un'irretroattiva applicazione del citato articolo 12 L. n. 24 del 2017, atteso che la natura processuale della norma implica, in virtù del principio tempus regit actum, la possibilità di applicare il disposto in esame ai fatti lesivi già realizzatesi al 16.03.2023 ma comunque a condizione che l'azione sia proposta successivamente a tale data. Del resto, non appare possibile ammettere l'azione diretta nei confronti dell'assicurazione prima dell'entrata in vigore del decreto ministeriale invocando la partecipazione della compagnia assicurativa nelle fasi di mediazione e di Atp conciliativa, poiché la partecipazione in tali ambiti trova un fondamento diverso rispetto al giudizio di merito. In ottica conciliativa, infatti, la partecipazione della compagnia assicurativa può offrire ulteriori elementi per la definizione bonaria della controversia, ove sebbene sia possibile pattuire che l'assicurazione versi direttamente l'indennizzo all'assicurato, ciò avviene in forza delle modalità di attuazione del pagamento nel rapporto tra assicurazione e assicurato, ai sensi dell'art. 1917 comma 2 c.c., e non in forza di un rapporto diretto tra danneggiato terzo e assicurazione.

Deve quindi concludersi che la domanda nei confronti dell'assicurazione è inammissibile per carenza di legittimazione attiva.

Par. 3. Passando al merito, la domanda dell'attrice nei confronti dell'A.D.R.C. è in parte fondata e deve essere accolta per quanto di ragione.

Come chiarito dalla Corte di legittimità in una recente pronuncia, "**Nell'ambito della responsabilità medico-chirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi: I) se ricorrono a) il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico, è risarcibile il solo danno alla salute del paziente, nella sua duplice componente relazionale e morale, conseguente alla non corretta esecuzione, inadempiente o colposa, della prestazione sanitaria; II) se ricorrono a) il dissenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria, è risarcibile sia, per intero, il danno, biologico e morale, da lesione del diritto alla salute, sia il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, cioè le conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, allegate e provate (anche per presunzioni); III) se ricorrono sia il dissenso presunto, sia il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), è risarcibile la sola violazione del diritto all'autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - dev'essere valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto; IV) se ricorre il consenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe comunque prestato il suo consenso) e non vi è alcun danno derivante dall'intervento, non è dovuto alcun risarcimento; V) se ricorrono il consenso presunto e il danno iatrogeno, ma non la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria (cioè, l'intervento è stato correttamente eseguito), il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, all'autodeterminazione è risarcibile qualora il paziente alleghi e provi che dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente. (Nella fattispecie, la S.C., in relazione ad un caso di asportazione di ernia discale con aggravamento della sintomatologia dolorosa causata da fibromi e aderenze cicatriziali, ha confermato la decisione di merito che, ravvisando un consenso presunto, aveva riconosciuto un risarcimento equitativo per la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente).**" (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 16633 del 12.06.2023).

Nella citata pronuncia, si evidenzia anche che la violazione degli obblighi informativi dovuti al paziente può essere dedotta sia in relazione eziologica rispetto all'evento di danno rappresentato dalla lesione del diritto alla salute, sia in relazione all'evento di danno rappresentato dalla violazione del diritto all'autodeterminazione, sia, contemporaneamente, in relazione ad entrambi.

Nel caso in esame, l'attrice lamenta sia il danno alla salute sia il danno all'autodeterminazione, ritenendo che non è stato acquisito il consenso informato, ma in modo autonomo, ovverosia non lamenta la lesione del diritto all'autodeterminazione in relazione eziologica con il danno alla salute.

Par. 3.1 **Costituisce ius receptum la risarcibilità del danno da lesione al diritto all'autodeterminazione, tuttavia, applicando le regole generali del riparto probatorio in materia di responsabilità, affinché possa esserci un risarcimento del danno è necessario che sia allegato e provato il fatto lesivo e il danno conseguenza. Quanto al fatto lesivo, occorre, infatti, allegare e provare, oltre alla violazione dell'obbligo informativo, anche che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento, ovvero che, pur nel caso in cui possa presumersi che questi avrebbe prestato il consenso (o in cui comunque non v'è prova del contrario, come nel caso di specie), egli non sia stato messo nelle condizioni di autonomamente determinarsi ed affrontarle consapevolmente (cfr. Cass. n. 7248 del 2018; Cass. n. 28895 del 2019). Tale prova, però, non costituisce ex se il fondamento del danno risarcibile. Quest'ultimo, invero, è predicabile se e solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure**

non patrimoniale (e, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni (cfr. ex multis Cass. 2854/2015; 24220/2015; 24074/2017; 16503/2017).

Orbene, nel caso in esame, è incontestato tra le parti, e quindi provato ai sensi dell'art. 115 c.p.c., che il consenso informato non è stato prestato dalla paziente.

L'attrice, tuttavia, si è limitata ad affermare che non è stato acquisito il consenso senza altro allegare, ovverosia senza dedurre e poi provare che nel caso in cui fosse stata informata dei rischi dell'intervento chirurgico avrebbe scelto di non sottoporvisi, né che, pur ammettendo che avrebbe scelto di sottoporsi all'intervento, stante la mancata informazione, non è stata messa nelle condizioni di autonomamente determinarsi ed affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento.

Nulla poi è stato allegato e provato in merito al danno conseguenza, avendo parte attrice solo concluso per la liquidazione del danno in esame in via equitativa. Tale carenza assertiva e probatoria non può essere colmata facendo riferimento alla liquidazione in via equitativa, trattandosi di un criterio che può essere adottato soltanto in ipotesi di impossibilità o di estrema difficoltà di provare l'ammontare dei danni (cfr. ex plurimis Cass. Sez. 3, Sentenza n. 9744 del 12.04.2023), danni che comunque devono essere prima allegati e provati, anche attraverso presunzioni.

Del resto, in mancanza di elementi contrari, considerando la patologia diagnostica e la necessità dell'intervento per la rimozione del "gozzo multinodulare", si può dedurre che anche ove informata dei rischi dell'intervento, e in particolare del rischio di disfonia e dispenia, la paziente avrebbe comunque dato il consenso a sottoporsi all'intervento chirurgico, con la conseguenza che in presenza di un danno alla salute e di un'accertata colpa dei sanitari, il danno risarcibile sarebbe solo quello alla salute, ricorrendo in tal caso l'ipotesi I considerata nella pronuncia della Corte di Cassazione del 2023 citata.

La domanda risarcitoria in relazione alla lesione all'autodeterminazione, pertanto, deve essere disattesa.

Par. 3.2 Passando all'esame del danno alla salute, appare opportuno evidenziare che costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello per cui **"l'ospedale risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, per fatto proprio, ex art. 1218 cod. civ., ove tali danni siano dipesi dall'inadeguatezza della struttura, ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 cod. civ., ove siano dipesi dalla colpa dei sanitari di cui l'ospedale si avvale" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1620 del 03.02.2012). La natura contrattuale del rapporto è stata, inoltre, riaffermata dal Legislatore che, all'art. 7 della L. n. 24 del 2017 (Legge B. - G.), ha previsto che "la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose"**.

Ciò posto, va detto che **è onere del creditore-danneggiato provare la fonte del suo credito ed il nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del professionista e il danno lamentato, mentre spetta alla struttura sanitaria dimostrare il suo esatto adempimento o in alternativa l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile (cfr. Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 5490 del 22.02.2023).**

L'attrice ha correttamente allegato e dimostrato l'esistenza del rapporto negoziale tra la stessa e la convenuta azienda ospedaliera. In particolare, l'esistenza del suddetto rapporto ha trovato conferma nella cartella clinica depositata in data 01.10.2021 unitamente all'atto di citazione, nonché, in forza dell'art. 115 c.p.c., nelle difese della convenuta che ha riconosciuto l'esistenza del rapporto, seppur contestando l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria.

L'attrice, inoltre, ha allegato il danno e offerto, quali prove dello stesso, i certificati medici delle visite successive all'intervento.

Quanto al nesso causale, l'attrice ha allegato di non aver mai sofferto di disfonia e dispenia e che due giorni dopo l'intervento, gli stessi sanitari dell'Ospedale di Locri hanno accertato e certificato a pag. 9 della cartella clinica l'insorgenza delle patologie dopo l'intervento. La prova del nesso causale, dunque, viene offerta attraverso l'indicazione temporale dell'insorgenza della patologia e quindi del danno nell'immediatezza dell'intervento.

Va ricordato, in merito, che "**in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile; tuttavia, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non"** (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 975 del 16/01/2009, conf. Sentenza n. 12516/2016 e Sentenza n. 24074/2017).

La consulenza tecnica d'ufficio ha affermato che si tratta di un intervento di routine, precisando che "la gestione del quadro patologico era da ritenersi routinaria e non presentava problemi tecnici di speciale difficoltà; l'atto chirurgico di "tiroidectomia totale", per una struttura di chirurgia generale e per un chirurgo generale, non rappresenta particolare complessità tecnica. Al riguardo delle condizioni della paziente non sono descritti elementi che avrebbero potuto rendere più difficoltosa l'esecuzione dell'intervento chirurgico" e ha riscontrato che "la sig.ra Si. risulta affetta da una paralisi totale della corda vocale dx che le procura disfonia e una dispnea da sforzo". Tale diagnosi è stata suffragata dalla documentazione medica prodotta dall'attrice.

Sulla base dei principi affermati dalla Cassazione la qualificazione dell'intervento come routinario e la constatazione del danno alla salute successivo, quale peggioramento delle condizioni fisiche della paziente, sarebbero già di per sé sufficienti a provare il nesso causale tra l'attività dei sanitari dell'Ospedale di Locri e il danno subito dall'attrice, secondo il criterio probabilistico. La sussistenza del nesso, invero, è ulteriormente avvalorata dalle considerazioni mediche effettuate dai consulenti tecnici

incaricati dal Tribunale, i quali, dopo un attento esame del diario clinico, hanno evidenziato che " In assenza di menzione del sintomo "disfonia" in epoca antecedente al descritto intervento chirurgico, si ritiene che tale sintomo sia insorto successivamente all'intervento di tiroidectomia e che debba essere messo in rapporto con la lesione iatrogena del nervo ricorrente destro; considerato il breve lasso di tempo tra l'intervento chirurgico e la comparsa del sintomo, la lesione del nervo ricorrente è imputabile ad incauta trazione o a lesione chirurgica nel corso dell'intervento stesso", aggiungendo che "Alla luce del riscontro in diario clinico in data 20/01/2010 della comparsa di disfonia non sono stati eseguiti né approfondimenti diagnostici né è stata prescritta alcuna terapia supplementare. Mancando i referti degli esami preoperatori come TC e scintigrafie e mancando il referto dell'esame istologico non si può stabilire la correttezza della diagnosi pre-operatoria. Dalla descrizione dell'intervento chirurgico di Tiroidectomia Totale riportato in cartella (...) non si ravvisano particolari difficoltà durante l'esecuzione dello stesso. Si evidenzia comunque l'assenza del neuromonitoraggio intra-operatorio dei nervi ricorrenti, che ne avrebbe potuto ridurre percentualmente le probabilità di lesione degli stessi". L'assenza del neuromonitoraggio intra-operatorio dei nervi ricorrenti, secondo quanto accertato dai consulenti, si discosta dalla buona pratica accreditata dalle Comunità scientifiche nazionali ed internazionali, per cui si deve ritenere sussistente una condotta colpevole dei sanitari dell'ospedale di Locri, sia per non essersi uniformati alle best practice e non aver eseguito il neuromonitoraggio intra-operatorio sia per non aver eseguito approfondimenti diagnostici a seguito della manifestazione della disfonia e per aver omesso la prescrizione di una terapia supplementare.

Tali conclusioni, basate sull'elaborato tecnico - meritevole di condivisione da parte del Tribunale, in quanto è stato redatto con rigore scientifico, sorretto da argomentazioni medico-legali (che si intendono integralmente richiamate e trascritte) convincenti e ragionevoli e non presenta contraddizioni logiche - non sono revocate in dubbio nemmeno dalle osservazioni del ctp della compagnia assicurativa, riprese nelle difese dall'A.D.R.C.. In merito, infatti, occorre evidenziare che appare esaustiva la risposta dei consulenti, i quali hanno riscontrato la mancanza in atti della prova degli assunti da cui è partito il ctp per concludere sull'assenza di malpractice nell'esecuzione dell'intervento chirurgico.

Va precisato, infine, che alcuna concausa è stata accertata in giudizio, atteso che la patologia di cui è affetta l'attrice è stata riscontrata solo dopo l'intervento, e nell'immediatezza dello stesso, e che la causa della malattia, per le motivazioni sopra riportate, deve essere ricondotta all'operato dei sanitari dell'Ospedale di Locri, mentre alcuna rilevanza hanno assunto, in termini causali, le visite e le terapie successive intraprese per porre rimedio al danno e intervenute, comunque, a distanza di tempo dall'insorgenza del danno accertato.

Quanto al danno conseguenza, i consulenti tecnici d'ufficio hanno concluso, in modo condivisibile dal Tribunale, affermando che "non si individuano periodi di inabilità temporanea assoluta o relativa per le lesioni per cui è causa; sono stati accertati esiti invalidanti, consistenti nella paralisi della corda vocale destra che configura una disfonia e provoca una condizione di dispnea; tali esiti comportano un danno alla salute (danno biologico), inteso in senso comprensivo non solo della lesione alla integrità psico-fisica della persona, ma anche del suo aspetto estetico, del suo normale relazionarsi con l'esterno, del suo stato di benessere in relazione alle consuete attività, pari al 10% (dieci per cento). Non sono stati prodotti giustificativi di spesa e non sono prevedibili, opportune o necessarie spese future".

Par. 4. Passando alla liquidazione del danno non patrimoniale, **ai sensi degli art. 3, comma 3, del D.L. n. 158 del 2012, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. riforma B.) e art. 7, comma 4, L. 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge G.-B.), poiché viene in rilievo un danno biologico cd. macropermanente, la liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico va fatto a norma dell'art. 138 del Codice delle Assicurazioni (D.Lgs. n. 209 del 2005). Pertanto, in mancanza dell'introduzione delle tabelle di liquidazione ministeriali a cui fa riferimento l'art. 138 del Codice delle assicurazioni, il danno non patrimoniale deve essere liquidato facendo riferimento al criterio equitativo e, in particolare, al fine di garantire l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale - e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. -, salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 12408 del 07/06/2011).**

Ciò precisato, va rilevato che le nuove tabelle di Milano, anche a seguito delle ultime pronunce della Suprema Corte (cfr.: Cass. Ordinanza n. 15733/2022; Cass. n. 8532/2020; Cass. n. 25164/2020), offrono una liquidazione distinta per il danno biologico (ora definito "danno biologico/dinamico-relazione) e per il danno morale/sofferenza soggettiva (ora denominato "danno da sofferenza soggettiva interiore"). Si deve infatti ricordare che "In tema di risarcimento del danno alla persona, nel procedere alla liquidazione del danno alla salute secondo le Tabelle di Milano, attesa l'autonoma rilevanza del danno morale rispetto al danno dinamico-relazionale, il giudice deve: 1) accertare l'esistenza, nel caso, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale e del danno morale; 2) in caso di positivo accertamento, determinare il quantum risarcitorio applicando integralmente le suddette tabelle, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno mediante indicazione di un valore monetario complessivo; 3) in caso di negativo accertamento (con esclusione della componente morale del danno), considerare la sola voce del danno biologico depurata dall'aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale; d) in caso di positivo accertamento dei presupposti per la cd. personalizzazione del danno, procedere all'aumento (fino al 30%) del valore del solo danno biologico depurato, analogamente a quanto indicato al precedente punto 3), dalla componente morale del danno inserita in tabella, ai sensi dell'art. 138, comma 3, c.ass." (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 7892 del 22.03.2024).

Considerato che Si.Te. al momento del sinistro aveva 68 anni, in base alle tabelle richiamate spettano all'attrice Euro 14.947,00 per danno biologico/dinamico relazionale per 10 punti di invalidità. Non sono state, infine, documentate le spese mediche.

In totale, pertanto, il danno subito da Si.Te. ammonta ad Euro 14.947,00, somma che appare idonea a ristorare integralmente

il danneggiato a titolo di danno non patrimoniale perché alcuna somma può essere riconosciuta a titolo di danno morale quale sofferenza, di natura interiore e non relazionale, conseguente all'evento dannoso e prodotta dalle lesioni subite e dalla durata delle cure alle quali l'attrice è stata sottoposta, atteso che nulla in tali termini è stato allegato né provato, nemmeno per presunzioni, da parte dell'attrice e perché quest'ultima non ha nemmeno allegato e provato specifiche circostanze da cui desumere che le lesioni riportate ed i postumi permanenti di invalidità residuati hanno inciso in modo peculiare, aggravandola, sulla sua precedente condizione "esistenziale".

Occorre, infatti, precisare che **in tema di danno non patrimoniale da lesione della salute, il danno biologico, rappresentato dall'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, è pregiudizio ontologicamente diverso dal cd. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute; esso, ordinariamente liquidato con il metodo c.d. tabellare in relazione a un "barème" medico legale che esprime in misura percentuale la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione presumibilmente riverbera sullo svolgimento delle attività comuni ad ogni persona, può essere incrementato in via di "personalizzazione" in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, tempestivamente allegate e provate dal danneggiato, le quali rendano il danno subito più grave rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti da lesioni personali dello stesso grado sofferte da persone della stessa età e condizione di salute** (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 27482 del 30.10.2018).

Il danno non patrimoniale, con particolare riferimento a quello cd. esistenziale, non può essere considerato "in re ipsa", ma deve essere provato secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., dovendo consistere nel radicale cambiamento di vita, nell'alterazione della personalità e nello sconvolgimento dell'esistenza del soggetto. Ne consegue che la relativa allegazione deve essere circostanziata e riferirsi a fatti specifici e precisi, non potendo risolversi in mere enunciazioni di carattere generico, astratto, eventuale ed ipotetico (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 28742 del 09.11.2018).

Facendo applicazione dei superiori principi, null'altro spetta all'attrice a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, in assenza di una specifica e puntuale allegazione (prima ancora che di prova) di pregiudizi inerenti all'aspetto interiore (cd. danno morale) e/o dinamico-relazione del danno sofferto, diverso e più intenso di una qualsiasi altra persona della sua età affetta dalla medesima invalidità.

Alla luce delle considerazioni svolte, la convenuta società ospedaliera va condannata al pagamento in favore di Si.Te. della somma di Euro 14.947,00.

Par. 5. In ordine alla richiesta di rivalutazione della somma riconosciuta all'attrice e di corresponsione degli interessi si osserva, quanto alla prima, che i danni sono stati liquidati all'attualità. Quanto, invece, agli interessi si rileva che **"il danno subito per la mancata corresponsione dell'equivalente pecuniario del bene danneggiato può essere liquidato in via equitativa, attraverso il ricorso agli interessi, non necessariamente determinati in misura corrispondente al saggio legale, da calcolarsi sulla somma corrispondente al valore del bene al momento dell'illecito via via rivalutata". In pratica, "qualora la liquidazione del danno da fatto illecito extracontrattuale sia effettuata "per equivalente", con riferimento, cioè, al valore del bene perduto dal danneggiato all'epoca del fatto illecito, e tale valore venga poi espresso in termini monetari che tengano conto della svalutazione intervenuta fino alla data della decisione definitiva, è dovuto al danneggiato anche il risarcimento del mancato guadagno, che questi provi essergli stato provocato dal ritardato pagamento della suddetta somma. Tale prova può essere offerta dalla parte e riconosciuta dal giudice mediante criteri presuntivi ed equitativi, quale l'attribuzione degli interessi, ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze obiettive e soggettive del caso; in siffatta ultima ipotesi, gli interessi non possono essere calcolati (dalla data dell'illecito) sulla somma liquidata per il capitale, definitivamente rivalutata, mentre è possibile determinarli con riferimento ai singoli momenti (da stabilirsi in concreto, secondo le circostanze del caso) con riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, in base ai prescelti indici di rivalutazione monetaria, ovvero in base ad un indice medio (così, per prima, Cass. Sez. Unite, 17 febbraio 1995, n. 1712)"**.

Tali principi si applicano anche alle obbligazioni risarcitorie derivanti da inadempimento contrattuale, vertendosi anche in questi casi nella liquidazione di debito di valore (Cass. 13225/2016; Cass. 5843/2010; Cass. 1335/2009).

Questo Tribunale ritiene equo, ai sensi del secondo comma dell'art. 2056 c.c., adottare, come criterio di risarcimento del pregiudizio da ritardato conseguimento delle somme dovute (cd. lucro cessante), quello degli interessi fissandone il tasso nella misura del 1,5 % (unovirgolacinquepercento) annuo, tenuto conto del graduale mutamento del potere di acquisto della moneta, atteso l'intervallo di tempo fra l'evento che ha determinato il danno, 18 gennaio 2010, ed il suo risarcimento (quattordici anni) e l'andamento medio dei tassi di impiego del denaro correnti nel periodo considerato.

Pertanto, gli interessi in oggetto devono calcolarsi dal momento del verificarsi del danno sull'importo sopra liquidato di Euro 14.947,00 svalutato all'epoca del sinistro, con l'applicazione del coefficiente ISTAT 1,291 dell'ultima rilevazione (marzo 2024) consultabile sul sito web dell'ISTAT (www.istat.it), ad Euro 11.577,85 e, quindi, su quest'ultima somma come progressivamente rivalutata, di anno in anno, ogni successivo 18 gennaio, secondo la variazione dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai ed impiegati accertata dall'I.S.T.A.T., fino alla data della presente decisione. Sull'importo finale come sopra riconosciuto, Euro 14.947,00 (che si converte in debito di valuta), maggiorata degli interessi compensativi maturati sino a tale data, saranno dovuti i normali interessi legali ex art. 1282 c.c..

Par. 6. Le spese di CTU, ferma restando la solidarietà passiva di tutte le parti nei confronti del consulente in base al decreto di liquidazione del 18 aprile 2024 (Cass., sez. II, sent. n. 28094 del 30.12.2009; Cass. sez. 6-3, ord. n. 23522/2014), si pongono nei rapporti interni tra le medesime a carico esclusivo della convenuta A., con il conseguente diritto dell'attrice di ripetere dalla predetta convenuta le somme eventualmente versate o che saranno versate al Ctu in forza del predetto decreto.

Par. 6.1 Le spese di lite vengono liquidate secondo i parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014 così come modificato dal D.M. n. 147 del 2022 e in vigore dal 23 ottobre 2022, per lo scaglione da Euro 5.200,01 a Euro 26.000,00 (individuato secondo il criterio del decisum), applicando i valori minimi, tenuto conto della ridotta attività istruttoria, che si è tradotta nell'espletamento della ctu, della difficoltà della causa, nonché

del valore della stessa e, in applicazione del principio della soccombenza, sono poste nel rapporto tra l'attrice e la compagnia assicurativa (...) a carico di Si.Te. e nel rapporto tra quest'ultima e l'A.D.R.C. a carico dell'ente sanitario.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa promossa da Si.Te. nei confronti dell'Azienda S.P.D.R.C. e dell'(...) S.p.A., ogni contraria e ulteriore istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

1. dichiara inammissibile per difetto di legittimazione attiva la domanda avanzata da Si.Te. nei confronti di (...) S.p.A.;
2. accoglie per quanto di ragione la domanda dell'attrice nei confronti della A.D.R.C. e dichiara quest'ultima inadempiente agli obblighi assunti nel rapporto contrattuale con l'attrice e, quindi, esclusiva responsabile dei danni patiti da Si.Te. a seguito dell'intervento chirurgico del 18 gennaio 2010;
3. condanna, per l'effetto, la A.S. al pagamento in favore dell'attrice della complessiva somma di Euro 14.947,00, oltre interessi compensativi nella misura del 1,5 % annuo dal momento dell'intervento, il 18 gennaio 2010, sul predetto importo svalutato a detta epoca e cioè su Euro 11.577,85, e su tale somma progressivamente rivalutata, di anno in anno, ogni successivo 18 gennaio, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, dal sinistro fino alla pubblicazione della presente sentenza, oltre interessi legali sulla somma come sopra riconosciuta di Euro 14.947,00, maggiorata degli interessi compensativi maturati, dalla data di pubblicazione sino al soddisfo;
4. condanna la A.S. al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi Euro 3.083,50, di cui Euro 545,00 per spese vive ed Euro 2.538,50 per compensi, oltre rimborso spese generali (15% sul compenso) ed accessori di legge se dovuti.
5. condanna Si.Te. al pagamento, in favore dell'(...) S.p.A. delle spese di lite, che si liquidano in Euro 2.538,50, oltre rimborso spese generali al 15% sul compenso, Iva e C.p.a. come per legge;
6. pone le spese di ctu, nel rapporto tra le parti, definitivamente a carico dell'A.S..

Così deciso in Locri, il 18 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 18 aprile 2024.

Prova del danno da perdita del rapporto parentale

TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 29 aprile 2024, n. 7290; Giud. Marcelli

Il danno da perdita del rapporto parentale consta di due diversi aspetti: ovvero il danno relativo alla sofferenza interiore patita per la perdita del proprio congiunto (danno morale) e quello subìto in termini dinamico relazionali (modifica in pejus delle precedenti abitudini di vita). Sia l'uno che l'altro aspetto vanno debitamente provati, anche se è possibile per il giudice far ricorso ad elementi presuntivi.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
…Omissis…

va in questa sede richiamato il principio secondo cui **in tema di responsabilità della struttura sanitaria, la deduzione di profili di colpa diversi e ulteriori rispetto a quelli originariamente allegati, fondati su circostanze emerse all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, non integra domanda nuova, poiché non determina alcun mutamento della causa petendi e dell'ambito dell'indagine processuale, non potendo attribuirsi portata preclusiva, in tal senso, alle specificazioni della condotta inizialmente operate dall'attore, il cui onere di allegazione dev'essere rapportato alle informazioni accessibili e alle cognizioni tecnico-scientifiche da lui esigibili, senza imporgli di enucleare specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conoscibili soltanto dagli esperti del settore**. (Cass. Sez. 3 - , Ordinanza n. 7074 del 15/03/2024). Quindi si ritiene doversi tener conto anche di tale secondo aspetto della vicenda.
A fronte delle osservazioni dei consulenti di parte convenuta in ordine alla correttezza della decisione relativa al trasferimento, i CTU hanno replicato che in un caso così complesso, in cui gli esami ecocardiografici, pur ponendo un sospetto di endocardite infettiva, non erano stati seguiti da indagini di secondo livello e adeguato approfondimento, il paziente doveva essere trattenuto in degenza presso la stessa Clinica C. al fine di completare il trattamento antibiotico per poi essere avviato subito dopo alla C., come da intervento programmato, anziché essere trasferito all'Ospedale di Tarquinia. Inoltre, detto trasferimento era sconsigliato anche in considerazione della spondilodiscite comparsa in corso di degenza, la cui causa andava verosimilmente ricondotta al distacco dalle vegetazioni formatesi sulla valvola aortica, di un embolo contenente batteri che sono giunti sino alla colonna vertebrale.
In conclusione il Tribunale ritiene fondata la domanda attorea sotto il profilo dell'inadempimento della struttura convenuta in relazione ai profili dianzi posti in evidenza.
Venendo quindi alla pretesa degli attori, essa viene formulata sia in qualità di eredi del congiunto (danno tanatologico e catastrofale), sia iure proprio (danno da perdita del rapporto parentale).

La pretesa risarcitoria esercitata iure hereditario va inquadrata nella responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che si instaura con l'accettazione del paziente in virtù del contratto di spedalità, in base al quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 L. n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle "lato sensu" alberghiere.
In questo caso il danneggiato deve fornire la prova del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente o che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (Cass. Civ. 18392/2017; n. 975/2009; n. 17143/2012; n. 21177/2015).
Quanto invece alla domanda risarcitoria a titolo di perdita del rapporto parentale, essa trova titolo nella responsabilità extracontrattuale, non intervenendo alcun contratto tra i congiunti della vittima e la struttura, sicché risulta onere della parte dimostrare la colpa, ossia la negligente e/o imperita conduzione dell'atto medico e/o chirurgico, siccome svolto in maniera non conforme alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, nonché il nesso eziologico tra la condotta colposa e le conseguenze dannose derivatene.
Ciò premesso, va anzitutto esclusa la risarcibilità del danno tanatologico.
La lesione dell'integrità fisica con esito letale (cd. danno tanatologico), intervenuto immediatamente o a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, non è configurabile quale danno biologico, dal momento che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento trasferibile agli eredi, non rilevando in contrario la mancanza di tutela privatistica del diritto alla vita (peraltro protetto con lo strumento della sanzione penale), attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere (Cass. Sentenza n. 6404 del 1998; n. 8970 del 1998; n. 12083 del 1998; n. 491 del 20/01/1999; n. 3760 del 19/02/2007).
Quanto al danno catastrofale o da lucida agonia, esso consiste in una sofferenza interiore dettata dalla coscienza dell'approssimarsi della fine (secondo varie possibili sfaccettature: paura della morte, agonia provocata dalle lesioni, dispiacere di lasciar sole le persone care; incertezza in merito alla sorte dei propri familiari ecc.) e implica, per sua natura, la consapevolezza della propria condizione da parte della vittima. Nel caso di specie, tuttavia, tale tipologia di pregiudizio è stata solo allegata, ma non dimostrata. D'altra parte non è stato nemmeno specificato dagli attori quando il loro congiunto avrebbe

maturato la consapevolezza dell'approssimarsi della fine della propria vita, sicché anche questa voce di danno deve essere disattesa.

Analogo discorso deve farsi avuto riguardo all'asserito danno patrimoniale che sarebbe scaturito dal decesso del de cuius, che avrebbe causato la cessazione dell'attività dell'azienda agricola esercitata. In realtà gli attori si sono limitati a produrre delle dichiarazioni dei redditi del loro congiunto, senza fornire alcun elemento di prova in ordine al fatto che l'attività imprenditoriale sia cessata e che tale cessazione sia stata dovuta al fatto che la figura del loro caro fosse all'interno di essa indispensabile. Dunque nulla può essere riconosciuto a titolo di danno patrimoniale a questo titolo.

Quanto al danno parentale.

È ormai consolidato il riconoscimento del danno non patrimoniale derivante dalla perdita del rapporto parentale in favore dei congiunti di persona che in conseguenza di un fatto illecito abbia subìto gravi lesioni o sia deceduta, costituendo dato di comune esperienza che eventi di siffatta portata incidano sul diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e sulla reciproca solidarietà familiare. Quanto ai soggetti legittimati, devono considerarsi senz'altro aventi diritto al risarcimento i componenti della cd. famiglia nucleare (coniuge, figli, genitori, fratelli) mentre avuto riguardo ai parenti meno stretti (nonni, nipoti, zii, cugini, suocero e nuora, cognati), occorre fornire la prova della qualità e intensità del rapporto affettivo e quindi della perdita che la lesione o il decesso hanno comportato in termini di sostegno morale.

Giova peraltro sottolineare che **il danno da perdita del rapporto parentale consta di due diversi aspetti: ovvero il danno relativo alla sofferenza interiore patita per la perdita del proprio congiunto (danno morale) e quello subìto in termini dinamico relazionali (modifica in pejus delle precedenti abitudini di vita). Sia l'uno che l'altro aspetto vanno debitamente provati, anche se è possibile per il giudice far ricorso ad elementi presuntivi**.

Ha infatti affermato la S.C. che **in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, in assenza di lesione alla salute, ogni "vulnus" arrecato ad altro valore costituzionalmente tutelato va valutato ed accertato, all'esito di compiuta istruttoria, in assenza di qualsiasi automatismo, sotto il duplice aspetto risarcibile sia della sofferenza morale che della privazione, ovvero diminuzione o modificazione delle attività dinamico-relazionali precedentemente esplicate dal danneggiato, cui va attribuita una somma che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito sotto entrambi i profili, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche** (Cass. Ord. n. 23469/2018).

In particolare, **il giudice è tenuto a verificare, in base alle evidenze probatorie acquisite, se sussistano uno o entrambi i profili di cui si compone l'unitario danno non patrimoniale subito dal prossimo congiunto e, cioè, l'interiore sofferenza morale soggettiva e quella riflessa sul piano dinamico-relazionale, nonché ad apprezzare la gravità ed effettiva entità del danno in considerazione dei concreti rapporti col congiunto, anche ricorrendo ad elementi presuntivi quali la maggiore o minore prossimità del legame parentale, la qualità dei legami affettivi (anche se al di fuori di una configurazione formale), la sopravvivenza di altri congiunti, la convivenza o meno col danneggiato, l'età delle parti ed ogni altra circostanza del caso** (Cass. Sent. n. 28989/2019).

Trattasi di danno che trova collocazione nella previsione dell'art. 2059 c.c. e che, sfuggendo ad una valutazione economica vera e propria, deve essere liquidato in via equitativa ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c., facendo ricorso ai criteri enucleati nelle tabelle del Tribunale di Roma, aggiornate al 2023, predisposte per evitare disparità di pronunce all'interno dell'ufficio giudiziario. Tali tabelle prevedono un sistema di attribuzione di un punteggio numerico che varia in ragione della presumibile entità del danno, sulla base di cinque parametri di riferimento, ovvero la relazione di parentela con il de cuius (dovendo presumersi che il danno sarà tanto maggiore quanto più stretto è tale rapporto), l'età della vittima e l'età del congiunto (il danno sarà tanto maggiore quanto minore è l'età di vittima e congiunto, siccome il pregiudizio è destinato a protrarsi per un tempo maggiore), l'eventuale convivenza e la composizione del nucleo familiare. Si è dunque ritenuto di fare ricorso ad un sistema di calcolo non fondato su un'entità risarcitoria di base da variare in più o in meno, ma sul modello "a punto", vale a dire attribuendo un certo numero di punti per ciascuno dei parametri di riferimento sopra considerati e moltiplicando il punteggio finale per una somma di denaro (valore del punto) che costituisce il valore ideale di ogni punto di danno non patrimoniale. Per adeguare ulteriormente l'entità risarcitoria alla fattispecie concreta si è inoltre prevista la possibilità di applicare una riduzione (dal 2011 fino alla metà del punteggio complessivo) in caso di assenza di convivenza con la vittima, anche allo scopo di diversificare la posizione dei non conviventi.

Il valore a punto (da moltiplicarsi, come si è detto, per un'entità numerica variabile a seconda dei cinque parametri sopra menzionati), è convenzionalmente stabilita nella tabella elaborata nell'anno 2023, in via equitativa, sulla base della media di un campione di decisioni adottate dal Tribunale di Roma, nell'importo di Euro 11.356,15.

… *Omissis*…

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando sulla domanda come sopra proposta, ogni diversa istanza, eccezione o deduzione disattese, così provvede:

- accerta e dichiara che la responsabilità del decesso del sig. L.A. è ascrivibile ad errore iatrogeno del personale sanitario della Fondazione P.U. A.G. e per l'effetto condanna la struttura convenuta al pagamento, in favore degli attori, del danno parentale subìto come segue:
- in favore di M.L.B. la somma complessiva di Euro 312.294,00;
- in favore di C.L. la somma complessiva di Euro 227.123,00; il tutto oltre interessi come da parte motiva;
- rigetta per il resto le ulteriori domande proposte;
- condanna la convenuta a rifondere agli attori le spese del presente grado di giudizio che liquida, in applicazione del D.M. n. 55 del 2014, in Euro 18.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali (15%), IVA e Cassa.

Così deciso in Roma, il 29 aprile 2024.

Depositata in Cancelleria il 29 aprile 2024.

Responsabilità contrattuale del sanitario e riparto dell'onere della prova

TRIBUNALE di Cosenza, sezione II, sentenza 29 aprile 2024, n. 965; Giud. Grossi

In tema di responsabilità sanitaria, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… *Omissis*…

2. Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità della domanda diretta svolta dall'attrice nei confronti della compagnia assicuratrice dell'A.O. convenuta.

È vero, infatti, che la L. n. 24 del 2017 stabilisce che il tentativo di conciliazione della lite (tramite il procedimento per accertamento tecnico preventivo oppure quello di mediazione) è obbligatorio per tutte le parti coinvolte, comprese le compagnie assicurative dei presunti danneggianti, le eguali - secondo il disposto della citata legge - sono "obbligate" a parteciparvi. E altrettanto vero, però, che questa legge, allorquando disciplina l'azione diretta del danneggiato nei confronti delle compagnie assicurative, stabilisce espressamente che rimane salvo quanto previsto dall'articolo relativo all'accertamento tecnico preventivo e quindi che la partecipazione delle compagnie assicurative a detto procedimento conciliativo non può essere subordinata alle condizioni previste per l'esercizio dell'azione diretta nel merito. Ciò in quanto l'art. 12 della L. n. 24 del 2017, ovvero la norma che introduce l'azione diretta nei confronti delle assicurazioni, prevede al comma 4 le condizioni per la sua operatività (cioè l'emissione di appositi decreti ministeriali, non emanati al momento della notifica del ricorso introduttivo ad (...), prevedenti i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e i sanitari). La recente entrata in vigore del D.M. n. 232 del 2023 (pubblicato nella G.U. 1 marzo 2024, n. 51) non vale a superare l'eccezione di inammissibilità della domanda sollevata dalla compagnia assicuratrice, non solo perché al momento della sua introduzione l'azione diretta non poteva proporsi, ma anche perché l'art. 18 del D.M. n. 232 del 2023 recante le "norme transitorie e di rinvio", stabilisce al comma 2 che "Entro 24 mesi dall'entrata in vigore del presente decreto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, comma 8, gli assicuratoli adeguano i contratti di assicuratone in conformità ai requisiti minimi di cui al presente decreto nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia con la conseguenza che l'azione diretta non può ritenersi operante fino all'adeguamento dei contratti di assicurazione entro il termine di 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto.

D'altra parte, in assenza di una disposizione che al momento dell'introduzione della domanda prevedesse l'azione diretta della presunta danneggiata nei confronti della compagnia assicuratrice dell'A.O., la domanda svolta nei confronti di quest'ultima non può che essere rigettata: ciò in quanto il rapporto giuridico che lega le compagnie di assicurazione e i loro assicurati è autonomo rispetto a quello che lega il paziente alla struttura sanitaria e/o al sanitario.

Pertanto, il danneggiato non può ingerirsi in tale rapporto tra il presunto danneggiante e la sua assicurazione, anche in base al principio di relatività degli effetti del contratto (che produce effetti solo tra le parti). In altri termini, il danneggiato non può invocare a proprio favore, al fine di esercitare un'autonoma azione giudiziaria, le clausole di un contratto che regola i rapporti tra altre parti (cfr. tribunale Pavia, sez. III, ord. 19 febbraio 2022).

Ne discende che la domanda risarcitoria diretta proposta dall'attrice nei confronti di (...) (...) deve essere dichiarata inammissibile.

3. Va poi esaminata l'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata dalla dott.ssa (...).

L'art. 8 della L. n. 24 del 2017 stabilisce che "1. Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente, 2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28".

Il ricorso introduttivo del presente giudizio è stato indubbiamente preceduto dall'esperimento del giudizio di accertamento tecnico preventivo iscritto al n. 2265/2018 R.G. Al procedimento così instaurato non ha però preso parte la dott.ssa (...) per come si evince dalle osservazioni alla bozza di c.t.u. depositata da parte attrice, in cui si legge che il ricorso è stato proposto nei confronti dell'A.O. (...) della sua compagnia assicuratrice.

(...) e dei dottori (...) e (...) quest'ultima dipendente dell'A.O. di (...) pari della dott.ssa (...). L'eccezione di improcedibilità da quest'ultima sollevata non è stata, peraltro, contestata da parte attrice che non ha fornito la prova dell'esperimento del ricorso per accertamento tecnico preventivo anche nei confronti della dott.ssa (...).

Per completezza si osserva che nei confronti della convenuta non risulta proposta nemmeno l'istanza di mediazione, avanzata dall'attrice nei soli riguardi dell'A.O. di (...) e dell'A.S.P. di (...) per come si evince dal verbale negativo datato 6/2/2018, prot n. (...), allegato al ricorso introduttivo.

Per tali ragioni la domanda spiegata nei confronti della dott.ssa (...) è allo stato improcedibile e, ai sensi dell'art. 8, comma 2, ultimo periodo, va assegnato a parte attrice il

termine di giorni quindici per la presentazione del tentativo obbligatorio di mediazione.

4. La rilevata improcedibilità dell'azione proposta nei confronti della convenuta dott.ssa (...) non impedisce al tribunale di esaminare la fondatezza della domanda di garanzia da lei proposta nei confronti di Un simile esame è necessario in considerazione del fatto che, pur avendo la convenuta rinunciato con la prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c. (richiamata in comparsa conclusionale) alla domanda di garanzia nei confronti di (...), mantenendola esclusivamente nei confronti di , aderendo alle eccezioni preliminari sollevate dalla compagnia assicuratrice, quest'ultima non solo non ha accettato la rinuncia, ma ha addirittura insistito, anche in comparsa conclusionale, per la condanna della chiamante al pagamento delle spese di lite. Ciò posto, alla luce della documentazione in atti, la domanda di garanzia proposta nei confronti di (...) va rigettata, tenuto conto che l'oggetto dell'assicurazione riguarda esclusivamente l'eventuale responsabilità derivante agli assicurati per aventi a loro addebitabili, con sentenza passata in giudicato, a titolo di colpa grave e sempre che derivino dall'azione di rivalsa esperita dall'impresa di assicurazione ai sensi delle condizioni di assicurazione della polizza aziendale oppure di quella esperita direttamente dall'azienda di appartenenza e/o dalla pubblica amministrazione in genere nei casi previsti dalla legge, limitatamente ai sinistri da questa pagati. Non ricorrendo nel caso di specie alcuna delle ipotesi riconducibili all'oggetto dell'assicurazione la garanzia assicurativa è inoperante nel caso di specie, anche a prescindere dalla circostanza, pur rilevabile dalla mera lettura dell'art. 6, secondo comma, delle condizioni generali di assicurazione, che trattasi di garanzia assicurativa operante a secondo rischio per la sola ipotesi di eventuale incapienza dei massimali previsti dalle altre assicurazioni di cui l'assicurato possa beneficiare.

5. Passando all'esame delle eccezioni di prescrizione sollevate dai convenuti, occorre indagare sulla natura della responsabilità astrattamente attribuibile all'A.O. e ai sanitari convenuti.

Al riguardo **il tribunale ritiene che nel presente giudizio non possa trovare applicazione la disciplina sostanziale dettata dal di n. 158/2012, convertito con modificazioni nella L. n. 189 del 2012 (c.d. legge Balduzzi), né quella dettata dalla successiva L. n. 24 del 2017 (c.d. legge GelliBianco) perché gli interventi chirurgici e le prestazioni sanitarie a causa dei quali l'attrice, secondo la sua prospettazione, avrebbe riportato i danni lamentati, sono stati eseguiti fra il 19/5/2012 e l'8/7/2012 e, quindi, prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 158 del 2012 avvenuta il 13/9/2012 e, a maggior ragione, della L. n. 24 del 2017. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, da cui non vi sono ragioni per discostarsi, in quanto conforme ai principi generali sull'efficacia nella legge nel tempo stabiliti dall'art. 11 delle preleggi, in tema di responsabilità sanitaria le norme poste dall'art. 3, comma 1, del di. n. 158/2012 e dall'art. 7, comma 3, della L. n. 24 del 2017 non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore (cfr. cass. n. 28994/2019; cass. n. 28881/2019).**

Ne discende che, secondo il diritto vivente vigente all'epoca dei fatti, anche la responsabilità dei medici convenuti deve essere qualificata come contrattuale, in quanto derivante dal "contatto sociale" tra medico e paziente, che anche nell'ambito ospedaliero, pubblico o privato, non si configura quale rapporto paritario, tra soggetti portatori di analoghi obblighi e diritti, bensì quale situazione di affidamento del paziente alla posizione di protezione del medico, soggetto esercente un servizio di pubblica necessità (art. 359 n. 1 c.p.) a tutela di un bene di elevato rango costituzionale (art. 32 Cost). Alla qualificazione della responsabilità dei medici convenuti come contrattuale consegue che il termine di prescrizione applicabile al caso di specie è di natura decennale.

Da qui il rigetto dell'eccezione dal momento che, al momento della introduzione del presente giudizio e comunque al momento della proposizione del ricorso per accertamento tecnico preventivo, il termine decennale di prescrizione non era ancora spirato.

6. Può ora passarsi ad esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione passiva avanzata dal convenuto dott. (...).

L'eccezione è fondata.

E invero, l'attribuzione ai sanitari di una responsabilità di tipo contrattuale per le ragioni spiegate nel precedente punto non esclude l'onere dell'attrice di allegare, oltre all'inadempimento, anche la sussistenza del nesso di causalità fra i lamentati danni e la condotta tenuta dai sanitari. Per costante insegnamento della corte di cassazione in tema di distribuzione fra le parti dell'onere della prova **in tema di responsabilità sanitaria, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione** (cfr. cass. n. 28991/2019).

Nel caso di specie, l'attrice non ha in alcun modo chiarito per quale ragione il (...) dovrebbe rispondere per i danni da lei asseritamente subiti. È certo e documentato che il dott. (...) non ha partecipato all'esecuzione di alcuno degli interventi chirurgici subiti dalla (...), né l'ha mai visitata. Il fatto che all'epoca dei fatti il medico fosse direttore dell'U.O.C. di Ginecologia e Ostetricia non è sufficiente ad imputargli la responsabilità per l'esecuzione asseritamente erronea degli interventi del 21/5/2012 e del 20/6/2012 e/o della omessa tempestiva diagnosi della fistola vescico-vaginale, in assenza di allegazione, ancor prima che di prova, della violazione da parte sua dei doveri connessi al proprio ufficio di primario ospedaliero.

7. Va rigettata anche la domanda proposta nei confronti del dott. (...) che ha partecipato all'esecuzione degli interventi del 21/5/2012 e del 20/6/2012, rispettivamente nella qualità di primo operatore e di secondo operatore.

E invero, contrariamente a quanto dedotto dalla (...) nel ricorso introduttivo del presente giudizio, i due consulenti nominanti nell'ambito del giudizio di a.t.p. hanno escluso la ricorrenza di errori da parte dei medici che hanno eseguito i due interventi chirurgici.

In particolare, con riguardo all'intervento di laparoisterectomia e di annessiectomia totale eseguito il 21/5/2012 i due consulenti lo hanno ritenuto idoneo al trattamento della menometrorragia recidivante da cui la Romano era affetta. Quanto alla lamentata erronea asportazione di entrambe le ovaie, il c.t.u. dott. (...) ha specificato che "per quanto riguarda l'asportazione delle ovaie, condizione prevista e sottoscritta dalla paziente nel

consenso informato, si fa presente che la prassi medica è di valutare se, aperto l'addome, le ovaie pimentino delle irregolarità che possano esporre la paziente ad un nuovo intervento chirurgico, per cui, informata la stessa di questa eventualità, l'operatore decide se rimuovere o lasciare in sede le ovaie, condizione, questa, rivelatasi indispensabile nel coso del trattamento chirurgico". Ha ulteriormente affermato che la procedura tecnica dell'intervento di laparoisterectomia con annessiectomia bilaterale è risultata "in linea con una corretta pratica medica". Ha ulteriormente escluso che durante il primo intervento si sia verificata una perforazione della parete vescicale, specificando, a sostegno di tale affermazione che "la perorazione è un danno diretto per cui la fistola vescico-vaginale si forma nell'immediato, cioè la perdita di urine si manifesta nel primo giorno, essendo la produzione di mina continua, mentre nel caso in esame in cui l'intervento è stato eseguito il 21/5/2012, la fuoriuscita di urine dalla vagina si è manifestata il 2/6/2012 cioè 12/13 giorni dopo l'intervento, ha causa più probabile è che durante la conetta procedura di scollamento della plica vescico-vaginale si sono verificate quelle condizioni, previste nel consenso informato, determinate dalla denegazione dell'area interessata dallo scollamento e dalla chiusura dei vasi che irrorano la parete vescicale, queste evenienze anche se rare possono manifestarsi causando a distanza di tempo dall'intervento le condizioni per il formarsi della fistola vescico-vaginale" Il consulente ha aggiunto che la devascolarizzazione e la denervazione determinata dallo scollamento della plica vescico-vaginale è eventualità che può verificarsi solamente nell'1% dei casi sottoposti laparoisterectomia.

Nessuno dei due consulenti ha, peraltro, rilevato criticità nell'esecuzione del secondo intervento di rimozione della fistola vescico-vaginale, pure eseguito dal dott. (...), limitandosi a rilevare che tale secondo intervento avrebbe potuto evitarsi se in occasione dell'accesso della paziente al Pronto Soccorso dell'A.O. (...) in data 30/5/2012 lo specialista ginecologo di turno e, in particolare, la dott.ssa (...) avesse eseguito un esame ecografico ginecologico per stabilire le cause del malessere della paziente, ovvero un'alterazione della parete vescicale, "lesione che era in essere e che si è manifestata due giorni dopo in fistola vescico-vaginale " Il dott. T. ha proseguito specificando che se lo specialista ginecologo non si fosse limitato a prescrivere una terapia antibiotica, ma avesse eseguito un esame ecografico, avrebbe sicuramente evidenziato "l'assottigliamento o magione della parete vescicale, pre-causa della formazione fistolosa e quindi una alterazione della parete in tal caso "l'applicazione di un catetere a permanenza avrebbe potuto evitare il formarsi del tragitto fistoloso vescico-vaginale e quindi il secondo intervento di fistuletomia vescico-vaginale secondo O.C.".

Le conclusioni cui sono pervenuti i cc.tt.uu., benché non opponibili alla dott.ssa (...) nella parte in cui ne individuano un profilo di responsabilità per omessa diagnosi dell'assottigliamento o erniazione della parete vescicale, consentono sicuramente di escludere la responsabilità del dott. (...), rispetto al cui operato nell'ambito dei due interventi chirurgici del 21/5/2012 e del 20/6/2012 i cc.ttuu. non hanno rilevato alcuna criticità.

8. Il rigetto delle domande proposte nei confronti del dott. (...) e del dott. (...) esime il tribunale dall'esame della domanda da loro proposta in via trasversale nei confronti dell'A.O. di Cosenza e delle eccezioni sollevate dalle rispettive compagnie assicuratrici da loro chiamate in causa per essere tenuti indenni per l'ipotesi di condanna.

9. L'accertamento del nesso di causalità fra la condotta imputata alla dott.ssa (...), per essa, all'A.O. di Cosenza e i danni lamentati richiede, invece, ulteriori approfondimenti istruttori tenuto conto che alla dott.ssa (...) non è opponibile la relazione di ctu depositata nell'ambito del giudizio di a.t.p. al quale è rimasta estranea e comunque alla luce delle osservazioni formulate dal suo c.t.p. nel presente giudizio. Tanto impone la rimessione della causa sul ruolo, anche al fine di consentire all'attrice di esperire nei suoi confronti il tentativo obbligatorio di mediazione.

10. Quanto al regolamento delle spese della causa promossa dall'attrice nei confronti dei convenuti (...) dott. (...), e dott. (...) definitivamente decisa con la presente sentenza, le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo sulla base dei valori medi di cui alla tabella n. 2 allegata al D.M. n. 55 del 2014, per lo scaglione corrispondente al valore della presente causa, da ritenersi ricompreso nello scaglione da Euro 52.000,00 ad Euro 260.000,00 dovendosi fare riferimento, stante il rigetto della domanda attorea, al (...) disputatimi e cioè al valore della domanda per come dichiarato nell'atto introduttivo (cfr. cass., sez. un., n. 19014/2007). I valori medi sono diminuiti fino al 50% per le fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisionale, in ragione del grado di difficoltà della controversia.

Nei rapporti fra il dott. (...) e la dott.ssa (...) e (...) s.p.a. da loro chiamata in causa, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite relative alla domanda di garanzia, tenuto conto, relativamente alla posizione del dott. (...), che le difese sono state in buona sostanza relative alla domanda principale, che è stata rigettata nei suoi confronti, e valorizzando con riguardo alla posizione della dott.ssa (...), la condotta processuale da questa tenuta e concretizzatasi nell'immediata rinuncia alla domanda di garanzia inizialmente formulata sulla base di un'interpretazione non peregrina delle condizioni di polizza. Le spese di lite vanno compensate anche nei rapporti fra il dott. (...) e la compagnia assicuratrice stante il rigetto della domanda principale proposta dall'attrice nei confronti del medico assicurato.

P.Q.M.

Il tribunale di Cosenza, previa separazione delle cause ai sensi degli artt. 279, comma II, n. 5) e 103 c.p.c., definitivamente pronunciando sulle sole domanda proposte dall'attrice nei confronti dei convenuti (...), dott. (...) e dott. (...) e sulle domande di garanzia proposte da questi ultimi nei confronti delle rispettive compagnie assicuratrici e dalla dott.ssa (...) nei confronti di (...) S.p.a., ogni contraria istanza, eccezione e difesa respinte:

- dichiara inammissibile la domanda proposta dall'attrice nei confronti di (...);
- rigetta la domanda proposta dall'attrice nei confronti del dott. (...) e del dott. (...);
- rigetta la domanda di manleva proposta dalla dott.ssa (...) nei confronti di (...);
- condanna (...) o al pagamento in favore di (...) delle spese relative al presente giudizio che liquida nella somma complessiva di Euro 7.052,00, oltre a rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge;
- condanna (...) al pagamento in favore dei dottori e (...) e (...) delle spese relative al presente giudizio che liquida nella somma complessiva di Euro 7.052,00, oltre a rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge;
- compensa le spese di lite fra il dott. (...) e (...);
- compensa le spese di lite fra il dott. (...) e (...);
- compensa le spese di lite fra la dott.ssa (...) e (...);

- dispone come da distinta ordinanza quanto alla prosecuzione del giudizio fra gli attori e l'A.O. (...), la dott.ssa (...) e la compagnia assicuratrice (...) da questa chiamata in causa.
Così deciso in Cosenza, il 26 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 29 aprile 2024.

Malpractice medica, limiti alla competenza del foro del consumatore

TRIBUNALE di Bari, sezione III, sentenza 2 maggio 2024, n. 2070; Giud. Sforza

La possibilità di attrarre alla competenza del foro del consumatore le prestazioni rese in ambito sanitario nel contesto strutturale del servizio pubblico, deve ritenersi limitata ai soli casi in cui tra l'utente e la struttura sanitaria del S.S.N. (o convenzionata) sia intercorso un vero e proprio contratto avente ad oggetto una prestazione esulante dalle procedure del sistema sanitario nazionale, con addebito all'utente dei costi (non già delle sole prestazioni accessorie di supporto alberghiero) delle procedure sanitarie e delle prestazioni rese dai medici della struttura.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
…. Omissis…

Preliminarmente, al fine di qualificare la natura giuridica della responsabilità del soggetto evocato in giudizio, ribadito l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di legittimità più recente secondo cui "**In tema di responsabilità sanitaria, le norme poste dagli artt. 3, comma 1, del D.L. n. 158 del 2012, convertito dalla L. n. 189 del 2012, e dall'art. 7, comma 3, della L. n. 24 del 2017, non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore**" (cfr. Cass. civ., sez. 3, 11.11.2019, n. 28994, in cui si sottolinea che la pretesa retroattività di tali disposizioni "verrebbe ad interferire comunque con il potere ordinariamente riservato al giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, venendo così inammissibilmente ad incidere, seppur indirettamente, sui 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 dirompenti conseguenze sul ripartodell'onere della 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 gennaio 2013 ed al primo aprile 2017"; in senso conforme, Cass. civ., sez. 3, 8.11.2019, n. 28811), deve, dunque, escludersi che possa trovare applicazione alla fattispecie in esame sia la disciplina di cui al c.d. decreto Balduzzi, L. n. 189 del 2012 sia la normativa di cui alla c.d. Legge Gelli-Bianco n. 24/2017, siccome sopravvenute rispetto ai dedotti interventi chirurgici eseguiti il 10.02.2009 e il 27.10.2009.
Si ritiene, dunque, di dover applicare l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità ratione temporis vigente, secondo la quale **la responsabilità del medico, vuoi su richiesta diretta del paziente, vuoi per intermediazione della struttura sanitaria, ha carattere negoziale-contrattuale e non aquiliano; è noto, infatti, che l'orientamento prevalente della Suprema Corte ha costantemente inquadrato l'obbligazione del medico dipendente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", come avente natura contrattuale** (cfr. Cass. civ., n. 589/1999; Cass. civ., 19564/2004; Cass. civ., n. 9085/2006; Cass. civ., 24791/2008).
A sua volta, anche la responsabilità della struttura sanitaria, ente pubblico ospedaliero o casa di cura privata - essendo sostanzialmente equivalenti gli obblighi di prestazione di tali due tipi di strutture in favore del fruitore di tali servizi - viene solitamente inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta pur sempre la conclusione di un contratto (cfr. Cass. civ., 1.09.1999, n. 9198; Cass. civ., 11.03.2002, n. 3492; Cass. civ., 14.07.2003, n. 11001; Cass. civ., 21.07.2003, n. 11316; Cass. civ. 4.03.2004, n. 4400; Cass. civ., 23.09.2004, n. 19133; Cass. civ., 3.02.2012, n. 1620; Cass. civ., 20.03.2015, n. 5590).
In particolare, **il rapporto che si instaura tra paziente e la struttura sanitaria, ente ospedaliero o clinica privata, trova la sua fonte nel contratto atipico c.d. di spedalità, concluso tra le parti per facta concludentia, ossia mediante la mera accettazione del malato presso la struttura. Si tratta di un contratto atipico a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal S.S.N. o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente ospedaliero), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della struttura nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale**.
In argomento, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la nota sentenza n. 577/2008, hanno ribadito che **l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere** (in tal senso già, Cass. civ., n. 8826/2007).
In altri termini**, tanto il rapporto fra paziente e medico quanto quello tra paziente e struttura sanitaria, pubblica**

o privata che sia, sono regolati dalla disciplina delle obbligazioni contrattuali, in forza del "contatto sociale" che si instaura tra tali soggetti, generando un obbligo di protezione dei primi nei confronti e a carico dei secondi (cfr. Cass. civ., n. 1698/2006; Cass. civ.., n. 12362/2006, cit.; Cass. civ., n. 3492/2002); con ogni conseguenza, in entrambi i casi, in punto di prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c. (Cass. 12 marzo 2013, n. 60931; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904).

Qualificato il contratto intercorrente tra paziente e struttura sanitaria come contratto atipico di spedalità o di assistenza, a contenuto complesso ed eterogeneo, ricomprendente non solo la prestazione "personale ed intellettuale" del medico, bensì anche prestazioni ulteriori, quali per esempio l'alloggio, la ristorazione, i servizi infermieristici, la custodia e la sicurezza dei pazienti, la disponibilità delle attrezzature, ecc., si è posto in giurisprudenza l'ulteriore quesito di individuare la disciplina applicabile a ciascuna delle prestazioni ad esso afferenti.

Al riguardo deve sottolinearsi che, ad un iniziale orientamento (cfr. Cass. civ., 14.05.2006, n. 12362) volto a definire tale contratto come contratto d'opera intellettuale, avente il medesimo contenuto del contratto concluso con il singolo professionista e disciplinato dalle relative norme anche in tema di ripartizione dell'onere della prova e in punto di diligenza e grado della colpa (artt. 2229 e ss. c.c., segnatamente art. 2236 c.c.), ha fatto seguito l'attuale e maggioritario indirizzo ermeneutico volto a riconoscere quel processo di "autonomizzazione" della responsabilità della struttura sanitaria da tempo già auspicato in dottrina.

Così, con la già citata pronuncia delle Sezioni Unite dell'11 gennaio 2008, n. 577, è stata affermata la responsabilità contrattuale autonoma dell'ente ospedaliero come responsabilità che prescinde dall'accertamento di una condotta dei singoli operatori e trova invece la propria fonte nell'inadempimento di obbligazioni direttamente riferibili all'ente, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria.

È altresì importante sottolineare che l'obbligazione assunta dalla struttura ospedaliera comprende anche il rischio della distribuzione delle competenze tra i vari operatori sanitari che cooperano nell'adempimento della globale e complessa "prestazione medico-assistenziale" richiesta; in altre parole, la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni che sono direttamente a carico del medesimo ente, ma anche a norma dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione professionale medica in senso stretto svolta direttamente dal sanitario, nella qualità di ausiliario necessario del debitore (cfr. Cass. civ., sez. 3, 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. civ., sez. 3, 2 febbraio 2005, n. 2042; Cass. civ., n. 22390/2006; Cass. civ., n. 9085/2006; Cass. civ., n. 1698/2006).

È dunque configurabile in capo alla struttura sanitaria (ente pubblico ospedaliero o casa di cura privata o ente associativo a carattere sanitario con finalità di prevenzione oncologica e di promozione della cultura di una diagnosi precoce) una duplice responsabilità: una diretta ed autonoma ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza delle obbligazioni ad essa facenti capo ai sensi dell'art. 1218 c.c.; ed una responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. ove tale danno sia conseguente all'inadempimento della prestazione medico professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario (pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato), comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale (cfr. Cass. civ., n. 13066/2004 citata; nonché, Cass. civ., sez. 3, n. 13953/2007, secondo cui "**Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal S.S.N. o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto**").

Ciò detto in termini generali di inquadramento della fattispecie in esame, ritiene questo Tribunale che l'eccezione di incompetenza territoriale, tempestivamente sollevata dalle difese delle parti convenute nelle rispettive comparse di costituzione e risposta, sia fondata e deve essere accolta per le ragioni di seguito precisate.

Anzitutto, come già detto, il giudice in sede di ATP rigettava l'eccezione di incompetenza territoriale proposta dai resistenti "essendo competente l'adito Giudice in forza del disposto di cui all'art. 20 c.p.c.".

A tal proposito, la norma citata stabilisce che: "Per le cause relative a diritti di obbligazione è anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio".

Tuttavia, in caso di azione di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, per obbligazione dedotta in giudizio, ai fini della determinazione del foro facoltativo di cui all'art. 20 c.p.c., deve intendersi quella originaria rimasta inadempiuta e non quella derivata e sostitutiva (cfr. Cass. civ. n. 245/2008). Pertanto, ai fini dell'individuazione del foro competente deve farsi riferimento all'obbligazione a carico del medico e della casa di cura, non già all'obbligazione di risarcimento del danno, derivata dall'inadempimento contrattuale.

Inoltre, neppure è dirimente la circostanza che l'ATP si sia svolto dinanzi al Tribunale di Bari.

Ed invero, è orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello secondo cui il provvedimento con il quale il giudice affermi o neghi la propria competenza per territorio a provvedere sull'istanza di accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi, proposta ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., non assume alcuna efficacia preclusiva o vincolante nel successivo giudizio di merito (cfr.,

ex multis, Cass. civ., ord. n. 5046/2022; in senso conforme, Cass. civ., ord. n. 14739/2019; nonché già Cass. civ., ord. n. 2317/2011; Cass. civ., ord. n. 21567/2011; Cass. civ., ord. n. 14187/2008).

Del resto, deve ragionevolmente ritenersi che per detto motivo nessuna delle parti resistenti abbia proposto impugnazione avverso la predetta ordinanza resa dal giudice in sede di ATP; ed invero, è noto che "il provvedimento che ammette la consulenza tecnica preventiva (così come gli altri provvedimenti di istruzione preventiva, di cui condivide la natura) non è suscettibile di ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento connotato dal carattere della provvisorietà e strumentalità avverso il quale, pertanto, non sono ammissibili neppure il regolamento di competenza e il regolamento di giurisdizione, non potendo il giudice di legittimità risolvere quella stessa questione di competenza o di giurisdizione della quale non potrebbe essere investito a norma dell'art. 111 Cost. (ordinanza 20/6/2007 n. 14301)" (cfr., Cass. civ. ord. n. 2317/2011).

Ciò posto, la questione della competenza territoriale deve essere esaminata altresì sotto il profilo del foro del consumatore ex art. 33 comma 2 lett. u) D.Lgs. n. 2006 del 2005 (Codice del consumo).

Ebbene, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito, sul punto, **che la disciplina di cui al Codice del consumo, concernente il foro del luogo di residenza del consumatore, è inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il S.S.N.: sia perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale (sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta, che fa venir meno la ratio dell'art. 33 cit.); sia perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come "imprenditore" o "professionista"** (cfr. per tutte, Cass. civ., ord. n. 16767/2021; in senso conforme, Cass. civ., ord. n. 18536/2016; Cass. civ., ord. n. 8093/2009).

Ed invero, **la fruizione del servizio pubblico non è necessariamente collegata alla residenza dell'utente, essendovi la possibilità di beneficiare del servizio, sia pure attraverso un imput che parte dall'articolazione del servizio del luogo di residenza, in una qualsiasi articolazione dell'organizzazione; ciò, dunque, rappresenta una circostanza che pone l'utente, quando si rivolge ad una articolazione diversa dal suo luogo di residenza, in una posizione che non è apparentabile a quella del consumatore di cui alla lett. u) dell'art. 33 citato. In altri termini, come è stato puntualmente evidenziato nella giurisprudenza di legittimità, "il collegamento della struttura ad un certo territorio, ove posto in relazione con la libera scelta dell'utente di fruire del servizio al di fuori dell'ambito dell'articolazione del suo luogo di residenza, palesa cioè una situazione nella quale, essendo frutto di una scelta dell'utente fruire del servizio al di fuori dell'ambito riferibile al suo luogo di residenza, il responsabile della radicazione della vicenda all'ambito territoriale della struttura cui si è rivoltoè esclusivamente l'utente, il quale, d'altro canto, è pienamente consapevole che l'articolazione cui si è rivolto è predisposta per operare in un certo ambito territoriale. È pertanto pienamente ragionevole che la vicendadel contenzioso che nasce dall'erogazione del servizio non sia soggetta al foro del consumatore. A queste considerazioni deve aggiungersi (…) che l'azienda ospedaliera pubblica non riveste la qualità di"professionista", che è essenziale per l'applicabilità della norma de qua. Ciò perché l'azienda sanitaria pubblica (…), quando eroga la prestazione non agisce nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, non potendo l'attività che ha permesso di eseguire la prestazione a favore dell'utente considerarsi espressione di attività di quel genere e, quindi, un'attività economica, per l'assorbente ragione che il suo svolgimento deve avvenire senza il necessario rispetto del principio di economicità, attesoche comunque l'erogazione del servizio deve essere assicurata anche se cagiona perdite. (…). Alla soluzionedell'inapplicabilità dell'art. 33, comma 2, lett. u) deve pervenirsi anche a proposito di una strutturaconvenzionata. Ciò, anzitutto per la ragione che vale l'argomento della territorialità dell'espletamento del servizio e della libera scelta dell'utente di fruirne fuori del suo luogo di residenza. Inoltre, se è vero che essa si presenta come un'azienda diretta a perseguire un utile proprio in ragione dell'espletamento della prestazione sanitaria coperta dal S.S.N., tale veste viene in rilievo quando essa stipula la convenzione con gli organismi di diritto pubblico a ciò abilitati, mentre, una volta instaurata la convenzione, la fornitura del servizio all'utente avviene con modalità del tutto identiche a quelle seguite dalla struttura pubblica, senza cioè che l'essere l'azienda sanitaria privata convenzionata un imprenditore si ponga come tale. (…)" (cfr. Cass. civ., ord. n. 27391/2014).**

Ciò detto, va tuttavia precisato che, qualora il rapporto tra utente e struttura sanitaria convenzionata abbia corso con l'espletamento di eventuali prestazioni aggiuntive direttamente a carico dell'utente e non del S.S.N., allora l'art. 33, comma 2, lett. u) potrà venire in rilievo, in quanto l'azienda sanitaria si è posta direttamente nei confronti dell'utente come "professionista".

Dunque**, la possibilità di attrarre alla competenza del foro del consumatore le prestazioni rese in ambito sanitario nel contesto strutturale del servizio pubblico, deve ritenersi limitata ai soli casi in cui tra l'utente e la struttura sanitaria del S.S.N. (o convenzionata) sia intercorso un vero e proprio contratto avente ad oggetto una prestazione esulante dalle procedure del sistema sanitario nazionale, con addebito all'utente dei costi (non già delle sole prestazioni accessorie di supporto alberghiero) delle procedure sanitarie e delle prestazioni rese dai medici della struttura** (cfr. Cass. civ., ord. n. 16767/2021; in senso conforme, Cass. civ., ord. n. 22133/2016; Cass. civ., ord. n. 27391/2014).

…Omissis…

P.Q.M.

Il Tribunale Ordinario di Bari, Terza sezione civile, in composizione monocratica, definitivamente decidendo sulla domanda avanzata da D.A. nei confronti della C.D.C.S.F. S.p.a., e di F.M., G.A. e G.A., in qualità di eredi legittimi, in regime di beneficio di inventario, del dott. N.G., nonché nei confronti dei terzi chiamati SOCIETÀ C.D.A. S.p.a. e Q.A.L., nella causa civile di primo grado iscritta al n. R.G. 15870/2014, ogni contraria istanza, eccezione, deduzione disattesa, così provvede:

1) dichiara l'incompetenza territoriale dell'adito Tribunale in favore del Tribunale di R. avanti al quale il giudizio andrà

riassunto nel termine di legge di tre mesi dalla comunicazione della presente sentenza;

2) compensa integralmente tra tutte le parti le spese processuali.

Così deciso in Bari, il 29 aprile 2024.

Depositata in Cancelleria il 2 maggio 2024.

Responsabilità medica, nella diligenza valutabile va ricompresa anche la perizia

TRIBUNALE di Nola, sezione I, sentenza 3 maggio 2024, n. 1408; Pres. Casaburi

Al sanitario, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale, non è richiesta semplicemente la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, I, c.c. ma quella specifica del debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176, II, c.c. che comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Ne deriva che nella diligenza valutabile va ricompresa anche la "perizia", ovvero la specifica conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie della professione, sicchè la mancanza di diligenza assurge contemporaneamente a parametro di imputazione del mancato adempimento ed a criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
…Omissis…

In linea generale, è d'uopo ricordare che **la responsabilità professionale medica postula la violazione dei doveri inerenti il suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza (Cass. 12.8.1995, n. 8845), con la precisazione che al sanitario, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attivita' professionale, non è richiesta semplicemente la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176, c. 1 , ma quella specifica del debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176, c. 2, che comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.**
Ne deriva che nella diligenza valutabile va ricompresa altresì la "perizia", ovvero la specifica conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie della professione, sicchè la mancanza di diligenza nel senso ampio sopraspiegato assurge contemporaneamente a parametro di imputazione del mancato adempimento ed a criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.
Nel caso di specie, dalle risultanze istruttorie non è emersa alcuna mancanza di diligenza in capo ai sanitari in forza presso la C.C. di L. e Fondazione E.V.B., in ordine all'aborto patito, avendo anzi l'espletata CTU evidenziato che le diagnosi formulate furono corrette, i trattamenti proposti ed effettuati furono adeguati, e che l'intervento finalizzato all'espulsione del feto fu inevitabile ed eseguito in conformità alle regole dell'arte.

Più nel dettaglio, **quanto alla ripartizione degli oneri probatori, nelle controversie concernenti la responsabilità professionale delle strutture sanitarie, dopo la nota sentenza delle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte del 30 ottobre 2001, n. 13533, in ipotesi di inadempimento (ovvero di inesatto adempimento), tre pronunce della Suprema Corte (cfr. Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471; Cass., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488) hanno chiarito che, in applicazione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova dettati dalle Sezioni Unite, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto (fondato sul contatto sociale) ed allegare l'inadempimento del medico o della struttura, restando a carico del debitore la prova liberatoria (ovvero l'onere di provare l'esatto adempimento), rilevando, più che la distinzione tra interventi di facile esecuzione e prestazioni di particolare complessità, la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa.**
In linea di principio, la parte che assume di aver subito un danno a seguito di errore medico è tenuta a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza (o l'aggravamento) della situazione patologica senza dover provare specifici e peculiari aspetti di responsabilità professionale; il medico (ovvero l'ente ospedaliero o la struttura sanitaria) devono invece dimostrare che la prestazione fu eseguita in maniera diligente e che gli esiti peggiorativi furono determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile (cfr. sul punto Cass., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997).
Quanto al nesso di causalità, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente la sussistenza di un nesso di occasionalità necessaria tra l'opera del suddetto ausiliario e l'obbligo del debitore (cfr., in tal senso, Cass., sez. III, 11 maggio 1995, n. 5150; si vedano anche Cass., sez. III, 8 gennaio 1999, n. 103 e Cass., S.U., n. 9556/2002, cit.). Le Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. sentenza 11 gennaio 2008, n. 577), hanno però chiarito che l'**inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno secondo il criterio del 'più probabile che non', restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.**

... Omissis...
P.Q.M.
Il Tribunale, definitivamente pronunziando:
- rigetta la domanda attorea;
- condanna la parte attrice al pagamento delle spese di CTU come liquidate in corso di causa; - compensa, integralmente, tra le parti, le spese di lite.
Così deciso in Nola, il 29 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 3 maggio 2024.

Responsabilità del medico dentista

TRIBUNALE di Catanzaro, sezione I, sentenza 9 maggio 2024, n. 972; Giud. Cataudo

La responsabilità del medico dentista è contrattuale laddove lo stesso esegua la prestazione come libero professionista. In particolare, il rapporto tra medico dentista e paziente è riconducibile al contratto di prestazione d'opera di cui all'art. 2222 c.c..

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis...

La responsabilità del medico dentista è certamente contrattuale laddove, come nella specie, lo stesso esegua la prestazione come libero professionista.

In particolare, il rapporto tra medico dentista e paziente è riconducibile al contratto di prestazione d'opera di cui all'art. 2222 c.c... Nel caso di specie trattasi di responsabilità di tipo contrattuale poiché il convenuto dott. Convenuto 1 ha eseguito la propria prestazione professionale come libero professionista presso il proprio studio.

Quindi, trattandosi di responsabilità per inesatto adempimento della prestazione odontoiatrica il paziente danneggiato ha l'onere di provare il rapporto contrattuale, dimostrare l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie determinate dall'intervento del medico dentista, provare la sussistenza del nesso di causalità con l'azione o l'omissione del medico dentista.

Con riferimento alla prova del nesso causale, la Corte di Cassazione ha ribadito che il danneggiato ha l'onere di provare il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e il danno di cui viene richiesto il risarcimento e, quindi, dimostrare che il peggioramento del proprio stato di salute è causato dalla condotta del sanitario.

Il nesso eziologico necessita di prova sia sotto il profilo della causalità materiale intesa come derivazione dell'evento lesivo dalla condotta del sanitario, sia della causalità giuridica in termini di individuazione delle singole e specifiche conseguenze pregiudizievoli (Cass. 07/03/2019 n. 6593).

Tale onere probatorio va assolto "dimostrando con qualsiasi mezzo di prova che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del più probabile che non la causa del danno" (Cass. n. 18392/17).

Al contrario, il medico dentista deve fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento o dell'esatto adempimento secondo il criterio della maggiore vicinanza della prova, provare di avere eseguito la prestazione professionale diligentemente e che gli esiti lamentati dal paziente sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

... Omissis...

P.Q.M.

Il Tribunale di Catanzaro, definitivamente pronunziando nella causa civile di primo grado, indicata in epigrafe, ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione disattesa, così provvede: a) accoglie parzialmente la domanda attrice, dichiara lo Convenuto 3 , in persona del suo titolare e legale rappresentante Dott. Convenuto 1 responsabile dei danni patiti dall'attrice nella misura del 40% per le causali di cui in parte motiva e, per l'effetto, lo condanna al risarcimento dei danni predetti in favore dell'attrice liquidati in Euro 1.648,74, oltre al risarcimento del danno da ritardo secondo i criteri di calcolo degli interessi di cui in motivazione e interessi legali dalla data della presente sentenza al saldo; b) rigetta la domanda di garanzia avanzata da parte convenuta nei confronti di Convenuto 2 d) compensa integralmente tra le parti le spese di lite; e) pone le spese di ctu, per come liquidate con separato decreto, definitivamente a carico di entrambe le parti in solido.

Così deciso in Catanzaro, il 9 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 9 maggio 2024.

Responsabilità medica per erronea diagnosi concernente il feto

TRIBUNALE di Taranto, sezione II, sentenza 16 maggio 2024, n. 1452; Giud. Lisco

In caso di responsabilità medica per erronea diagnosi concernente il feto, sussiste il diritto al risarcimento non solo della madre ma anche del padre, nei cui confronti non si applica il termine di prescrizione quinquennale, tenuto conto che il contratto stipulato tra una gestante e una struttura sanitaria, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riversa per sua natura effetti protettivi a vantaggio non solo della gestante e del nato, ma anche del padre del concepito, il quale, in caso di inadempimento, è perciò legittimato ad agire per il risarcimento del danno.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… *Omissis*…
la Corte Suprema ha affermato che "**la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria è configurabile, oltre che nei confronti del paziente, anche relativamente a soggetti terzi cui si estendono gli effetti protettivi del contratto; ne consegue che il contratto stipulato tra una gestante, una struttura sanitaria ed un medico, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riverbera per sua natura effetti protettivi a vantaggio anche del padre del concepito, il quale in caso di inadempimento, è perciò legittimato ad agire per il risarcimento del danno**" (Cass. n. 10812/2019), specificando che "**in caso di responsabilità medica per erronea diagnosi concernente il feto, sussiste il diritto al risarcimento non solo della madre ma anche del padre, nei cui confronti non si applica il termine di prescrizione quinquennale, tenuto conto che il contratto stipulato tra una gestante e una struttura sanitaria, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riversa per sua natura effetti protettivi a vantaggio non solo della gestante e del nato, ma anche del padre del concepito, il quale, in caso di inadempimento, è perciò legittimato ad agire per il risarcimento del danno**" (Cass. n. 32657/2021); pertanto, in materia devono trovare applicazioni i principi valevoli in tema di responsabilità contrattuale, sia con riferimento alla domanda proposta dalla M., che, in qualità di gestante, ha evidentemente concluso con la struttura sanitaria il contratto di assistenza al parto, che con riguardo alla domanda proposta dal padre del nascituro, T.G., odierno intervenuto, anche a vantaggio del quale detto contratto spiega effetti protettivi; nel caso di specie, posto che il parto è avvenuto nel 2014, alle date di notifica della citazione da parte della M. e di deposito dell'atto di intervento da parte di T.G. (entrambe del 2020), il termine ordinario di prescrizione decennale previsto dall'art. 2946 c.c. non era decorso, osservandosi che, a norma dell'art. 2943 c.c., come è noto, la prescrizione è interrotta dalla notifica dell'atto introduttivo di un giudizio e dalla proposizione della domanda nel corso di un giudizio.
La responsabilità della convenuta in ordine alle lesioni subite dal piccolo T.G.P. in occasione del parto dell'ottobre 2014 appare sufficientemente dimostrata sulla base di quanto emerge dalla sentenza di questo Tribunale n. 56/2020 (prodotta dall'attrice e dall'intervenuto), pronunziata all'esito del procedimento civile iscritto al n. 1501/2017 r.g., promosso da M.R. e T.G., quali genitori esercenti la potestà sul minore, T.G.P., nei confronti della medesima odierna convenuta; trattasi del giudizio promosso al fine di fare valere i pregiudizi subiti dal minore e nel corso del quale, come emerge dalla citata sentenza, era stata espletata una c.t.u. da parte della d.ssa Lucia Tattoli e del dott. C.P.; nella citata pronunzia si legge che, secondo quanto emergeva dalla disposta consulenza, la diagnosi di ingresso della M. era stata di parto spontaneo di una donna con diabete mellito di tipo 2, obesità, feto molto grosso e che il parto, iniziato alle ore 12.43, era terminato con un esito distocico per il neonato, alle ore 22.40; si aggiunge sempre in sentenza che i consulenti evidenziavano una gestione preoperatoria, operatoria e postoperatoria inadeguata, non essendo state predisposte tutte le procedure intraoperatorie previste in tali casi per prevenire eventuali ulteriori complicanze, rilevando che il medico si sarebbe sostituito all'ostetrica per disimpegnare la spalla bloccata dietro la sinfisi, riuscendo in modo violento; si legge ancora in detta sentenza che "...L'acquisizione di tali elementi e la considerazione che la manovra di M.R. e quella di R. non determinano generalmente sollecitazioni delle parti molli latero-cervicali del feto, consentono di ritenere, con alto grado di probabilità, che la genesi della lesione neurologica del bambino sia da ascrivere all'esecuzione di trazioni sull'estremo cefalico del feto, verso il basso, nel tentativo di far scivolare la spalla anteriore destra bloccata dietro la sinfisi e ottenerne il disimpegno; l'intensità di queste trazioni fu tale da superare il limite di elasticità e resistenza della regione latero-cervicale dx. (pag. 16 dell'elaborato). Ancora i consulenti nell'elaborato- " quantunque un numero di distocie possa ricorrere in feti con un peso inferiore a quattro kg, è raccomandata l'esecuzione del taglio cesareo elettivo quando con l'ecografia è stimato un peso uguale o superiore a cinque kg in donne senza diabete, o pari o superiore a 4,5 kg in donne diabetiche. In merito, non risulta dalla documentazione acquisita, che in occasione del ricovero nl P.O. di Castellaneta sia stata eseguita alcuna stima ecografica del peso fetale. Nonostante la signora presentasse molteplici fattori di rischio per la distocia di spalla quali diabete mellito con macrosomia fetale, obesità e bassa statura. Pertanto, la presenza di tali fattori di rischio avrebbero dovuto indurre i sanitari del P.O. a programmare un taglio cesareo che tuttavia non sembra mai essere stato prospettato alla madre, né risulta documentato che fu mai preso in considerazione. Così acclarata la sussistenza di responsabilità professionale da parte dei sanitari del P.O. di Castellaneta, nonché la ricorrenza del nesso causale con le lesioni. Anche per la quantificazione dei postumi il collegio dei periti conclude per un danno biologico complessivo pari al 25-27%, 60 giorni di incapacità temporanea totale, 9 mesi di incapacità temporanea parziale al 50% e infine 22 mesi complessivi di incapacità temporanea parziale al 30%...". deve, inoltre, osservarsi che la A. nel presente giudizio non ha addotto specifici argomenti idonei a superare le

argomentazioni contenute nella citata sentenza di questo Tribunale, riferite agli esiti della c.t.u. espletata nel relativo giudizio e valorizzate ai fini della valutazione di responsabilità della convenuta con riguardo alle lesioni subite dal neonato.
Passando a valutare le conseguenze pregiudizievoli in relazione alle domande proposte, va osservato che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, "**in tema di risarcimento del danno da lesione del rapporto parentale, non sussiste alcun limite normativo che determini l'irrisarcibilità del pregiudizio nelle ipotesi in cui gli effetti lesivi della salute del prossimo congiunto non siano particolarmente gravi; perciò, secondo i principi generali, il predetto danno è risarcibile se il parente prova, anche in via presuntiva, di aver subito lesioni in conseguenza della condizione del congiunto**.." (cfr. Cass. 1752/2023); ed è stato aggiunto che "**in materia di responsabilità extracontrattuale, a cui questo giudice ritiene di aderire, il danno subìto dai congiunti a causa delle lesioni riportate da un loro caro per fatto illecito altrui è un danno diretto e non riflesso, trattandosi della diretta conseguenza della lesione patita dal loro parente, lesione che rappresenta un fatto plurioffensivo, con vittime diverse, ma parimenti dirette (nella prassi, per mere esigenze descrittive, si parla impropriamente di vittime secondarie e di danno riflesso o 'da rimbalzo'), tale danno consiste, oltre che in eventuali danni materiali, nella sofferenza morale patita dal prossimo congiunto a causa delle gravi lesioni riportate dal parente e può essere dimostrato con ricorso alla prova presuntiva, facendo riferimento alla realtà dei rapporti di convivenza ed alla gravità delle ricadute della condotta sulla vita dei familiari**" (Trib. Genova 15.12.2020 n. 2121); si è pure osservato che "**il danno non patrimoniale, consistente nella sofferenza morale patita dal prossimo congiunto di persona lesa in modo non lieve dall'altrui illecito, può essere dimostrato con ricorso alla prova presuntiva, che deve essere cercata anche d'ufficio, se la parte abbia dedotto e provato i fatti noti dai quali il giudice, sulla base di un ragionamento logico-deduttivo, può trarre le conseguenze per risalire al fatto ignorato**. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto non provato il danno non patrimoniale patito dal padre della vittima di un incidente stradale, senza considerare i fatti da quegli dedotti e provati nel corso del giudizio, ove era stato accertato che la vittima era minorenne, conviveva con il padre ed aveva subito lesioni personali in conseguenza delle quali era stata ricoverata in ospedale e da cui era derivata un'inabilità permanente di grado pari al 25 per cento ed un periodo di inabilità temporanea assoluta di oltre quattro mesi)" (Cass. n. 17058/2017).

… *Omissis*…

P.Q.M.

Il Tribunale di Taranto, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da M.R. e da T.G., in accoglimento per quanto di ragione delle stesse, così provvede:

a) condanna la convenuta a pagare in favore di M.R. la somma complessiva di Euro 60.270,37, oltre interessi con la decorrenza e le modalità riportate in motivazione;

b) condanna la convenuta a pagare in favore di T.G. la somma complessiva di Euro 52.026,62, oltre interessi con la decorrenza e le modalità riportate in motivazione;

c) condanna, inoltre, la convenuta a rifondere all'attrice ed all'intervenuto le spese di lite, che liquida in Euro 1.063,00 per spese ed in Euro 12.000,00 per compensi, oltre accessori di legge, da distrarre in favore dell'Avv. Giuseppe Galeone;

d) pone le spese della c.t.u. espletata in corso di causa, nella misura liquidata con separato decreto, definitivamente a carico della convenuta.

Così deciso in Taranto, il 15 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 16 maggio 2024.

Responsabilità sanitaria, profili probatori

TRIBUNALE di Catania, sezione IV, sentenza 20 maggio 2024, n. 2484; Giud. Cariolo

Nell'ambito della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per inadempimento della prestazione professionale, il creditore che lamenti il danno alla salute è tenuto ad allegare la circostanza dell'inadempimento e a dimostrare resistenza della cosiddetta causalità materiale, ovverosia la connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, e la condotta del medico; posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, l'onere di provare quella connessione è sul piano meramente naturalistico, sia perché la qualifica d'inadempienza deve essere solo allegata, ma non provata, sia perché si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione, ed attiene esclusivamente al fatto materiale che soggiace a quella qualifica.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… Omissis…

Secondo ormai consolidata interpretazione della Suprema Corte **In tema di responsabilità sanitaria, la responsabilità della struttura (casa di cura o ente ospedaliero) nei confronti del paziente ha natura contrattuale che può dirsi "diretta" ex art. 1218 c.c., in relazione a propri fatti d'inadempimento, ed "indiretta" ex art. 1228 c.c., perché derivante dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale ausiliario necessario dell'ente pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato. Di conseguenza l'accertamento dell'inadempimento imputato al sanitario non fa venir meno i presupposti di responsabilità della struttura e, nei rapporti interni, permane a carico di ciascun debitore l'onere di dimostrare il proprio esatto adempimento al fine anche del superamento della presunzione di riparto dell'obbligazione risarcitone solidale in parli uguali (Cass, civ., sez. III, 5 luglio 2017 n. 16488) e, ancora, posta la affermata responsabilità contrattuale, in tema di onere della prova può richiamarsi l'altrettanto consolidato orientamento secondo cui Nell'ambito della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per inadempimento della prestazione professionale, il creditore che lamenti il danno alla salute è tenuto ad allegare la circostanza dell'inadempimento e a dimostrare resistenza della cosiddetta causalità materiale, ovverosia la connessione puramente naturalistica fra la lesione della salute, in termini di aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie, e la condotta del medico; posto che il danno evento non è immanente all'inadempimento, l'onere di provare quella connessione è sul piano meramente naturalistico, sia perché la qualifica d'inadempienza deve essere solo allegata, ma non provata, sia perché si tratta del solo profilo della causalità materiale, il quale è indifferente alla qualifica in termini di valore rappresentata dall'inadempimento dell'obbligazione, ed attiene esclusivamente affatto materiale che soggiace a quella qualifica (Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2021 n. 14702).**

I fatti sottoposti al vaglio del Tribunale si sono svolti presso la struttura convenuta ed il medico che operato, come da documentazione sanitaria in atti, risulta essere il convenuto TA

Operate tali premesse, per la valutazione dei fatti è stata disposta, in corso di causa, specifica attività di tipo medico-legale.

Il consulente nominato dal Tribunale, con la relazione tecnica depositata in data 19.06.2017, dato atto di essersi avvalso dell'ausilio di collega specialista in ostetricia e ginecologia e dato atto altresì di avere proceduto anche a visita della attrice, dopo avere

- ripercorso le vicende connesse al ricovero della A (in 38 settimana + 5 di gravidanza) ed a quanto accaduto in fase successiva al parto;
- passato in rassegna tutta la documentazione evidenziando i profili di maggior rilievo;
- analizzato i singoli passaggi del trattamento sanitario;
- esposto i principi scientifici in tema di lacerazioni del parto, manovra di Kristeller e fistole retto-vaginali

ha rassegnato la ritenuta sussistenza di profili di responsabilità 'non tanto per l'insorgenza della lacerazione retto-vaginale verificatasi al momento del parto ma nella sua gestione e per quanto riportato in cartella clinica che non evidenzia chiaramente cosa sia o non sia stato fatto'.

A sostegno di quanto rassegnato, il C.T.U. ha evidenziato che:

1) dopo il porlo, non è stato specificato il grado della lesione (I, II, III o IV grado) e, richiamando, i principi scientifici prima esposti, ha ne ha evidenziato la rilevanza in quanto la lesione in questione 'va saturata in maniera diversa, ma si parla solo di sutura a strati';

2) cosa ancor più grave, non risulta eseguito il controllo della sutura attraverso l'ampolla rettale per cui è verosimile che sia stata transfissa con la sutura sia la parete vaginale che la parete rettale anteriore determinando una comunicazione fra le due pareli con conseguente passaggio delle feci che ha creato il successivo tramite fistoloso;

3) il Consenso In formato è privo delle possibili complicanze del parto.

Il C.T.U. ha quindi svolto specifiche considerazioni con riguardo alla genesi delle lesioni, individuandole nella effettuata manovra di Kristeller; a tal riguardo il C.T.U. ha dato atto che la manovra in questione 'non è causa unica ed esclusiva delle lacerazioni" ma, operando corretta valutazione in termini di esclusione di cause, ha evidenziato che per la A non sussisteva 'nessun fattore di rischio per OASIS' (vale a dire di lacerazioni riguardanti i muscoli dello sfintere dell'ano) se non che il fatto di essere 'donna primipara'. In concreto, risultavano insussistenti tutte le altre cause di OASIS, vale a dire

- dimensioni del feto, che nel caso specifico era di kg. 2,7 e, quindi, ben inferiore al limite di rischio di 4 kg;
- secondo stadio ... inferiore alle due ore;
- non insorta distocia della spada;
- non utilizzato né il forcipe né la ventosa.

Sulla base di tutte le superiori considerazioni, il C.T.U. ha quindi quantificato i profili di danno biologico nei seguenti termini:
- inabilità temporanea assoluta di giorni 20;
- inabilità temporanea parziale al 75% di giorni 30
- inabilità temporanea parziale al 50% di giorni 30

inoltre, quale conseguenza 'dell'errato trattamento chirurgico che aveva determinato la 'formazione della fistola retto vaginale', quantificava 'postumi invalidanti a carattere permanente consistenti in residuata incontinenza anale con orifizio beante, impossibilità all'espletamento di successivi parti per via naturale ed esito cicatriziale da taglio cesareo residuato alla seconda gravidanza successiva a quella relativa al caso de quo', con un danno biologico quantificabile nella misura del 23% (dando contezza esplicita dei riferimenti scientifici utilizzati per la quantificazione).

Quanto alle spese, il C.T.U. valutava congrue quelle per farmaci (Euro 290,98), copia cartella clinica (Euro 8.00), visita specialistica ginecologica (Euro 201.81) visita specialistica neurologica (Euro 25.64) e visita specialistica psichiatrica (Euro 19,70) mentre riteneva non pertinente in valutazione medico-legale quella per servizi di comfort alberghieri legati al ricovero (per Euro 120,01).

La analisi, le valutazioni e le conclusioni del C.T.U. sono pienamente condivisibili, risultando frutto di approfondita analisi della documentazione, supportata anche da visita medica della attrice, con puntuale applicazione di principi scientifici abbondantemente esposti e chiaramente applicati ai singoli passaggi del percorso di consulenza.

I risultati medico-legali non hanno costituito oggetto di censure ad opera delle parti costituite.

Giova completare in questa sede la analisi medico legale con i principi interpretativi della Suprema Corte con riguardo alla tematica riguardante la incompletezza della cartella clinica.

L'orientamento ormai definitivamente consolidato della Suprema Corte, ampiamente richiamato dal C.T.U., risulta anche da ultimo confermato nel senso che: **In tema di responsabilità medicei, la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato. Tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente** (Cass, civ., sez. III, 18 febbraio 2021 n.4424).

Tuttavia, la Suprema Corte ha anche avuto modo di chiarire che: **Pur riconoscendo la rilevanza dell'incompletezza della cartella clinica nella ricostruzione delle vicende sanitarie e nell'accertamento circa la sussistenza o meno di responsabilità dei sanitari stessi o della struttura, tale elemento non conduce automaticamente all'adempimento dell'onere probatorio da parte di chi adduce essere danneggiato** (Cass, civ., sez. III, 14 novembre 2019 n.29498).

Ancora più specificamente, la Suprema Corte (Cass, civ., sez. III, 8 luglio 2020 n. 14261), dopo avere ribadito che **... nell'ambito della responsabilità contrattuale spetta a chi si assume danneggiato fornire la prova del nesso di causa fra l'inadempimento ed il pregiudizio alla sedute, giacché se così non fosse dalla fattispecie costitutiva del diritto verrebbe espunto l'elemento delta causalità materiale (così Cass. 11/11/2019, n. 28991), con la conseguenza che se la causa dell'evento di danno, in termini di aggravamento della situazione patologica o di insorgenza di nuove patologie, resta ignota, in applicazione delle regole del riparlo dell'onus probandi, le conseguenze sfavorevoli ai fini del giudizio ricadono sul creditore della prestazione professionale (Cass. 11/11/2019, n. 28992) ha icasticamente statuito che ... quanto al rilievo da attribuirsi alle omissioni della cartella clinica sull'impossibilità di individuare il nesso di causalità materiale, deve precisarsi che le omissioni dello cartella clinica non conducono automaticamente a ritenere adempiuto l'onere probatorio da parte di chi adduce di essere danneggiato, pur dovendosene tener conto, perché diversamente l'incompletezza verrebbe a giovare proprio a colui che con inadempimento al proprio obbligo di diligenza (Cass. 18/09/2009 n. 20101 precisa che "il medico ha l'obbligo di controllare la competenza e l'esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti allegali, la cui violazione comporta la configurazione di un difetto di diligenza rispetto alla previsione generale contenuta nell'art. 1176 c.c., comma 2 e, quindi, un inesatto adempimento della sua corrispondente prestazione professionale"; conformi, p. es., Cass. 26/01/2010 n. 1538; Cass. 05/07/ 2004 n. 12273), tale incompletezza ha creato In altri e più chiari termini, sempre richiamando Cass. n. 14261/2020: il rilievo della difettosa tenuta della cartella clinica è tale da far ritenere provato il nesso di causalità materiale solo quando proprio l'incompletezza della cartella clinica abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (così Cass. 14/11/2019, n. 29498).**

Operate le superiori premesse giuridiche, la cartella clinica n.2447/2011 della Casa di Cura convenuta relativa all'intervento del 20.11.2011 deve considerarsi ^reticente' nella omessa e incompleta indicazione delle manovre induttive del parto c nella gestione delle procurate lacerazioni, secondo quanto chiaramente esposto dal C.T.U. cui si rinvia integralmente.

Deve, in conclusione, ritenersi sussistente il danno biologico nei termini offerti dal C.T.U..

Per la quantificazione del danno, tenendo conto dei risultai della C.T.U. ed in applicazione delle più recenti Tabelle del Tribunale di Milano (2021), risulta la seguente quantificazione:
- danno biologico (23%) Euro 74.257,00
- inabilità temporanea totale (20 gg) Euro 1.980,00
- inabilità temporanea parz. 75% (30 gg) Euro 2.227.50
- inabilità temporanea parz. 50% (30 gg) Euro 1.485,00

Parte attrice ha chiesto operarsi una personalizzazione in termini massimi.

Ritiene questo giudice che possa ritenersi sussistenti e sufficientemente provati i presupposti per operare una ed. personalizzazione.

Ed invero, depongono in maniera univocamente determinante la sede delle lesioni e le evidenti conseguenze sulla vita relazionale, ben evidenziate con riguardo al punto di vista medico-legale anche dal C.T.U., tenendo conto, inoltre, della necessità di essersi dovuta sottoporre ad ulteriore intervento chirurgico.

Pertanto, può riconoscersi una personalizzazione nella misura del 30%, con conseguente aumento del danno permanente ad Euro 96.534,10 (Euro 74.257,00 + Euro 22.277,10).

Possono riconoscersi, inoltre, spese mediche pertinenti e congrue per Euro 546,13, come da documentazione in atti (cfr.

all.6 alla citazione), conformemente al parere del C.T.U.; non possono ritenersi risarcibili le spese per ospitalità e comfort alberghiero in occasione del parto.
Parte attrice, infine, ha chiesto il risarcimento, a titolo di danno patrimoniale per il fatto che 'l'attrice non ha potuto svolgere le sue abituali mansioni domestiche durante tutto il periodo di invalidità temporanea, con nocumento sullo svolgimento delle faccende domestiche ed in generale sulle attività di direzione e governo della casa e ciò comporta per la stessa un danno patrimoniale risarcibile autonomamente dal danno biologico senza che ... occorra una prova specifica'.
Il danno può ritenersi provato nei termini che seguono.
Anzitutto può considerarsi sussistente il presupposto relativo all'esercizio di attività di lavoro casalingo e ciò sulla base dell'id quod plerumque accidit con riguardo ad una persona di giovane età non impiegata in diverso settore.
Indi, in mancanza di più specifici elementi, può affermarsi che I inabilità abbia inciso sull'esercizio di attività lavorativa esclusivamente con riferimento al periodo di inabilità assoluta (20 giorni) e di inabilità al 75% (30 giorni) mentre tanto non può affermarsi con riguardo al periodo di inabilità al 50% (va anche aggiunto che, con riguardo alla invalidità permanente, non sono evidenziati né dalla parte né dal C.T.U. postumi incidenti sulla capacità lavorativa).
Per la liquidazione del danno, da operarsi in via equitativa, può considerarsi che un collaboratore domestico a tempo pieno ha, in valuta attuale, nel territorio di riferimento, una retribuzione lorda oraria media di circa Euro 10,00; pertanto, ed assumendo che una donna lavoratrice, in mancanza di ulteriori elementi, dedichi non più di tre ore al giorno alle attività domestiche, ne consegue che tale voce di danno deve essere così risarcita: 20 giorni di inabilità assoluta = gg. 20 x Euro 30,00 = Euro 600,00; 30 giorni di IT al 75 % = gg. 30 x Euro 30,00 x 0,75 = Euro 675,00; per un totale di Euro 1.275,00, in valuta attuale.
In conclusione, alla A va riconosciuto un danno risarcibile complessivamente pari a:
- Euro 102.226,60 a titolo di danno non patrimoniale;
- Euro 1.275,00 a titolo di danno patrimoniale;
- Euro 546,13 per spese mediche.
e, quindi, complessivamente Euro 102.772,70.
La liquidazione del danno non patrimoniale sopra riportata è stata operata in base ai più recenti valori delle Tabelle milanesi del 2021; quindi gli importi vanno anzitutto devalutati, avuto riguardo all'epoca dell'evento (19.11.2011).
Poiché si verte in tema di debiti di valore, l'importo devalutato va indi rivalutato, anno per anno, secondo gli indici Istat di riferimento, e su ciascun importo annuale vanno applicati gli interessi compensativi, nella misura legale, secondo l'indice dell'anno di riferimento.
Quanto alle spese, vanno riconosciuti gli interessi legali dalla domanda al soddisfo.
La società convenuta, costituendosi in giudizio, aveva svolto domande nei confronti del convenuto chiedendo accertarsi le quote di responsabilità e dichiarando il diritto di rivalsa.
La domanda, qualificabile quale riconvenzionale trasversale, non necessita, secondo il più recente orientamento della Suprema Corte, di richiesta di 'differimento dell'udienza previsto dall'art. 269 c.p.c. per la chiamata in causa di terzo', essendo 'sufficiente che formuli la suddetta domanda nei termini e con le forme stabilite per la domanda riconvenzionale dell'art. 167, comma 2, c.p.c.' (Cass. civ., sez. VI, 23 marzo 2022 n.9441); tuttavia, ove il convenuto in questione rimanga contumace, come nel presente giudizio, è necessaria richiesta di autorizzazione alla notifica della domanda nei suoi confronti.
La domanda riconvenzionale risulta proposta in termini ma non risulta chiesta autorizzazione alla notifica al convenuto contumace; la domanda, pertanto, deve dichiararsi improcedibile.
Avuto riguardo all'esito del giudizio, le spese vanno poste, in solido, a carico delle due parti convenute, liquidate come da dispositivo secondo i valori medi dello scaglione di riferimento per le quattro fasi del giudizio di merito oltre ad Euro 600,00 per compensi per la mediazione; vanno riconosciute spese come da nota (Euro 786,00 per contributo unificato e marca da bollo; Euro 15,40 per notifica; Euro 64,90 per spese di mediazione) nonché il rimborso delle spese di consulenza versate al C.T.U. per Euro 2.195,43); le spese di C.T.U., liquidate in corso di causa, vanno poste definitivamente a carico delle parti convenute in solido (ed il relativo importo è già ricompreso fra le spese da rimborsare a parte attrice).
Sulle somme versate al C.T.U., da rimborsare, vanno applicati gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza al soddisfo.
Il pagamento dei compensi e delle spese va operato in favore dei difensori antistatari, in solido, che ne hanno fatto rituale richiesta.

P.Q.M.
il Tribunale di Catania, Quinta Sezione Civile, in composizione monocratica, definitivamente decidendo nella causa iscritta al n.5956/2016 R.G.
- CONDANNA C. s.r.l. e TA , in solido, al pagamento in favore di AV della complessiva somma di Euro 102.772,70 (di cui Euro 102.226,60 a titolo di danno non patrimoniale; Euro 1.275,00 a titolo di danno patrimoniale: Euro 546,13 per spese mediche) con devalutazione dell'importo a titolo di danno non patrimoniale (Euro 102.226,60) fino al 19.11.2011, rivalutato, anno per anno, secondo gli indici Istat di riferimento, con interessi legali su ciascun importo annuale secondo l'indice dell'anno di riferimento, fino al soddisfo; sulle somme liquidate a titolo di danno patrimoniale e spese mediche vanno applicati interessi legali dalla domanda al soddisfo; sulle somme da rimborsare quali onorari versati al C.T.U. vanno applicati interessi legali dalla pubblicazione della presente sentenza al soddisfo;
- DICHIARA improcedibile la domanda riconvenzionale trasversale svolta nei confronti di TA ;
- RIGETTA ogni altra domanda;
- CONDANNA C. s.r.l. e TA in solido, al pagamento delle spese processuali in favore di parte attrice, che liquida in complessivi Euro 17.564,73 (di cui Euro 14.503.00 per compensi ed Euro 3.061,73), oltre IVA, CP e rimborso forfetario spese generali sui compensi, con pagamento da eseguirsi in favore dei due difensori antistatari, in solido, avv. Luigi BONANNO FELDMANN e Rita Alfia D'AMICO);
- PONE le spese di C.T.U. liquidate in corso di causa definitivamente a carico delle due parti convenute, in solido.
Così deciso in Catania, il 19 maggio 2024.
Depositata in Cancelleria il 20 maggio 2024.

Rilievo giuridico della nozione di complicanza

TRIBUNALE di Trieste, sentenza 23 maggio 2024, n. 516; Giud. Fanelli

Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una complicanza, rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi a un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis...

(…)**si rammenta specialmente l'art. 1176 II comma cit. del codice, che fa obbligo al prestatore d'opera intellettuale di usare, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la propria attività professionale, una diligenza che non è solo del buon padre di famiglia, ma del debitore qualificato, da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata; più precisamente, deve farsi riferimento a tutte quelle regole che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione, in quanto acquisite, per comune consenso e consolidata esperienza e, quindi, costituiscano il necessario corredo del professionista che si dedichi ad un determinato settore. Pertanto, la regola è che si risponde anche soltanto per colpa lieve (cfr. Cass. 2466/95, 8845/95, 4852/99), salvo che non ricorra l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 2236 c.c. (prestazioni implicanti la soluzione di "problemi tecnici di speciale difficoltà", in tal caso richiedendosi il dolo o la colpa grave).**
In punto oneri di allegazione e probatori, appare utile inoltre ricordare che, nell'ipotesi ordinaria (ossia di non "speciale difficoltà"), si è tradizionalmente ritenuto che basti al paziente dimostrare che dall'intervento di facile o routinaria esecuzione è derivato un risultato negativo o peggiorativo, presumendosi la non adeguata o non diligente esecuzione, a meno che il sanitario non provi, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso non sia dipeso da difetto di diligenza propria.
Infatti - derivando la responsabilità professionale da un'obbligazione di mezzi, e non già di risultato - l'inadempimento non potrebbe desumersi senz'altro da un risultato eventualmente mancato, ma andrebbe pur sempre valutato alla stregua del dovere di diligenza; sicché, in definitiva, il detto dovere di diligenza funge sempre e comunque da parametro di valutazione dell'inadempimento e correlativa responsabilità professionale, anche ai fini della prova liberatoria richiesta in virtù del regime di inversione dell'onere probatorio operante ex art. 1218 c.c. in sede contrattuale (in tali sensi, v. Cass. civ. sez. III 15/01/97 n. 364, la quale, nel ribadire i medesimi principi, evidenzia altresì che "l'incertezza degli esiti probatori in ordine all'esatto adempimento della prestazione professionale va posta a carico del prestatore d'opera o della struttura in cui lo stesso è inserito e comporta l'accoglimento della domanda risarcitoria, fondata sulla responsabilità contrattuale"; v. anche Cass. civ. 3492/02, 598/99, 1127/98, 11440/97, 12362/06, 22894/05, 10297/04, 14812/04).
Merita speciale menzione la pronuncia della Cassazione a sezioni unite dd. 11/01/08 n. 577, che ha rielaborato e puntualizzato i principi già espressi in precedenza in materia, in particolare richiamando gli artt. 1218 e 1228 c.c. (piuttosto che la disciplina del contratto d'opera professionale), fra l'altro evidenziando il peculiare carattere delle obbligazioni direttamente riferibili alla struttura sanitaria, consistenti non solo nella prestazione principale medica, bensì anche in una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. La S.C., inquadrata nell'ambito contrattuale tanto la responsabilità della struttura sanitaria quanto quella del medico nel rapporto con il paziente, ha risolto il problema del riparto dell'onere probatorio con un rinvio ai criteri fissati dalle stesse sezioni unite con la nota sentenza 13533/01, per giungere ad affermare che spetta al debitore dimostrare o che inadempimento non vi è stato ovvero che, pur essendovi stato, non ha in concreto dato causa al danno; d'altra parte - posto che costituisce inadempimento rilevante, ai fini della responsabilità risarcitoria nelle obbligazioni così dette di comportamento, non già qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno -, l'allegazione del creditore (danneggiato) non può limitarsi alla deduzione di un semplice inadempimento, qualunque esso sia, ma deve riferirsi ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno (testualmente ed emblematicamente afferma la S.C. che "In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante". V. anche nello stesso senso, Cass. 27855/13, 24073/17, 18392/17, 8664/17, 20904/13, 14642/15). Appare altresì utile richiamare le pronunce, citate anche dall'odierna attrice, in tema di cd. "complicanze": "Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una complicanza, rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione..... priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi a un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile" (Cass. Civ., sez. III, 08.01.2020, n. 122, Cass. Civ. sez. III, n. 28985/2019; Cass. Civ. sez. III n. 13328/2015).
Resta peraltro fermo che la prova del nesso spetta comunque al danneggiato, anche per il caso di responsabilità contrattuale

A tale ultimo proposito, si richiamano Cass. civ. 10743/09, che fa riferimento ad un "criterio necessariamente probabilistico", ed ancora, nel senso che non occorra certezza, bensì basti una "elevata probabilità", sent. 13530/09 (v. anche Cass. 14759/07 e 10741/09, circa la "regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non"" operante nel processo civile, "mentre nel processo penale vige infatti la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio"", conformemente a Cass. sez. un. 576/08. Sul tema, v. anche Cass. civ. 26284 e 26285/17, 18392/17, 370/18, 4928/18).

Un tanto premesso, si rileva nel caso in esame che - pacifica la conclusione di un contratto, nei termini di cui si è sopra detto, tra l'odierna istante e A. - può ritenersi altresì sussistente la natura "routinaria" degli interventi e connessi trattamenti eseguiti (avendo riguardo alle attività tipiche svolte dalla struttura interpellata); tant'è che la stessa azienda convenuta ha definito e rappresentato la struttura dove l'attrice era stata operata come centro di eccellenza nel campo della chirurgia di rettifica del sesso, sicché l'intervento in questione si prospettava, almeno per i medici che lo eseguirono, appunto di carattere "routinario", e non caratterizzato da particolari difficoltà tecniche, sebbene non propriamente facile né di modesto spessore.

Appare quindi significativo ed eloquente quanto rilevato dai cc.tt.uu. nominati in corso di causa, i quali hanno invero assolto all'incarico ricevuto con diligenza e competenza tecnica, dando atto dell'iter seguito e delle argomentazioni logiche e tecniche utilizzate e nel pieno rispetto del contraddittorio, impregiudicate ovviamente le valutazioni di competenza del giudice.

In particolare, i cc.tt.uu. incaricati hanno concluso che "sussiste nesso causale fra l'evento oggetto del procedimento e il trattamento sanitario subìto dalla ricorrente, in assenza di un eventuale concorso con cause/fattori alternativi; - il trattamento effettuato non risulta essere stato corretto nella misura in cui la scarsa profondità/abitabilità della neovagina va ascritta alla mancata correzione tempestiva del prolasso della cupola della neovagina; alla scarsa rappresentazione del neoclitoride va ascritta, con criterio di alta probabilità, la genesi della riferita anorgasmia; - sul versante valutativo non risulta individuabile inabilità temporanea ma, unicamente, un quadro invalidante rappresentato, da un lato, dalla residua difficoltà al coito (secondo Linee Guida SIMLA 2016: 15%) e, dall'altro, dalla correlata condizione psicoreattiva (secondo Linee Guida SIMLA 2016: 10%) decorrente dalla metà dell'anno 2015".

In effetti, da un lato, può dirsi acclarato (secondo un criterio probabilistico, logico e scientifico) il nesso eziologico tra trattamento compiuto da A. e peggioramento delle condizioni di salute fisico-psichica subito dalla F., come pure possono ritenersi assolti dall'attrice i relativi oneri di allegazione, circa l'inadempimento qualificato del professionista.

Dall'altro lato, la struttura convenuta non ha fornito idonea prova circa la diligenza professionale impiegata, sotto lo specifico profilo cioè della bontà e adeguatezza del proprio operato.

Ovviamente non possono giovare sull'azienda - come si è visto, gravata dell'onere probatorio della non imputabilità dell'inadempimento, e così del connesso rischio di insuccesso - la generica invocazione della "possibile insorgenza di complicanze... prevedibile, ma in parte imprevenibile", ovvero l'ipotizzata "scarsa attività dilatatoria della neovagina mediante i dispositivi da inserire nell'organo nei mesi dopo l'intervento (ossia per colpa della stessa paziente, che non si era attenuta scrupolosamente alle indicazioni dei medici nel follow up"; ipotesi in realtà solo "Verosimilmente" affermata, ma in realtà non supportata da idoneo riscontro od offerta probatoria, ed anzi smentita in c.t.u.. Vi si legge invero che "...il disturbo lamentato dalla paziente è l'estrema brevità dell'organo e la sua pressoché completa inabitabilità, condizioni cliniche queste che non trovano grande giovamento dall'utilizzo di ausili e strumenti per la auto dilatazione, che è stata comunque precocemente eseguita dalla paziente che si è attenuta alle prescrizioni specialistiche"; si richiamano altresì le puntuali risposte fornite in c.t.u. ai rilievi del c.t.p. di parte convenuta.

Del resto, come bene evidenziato dalla difesa attorea, "dalla documentazione sanitaria in atti, fatta salva la prescrizione iniziale alla dimissione, per tutto il decorso post-operatorio non risulta alcuna osservazione circa il non corretto o non sufficientemente assiduo utilizzo da parte della paziente dei presidi per l'auto-dilatazione, neppure in occasione dell'ultima visita di controllo (nella quale, al contrario, risulta spontaneamente riferito dalla paziente, senza obiezioni da parte del sanitario, che "sta continuando regolarmente le dilatazioni neovaginali": v. doc. 5, fasc. attoreo)...la responsabilità del nosocomio si estende alla gestione del decorso post-operatorio (cd. follow-up), sui cui sanitari ricade l'obbligo di monitorare attivamente l'osservanza da parte del paziente delle prescrizioni terapeutiche finalizzate alla complessiva riuscita dell'intervento e ...la carenza/mancanza di dati clinici descrittivi che dimostrino la pretesa inosservanza da parte della paziente delle prescrizioni impartite dai sanitari in questa fase, si risolve nel mancato assolvimento del relativo onere probatorio incombente sulla struttura sanitaria di aver eseguito correttamente la prestazione".

Analogamente, l'intero operato della struttura, anche ante intervento, non risulta compiutamente descritto e documentato, sì da inficiare e viziare la stessa fase progettuale o della programmazione. In particolare, non si si rinvengono informazioni in punto esame obiettivo della paziente, e segnatamente riguardo a conformazione e misura del suo apparato genitale maschile, essenziali per una corretta progettazione dell'intervento, siccome previsto, cioè con la tecnica operatoria prescelta ("inversione peniena", ossia utilizzo del pene per successiva strutturazione e rivestimento interno della neo-vagina).

Ne consegue che non può dirsi nemmeno superato il rilievo dei cc.tt.uu. circa l'"inappropriata superficie tissutale (scrotale) adoperata in corso di intervento per il confezionamento del neo-organo, tale da non aver garantito un'appropriata lunghezza e capacità dello stesso" (oltre alla "mancata correzione tempestiva del prolasso della cupola della neovagina" di cui pure si è già detto).

Al riguardo, è invero noto che l'ipotesi di incompletezza della cartella clinica può risolversi in un insuccesso probatorio del sanitario, per non avere in sostanza saputo fornire la prova del diligente adempimento dei propri doveri professionali; e ciò anche alla luce del noto principio della "vicinanza della prova", ossia dell'"effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla", come affermato da Cass. civ. 11488/04 e poi da Cass civ. sez. III 31/03/16 n. 6209, secondo cui "... la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può tradursi, sul piano processuale, in un pregiudizio per il paziente (cfr. Cass. n. 1538/2010) e che è anzi consentito il ricorso alle presunzioni "in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da

provare avrebbe potuto essere invocato" (Cass. n. 11316/2003; cfr. Cass. n. 10060/2010))" (v. anche pronunce citate dall'odierna attrice: Cass. 582/2020, 19190/2018, 7450/2018, 22639/2016).

Dalla lettura della c.t.u. emerge altresì la possibilità, puramente teorica però, di un intervento di correzione: "Relativamente alla proposta di un "eventuale possibilità di eseguire" un intervento correttivo di amplificazione della neovagina (09.02.17) mediante una "dilatazione forzata per via smussa" con rimodellamento della cute delle grandi labbra, questo è stato rifiutato dalla ricorrente. Se, sotto il profilo clinico, non può negarsi la sussistenza di un'indicazione al reintervento non risulta in alcun modo possibile preventivarne l'esito né le eventuali complicanze".

Con la relazione integrativa del 7/02/23, viene ulteriormente precisato e chiarito che "1) nel caso in oggetto c'era e c'è indicazione a nuovo intervento correttivo/riparativo/di completamento, finalizzato a raggiungere un risultato anatomico e funzionale congruo all'indicazione chirurgica iniziale ("ri-assegnazione chirurgica del sesso da maschio a femmina") e, conseguentemente, un grado di soddisfazione adeguato della paziente: risultati non ottenuti col primo atto chirurgico; 2) non c'era indicazione ad eseguire subito il secondo intervento chirurgico (in urgenza, nell'ambito del medesimo ricovero), non essendo stato, nell'immediato, il primo invalidante o condizionante o determinante una qualità di vita insufficiente della paziente. Il secondo intervento avrebbe potuto essere differibile e programmabile in elezione pur tuttavia rimanendo indicato e raccomandato; 3) pur se dalla disamina della letteratura si evince che i tassi di successo e soddisfazione dei pazienti successivi a re-intervento correttivo o di completamento dopo riassegnazione chirurgica del sesso non sono elevati, ciò non esime, in un corretto percorso diagnostico-terapeutico-assistenziale (PDTA) l'equipe chirurgica dalla corretta formulazione diagnostica e indicazione terapeutica. La paziente, dopo adeguata informazione stabilirà se acconsentire. In conclusione si evidenziano due distinti aspetti specialistici urologici e medico-legali. Il primo aspetto, di natura strettamente tecnica, risulta il mancato ottenimento di un buon risultato anatomico-funzionale dell'intervento eseguito: si rimanda a quanto già espresso nella precedente C.T.U. (pag. 29). Il secondo aspetto che si evince riguarda la mancata esecuzione di un secondo intervento chirurgico ma, dalla documentazione in nostro possesso e dalla valutazione specialistica eseguita in corso di C.T.U., non è possibile stabilire con certezza quanto la mancata esecuzione di un secondo intervento sia da ascrivere a mancata presa in carico (comportamento omissivo da parte dei sanitari) e quanto da attribuire alla indecisione, al timore e alla sfiducia della paziente nei confronti dei sanitari".

In definitiva, erano scarse e meramente teoriche le possibilità di ottenere un'apprezzabile e seria emenda e comunque, anche sul punto, appare carente o in ogni caso non provata, una sufficiente diligenza dell'azienda (gravata dell'onere probatorio al riguardo), non bastando la mera generica proposta di un intervento correttivo, nemmeno supportata sul piano informativo.

D'altronde, una eventuale rilevanza della questione ex art. 1227 c.c. è stata eccepita dall'azienda convenuta solo tardivamente, quando era ormai decaduta dalla possibilità di sollevare eccezioni in senso tecnico, tale venendo normalmente considerata quella riconducibile al secondo comma dell'art. 1227 c.c., a differenza da quella riferibile al primo comma. **Come evidenziato da Cass. civ., ordinanza n. 19218 del 19/07/18, "In tema di risarcimento del danno, l'ipotesi del fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso (di cui al primo comma dell'art. 1227 c.c.) va distinta da quella (disciplinata dal secondo comma della medesima norma) riferibile ad un contegno dello stesso danneggiato che abbia prodotto il solo aggravamento del danno senza contribuire alla sua causazione, giacché - mentre nel primo caso il giudice deve procedere d'ufficio all'indagine in ordine al concorso di colpa del danneggiato, sempre che risultino prospettati gli elementi di fatto dai quali sia ricavabile la colpa concorrente, sul piano causale, dello stesso - la seconda di tali situazioni forma oggetto di un'eccezione in senso stretto, in quanto il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede". Idem, secondo Cass. Civ., Sez. III, 21/01/20 n. 1165, "l'ipotesi prevista dall'art. 1227, comma 1, c.c., riguardando il contributo eziologico del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso, va distinta da quella disciplinata dal comma 2 dello stesso articolo la quale, riferendosi al comportamento, successivo all'evento, con il quale il medesimo danneggiato abbia prodotto un aggravamento del danno ovvero non ne abbia ridotto l'entità, attiene al danno-conseguenza".**

Per altro verso, nemmeno la mancata sottoposizione della F. al proposto intervento correttivo basterebbe ad escludere una responsabilità di A. sotto il profilo indicato, alla luce di quanto pure chiarito dalla Cassazione. Oltre alla pronuncia citata dall'attrice, Cass. 22352/21, si vedano: Cass. civ., Sez. III, ordinanza n. 515 del 15/01/20: "**In tema di liquidazione del danno alla persona, è irrilevante il rifiuto del danneggiato di sottoporsi ad una emotrasfusione al fine di diminuire l'entità di tale danno, atteso che non sussiste alcun obbligo a suo carico di accettare questo trattamento medico, non essendo il suo rifiuto inquadrabile nell'ipotesi del concorso colposo del creditore previsto dall'art. 1227 c.c.**"; Cass. civ., Sez. I, ordinanza n. 3797 del 8/02/19, nel senso che "**l'art. 1227, comma 2, c.c., che costituisce un'applicazione dell'art. 1175 c.c., pur imponendo al creditore di tenere una condotta attiva, diretta a limitare le conseguenze dannose dell'altrui comportamento, non arriva a pretendere il compimento di attività gravose o implicanti rischi**"; Cass. civ., ordinanza n. 29352 del 14/11/18: "**In tema di risarcimento del danno, perché possa farsi luogo alla diminuzione del ristoro per concorso del creditore nella produzione del danno medesimo, è necessario che costui sia tenuto, per legge, o per contratto o per generico dovere di correttezza, ad adottare un determinato comportamento, inerente all'esecuzione del rapporto obbligatorio e idoneo a circoscrivere, se non ad escludere, gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento**"; Cass. civ., ordinanza n. 20146 del 30/07/18: "**Ai fini della concreta risarcibilità dei danni subiti dal creditore, l'art. 1227, comma 2, c.c., nel porre la condizione dell'inevitabilità dei danni attraverso l'uso dell'ordinaria diligenza, impone al creditore anche una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di tale comportamento; tuttavia, nell'ambito dell'ordinaria diligenza richiesta, sono ricomprese soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici**".

Per ciò che riguarda quindi il quantum, va previamente richiamata la più generale distinzione tra "danno patrimoniale" (atipico) ex art. 2043 c.c. e "danno non patrimoniale" ex art. 2059 c.c., quest'ultimo sganciato ormai

dai rigidi vincoli di cui all'art. 185 c.p.c. e piuttosto ricondotto a lesioni di valori (tipici) propri della Costituzione.
Sotto tale profilo, accanto alla nota categoria del "biologico" in senso stretto, viene in rilievo fra l'altro il cd. "danno morale soggettivo" o sofferenza psichica transeunte. Trattasi pur sempre di un possibile atteggiarsi del danno non patrimoniale ma la cui ontologica sussistenza ed autonomia sono state riaffermate dalla giurisprudenza, che ne ammette altresì una liquidazione autonoma (più precisamente, la S.C ha chiarito, con l'ordinanza del 19/02/19 n. 4878, sez. VI, che "nel procedere all'accertamento e alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito deve dunque tenere conto da una parte dell'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 235 del 2014, punto 10.1 e ss.) e, dall'altra, del recente intervento del legislatore sugli artt. 138 e 139 c.d.a. come modificati dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 17, la cui nuova rubrica ("danno non patrimoniale", sostituiva della precedente, "danno biologico"), e il cui contenuto consentono di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale da quello morale; ne deriva che il giudice deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale, sub specie del dolore, come in ipotesi della vergogna, della disistima di sé, della paura, ovvero della disperazione) quanto quello dinamico-relazionale (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto)". V. anche, in tema, Cass. 15733/22, 2464/20, 2788/2019, 901/18, 7513/18, 26805/17, 25817/17).
Resta peraltro fermo che solo una lesione seria e grave sarebbe risarcibile, senza duplicazioni (dando cioè diverso nome a identici pregiudizi) e pur potendo fare riferimento al fatto notorio, alle massime di esperienza e alle presunzioni, ma senza alcun automatismo e salvi i comuni oneri di allegazione e probatori, ossia dovendosi pur sempre dimostrare gli elementi di fatto da cui poter desumere esistenza ed entità del pregiudizio (v. soprattutto Cass. sez. un. n. 26972/08, nonché - nel senso che il danno morale non sarebbe comunque ravvisabile ipso iure - Cass. 10527/11; si vedano anche, in argomento, Cass. 21939/17, 23778/14, 24471/14).
Ciò posto, si aderisce senz'altro ai parametri elaborati dal Tribunale di Milano, siccome da ultimo rivisti ed aggiornati a valere dall'aprile 2021. Ciò, sempre sulla scorta degli innovativi principi espressi nelle quattro note sentenze della Cassazione del novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, nell'ottica di garantire unitarietà ed onnicomprensività del risarcimento, ossia prescindendo da inutili sottocategorie o duplicazioni, pur ferma restando la necessaria integralità del risarcimento stesso; ricordata altresì l'indicazione ben precisa fornita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 184/86, secondo cui occorre contemperare un'obiettiva esigenza di "uniformità pecuniaria di base" con una altrettanto apprezzabile di "elasticità e flessibilità", al fine di poter adeguare la quantificazione del danno al caso concreto; esigenza infine fatta propria con le pure note pronunce nn. 12408 e 14402 del 2011 e 20292/12, che appunto alle tabelle milanesi rimandano quale doveroso strumento di liquidazione.
Più precisamente, da un lato, vengono rivisti in melius, in un'ottica onnicomprensiva, i valori per il danno non patrimoniale da invalidità temporanea, ora oscillanti da Euro 99,00 ad Euro 149,00 per ogni giorno di invalidità al 100% (idem sono state aumentate le voci di danno per perdita del rapporto parentale); dall'altro lato, viene previsto un sistema di liquidazione del danno da lesione permanente dell'integrità psico-fisica nel senso di separare il "danno biologico" dal cosiddetto "incremento per sofferenza" (o "danno morale"), computandone cioè i risvolti sia anatomo-funzionali e dinamico-relazionali, sia in termini di dolore o sofferenza soggettiva, secondo valori medi o "standardizzabili" (pure superiori rispetto a quelli di cui alle tabelle degli anni precedenti). Vengono quindi previste percentuali di aumento - con possibilità di superare i massimi, in casi eccezionali - in ragione delle singole peculiarità della fattispecie concreta, che siano allegate e provate (anche in via presuntiva), onde consentire una congrua "personalizzazione".
Su tale ultimo specifico punto, si ricorda inoltre che la Corte di Cassazione, segnatamente con le ordinanze n. 7513/18, 4878/19 e 25164/20, ha evidenziato che, **in presenza di un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento (prevista dalla stessa legge o dalle tabelle adottate dai giudici di merito) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale e peculiari (ovviamente da allegare e provare), mentre le conseguenze normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit non consentono né giustificano alcuna personalizzazione in aumento. Ciò, sull'evidente presupposto che la nozione, anche medico-legale, di "danno biologico" è già comprensiva, oltre che della lesione all'integrità psicofisica in sé e per sé, anche dell'incidenza negativa che questa esplica sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti; ipotesi da cui va dunque distinta quella in cui si sia verificata una compromissione di attività "particolari", ovvero di "particolari aspetti dinamico-relazionali". Resta peraltro salva la possibilità di riconoscere una somma aggiuntiva in caso di pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, in quanto non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, come avviene per quei danni non patrimoniali non derivanti da una lesione della salute, ma dalla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati.**
Ciò premesso, non può che farsi riferimento, in primo luogo, alle chiare ed esaustive conclusioni assunte in sede di c.t.u., come da elaborato dd. 12/10/22.
In particolare, esclusa la configurabilità di una inabilità temporanea, risulta accertata una invalidità permanente, sotto un duplice profilo, fisico-funzionale e psichico.
Scrive in particolare il c.t.u. specialista dott. Amenta: "sotto il profilo urologico...la presenza di una neovagina di dimensioni nettamente ridotte ("...lunghezza massima di circa 5-6 cm.") - sostanzialmente analoghe a quelle rilevate presso il controllo del 09.02.17 ("...circa 6 cm...": v.s.) - assieme ad un neo-clitoride "solo modestamente rappresentato, introflesso, evidenziabile solo alla palpazione ed alla divaricazione delle piccole labbra, iposensibile" giustificano, sotto il profilo funzionale, l'insufficiente capienza al coito (neovagina scarsamente abitabile) e l'anorgasmia riferita dalla ricorrente. Si concorda con quanto sostenuto, in sede stragiudiziale, dal CTP della ricorrente relativamente ad un'evoluzione post-operatoria pregiudicata dal prolasso della cupola vaginale (strumentalmente documentato dalla RMN effettuata in VIa giornata, il tutto nel contesto di una condizione peraltro non contemplata nel modello di consenso informato) ascrivibile ad un insufficiente ancoraggio nei confronti del quale non si riteneva necessario espletare un intervento correttivo".
La percentuale di I.P. per il danno in questione viene quindi quantificata nella misura del 15%.
Quanto al danno psichico (s'intende sempre sul piano biologico della salute), si legge nella relazione di c.t.u. - sulla

scorta anche delle certificazioni sanitarie dimesse (v. dott. L. Merati, medico specialista in psicologia clinica, e dott. R. Paterniti) - che "La diagnosi clinica è di disturbo dell'adattamento (DA) con umore depresso e ansia.... La sintomatologia lamentata dalla sig.ra F.A. è tipica nelle sue espressioni sintomatologiche e nel suo sviluppo, di una reazione psicogena a fattori particolarmente stressanti e dolorosi. Tale condizione patologica si è sviluppata sulla base dei risultati ritenuti non soddisfacenti dell'intervento di modifica dei caratteri sessuali primari MF...Se tale nesso causale venisse acclarato sarebbe lecito accreditare un danno biologico di natura psichica come disturbo dell'adattamento con umore depresso e ansia, come del resto diagnosticato anche dal consulente di parte della sig.ra dott. Rolando Paterniti (vedi documentazione clinica). La valutazione percentuale di tale danno, secondo le usuali tabelle 1 si stima in 10 punti percentuali... sotto il profilo psichiatrico (coCTU dott. F. Piani) risulta confermata la presenza di un quadro reattivo rientrante nell'ambito del Disturbo correlato a eventi traumatici e stressanti con altra specificazione, ossia una condizione sostanzialmente analoga al diagnosticato Disturbo dell'Adattamento a esordio sintomatologico differito".

Viene quindi precisato che "Sotto il profilo operativo, essendo escluso il criterio della semplice sommatoria delle singole percentuali, e dovendosi operare la globale incidenza dei singoli danni sull'integrità psico-fisica della ricorrente (a sua volta modulabile in base alla maggiore o minore incidenza di danni fra loro concorrenti o coesistenti) questa CTU ritiene adeguata al danno complessivo una tariffa indennitaria del 22% di riduzione dell'integrità psico-fisica".

Tale misura risulta accettata anche dal c.t.p. att. dott. Pedoja, (che invero "ritiene di poter condividere la valutazione del danno biologico correttamente individuato nella misura del 22%, secondo i riferimenti delle Linee Guida SIMLA 2016"). Pertanto, applicato il coefficiente moltiplicativo corrispondente all'età del soggetto danneggiato al momento del fatto (44 anni), spettano Euro 83.030,00, di cui Euro 60.167,00 per biologico e il resto quale incremento per il danno psichico.

Quest'ultimo si è senz'altro verificato, visto il complessivo contesto, di cui si è detto, specie considerando natura, tipologia ed entità delle problematiche conseguite e tenuto conto del grado comunque rilevante di menomazione nella sfera dinamico-esistenziale e di sofferenza psico-fisica via via subito, quale non solo specificamente allegato dall'attrice, ma anche riscontrato dai cc.tt.uu.; e ciò anche a prescindere dal livello attribuito a tale posta (i cc.tt.uu. - dando atto che il primo esempio di tabellazione, elaborato dalla Società M.L.T., distingue, "nell'ambito dell'invalidità permanente: il dolore fisico cronico, l'interferenza psicologica sulle condizioni esistenziali e la modificazione dell'esteriorità e della percezione dell'individualità somatica" - affermano che "Essendo usuale, come da indicazioni del Tribunale di Milano, l'adozione del metodo di valutazione del grado di sofferenza psico-fisica "in una scala da 1 a 5" e potendosi deduttivamente parametrarlo ai criteri suggeriti dalla Società M.L.T. si potrà indicare, relativamente alla di invalidità permanente un livello di sofferenza di grado medio". Al contrario, il c.t.p. attoreo invoca un "necessario "assestamento" sui parametri qualitativi della componente "sofferenza menomazione correlata"... un esito che ha gravemente limitato alla signora F. la possibilità di ridefinire la propria capacità sessuale, annullando le proprie "aspettative" esistenziali e relazionali. Condizione menomativa che giustifica quindi il perdurare e grave disagio psicologico connesso alla effettiva percezione negativa del mancato raggiungimento della propria identità somatica e sessuale, a prescindere dalle rilevanti interferenze sulla vita di relazione. Ne consegue che, utilizzando la più estensiva e consolidata parametrazione proposta dalla Società M.L.T., il riferimento valutativo di ordine qualitativo per la sofferenza - menomazione correlate non può che essere definite di grado "elevato""). Al riguardo, peraltro, non può omettersi di rilevare peso ed incidenza non trascurabili - con riferimento anche al piano psichico-relazionale di cui si discute - del pessimo risultato estetico (come da fotografie esibite), anche al di là di quanto scrive il c.t.u. dott. Amenta ("Ritengo il risultato estetico complessivamente sufficiente").

Quanto poi all'applicabilità di una qualche percentuale di aumento, non è dato in realtà rinvenire idonea e compiuta allegazione od offerta probatoria di specifiche e concrete circostanze atte a sorreggere e sostenere l'invocata "personalizzazione". Non può parlarsi invero di evenienze eccezionali, perciò non già ricomprese e computate nell'ambito dei valori standard sopra richiamati e di cui comunque la c.t.u. ha tenuto conto nel quantificare postumi invalidanti e connessa sofferenza, soppesando cioè ogni negativa ripercussione nella sfera soggettiva e dinamica; con ciò, discutendosi dunque di conseguenze tutto sommato "normali", non tali da giustificare un superamento dei detti valori standard, tanto meno nella misura reclamata del 37%.

Peraltro, la obiettiva ed innegabile peculiarità delle conseguenze patite, se non giustifica l'incremento di cui sopra, configura però sicuramente una ulteriore ed autonoma fonte di pregiudizio risarcibile, sotto altro piano e ordine di valori.

Come osservato dalla difesa attorea, e come già riconosciuto da taluni giudici di merito, viene in rilievo una lesione del "diritto all'identità di genere", nelle sue implicazioni esistenziali, psichiche e relazionali, rientrante nel novero dei valori fondamentali della Carta di Nizza e della convenzione E.D.U., in definitiva riconducibili nell'alveo dell'art. 2 Cost..

Trattasi di danno distinto ed autonomo rispetto al danno alla salute (biologico e connesso psichico) e perciò suscettibile di autonomo ristoro (il Tribunale Savona parla di "diritto della persona di scegliere la propria identità sessuale, femminile o maschile, a prescindere dal dato biologico e di essere riconosciuta ed identificata, sia nell'ambiente sociale in cui opera che nella famiglia, in modo corrispondente al sesso cui sente di appartenere, anche se diverso da quello accertato al momento della nascita"; da ultimo, si veda anche Tribunale Cuneo 203/24, che ravvisa "un diritto inviolabile che compone il profilo personale e relazionale di un individuo").

Tale danno, in assenza di tabelle, o di specifici dati statistici, dando atto dell'obiettiva difficoltà di una ricostruzione obiettiva, può liquidarsi in via di equità ex art. 1226 c.c., nella misura che si ritiene congrua di Euro 35.000, anche rapportandosi al grado di I.P..

L'attrice ha altresì lamentato un danno al diritto di autodeterminazione, per insufficiente o difettosa informativa.

Trattasi di diritto differente dal bene-salute, cui corrisponde l'obbligo del medico di fornire informazioni dettagliate, ovvero prospettare tutte le possibili alternative ed opzioni e costi e rischi connessi, in quanto "adempimento strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative" (Cass. 28985/2019, punto 2.1, cfr. Cass. 20984/2012, Cass. 27751/2013).

Come precisato da Cass. civ. sez. III, 15/04/2019 n. 10423, "**L'acquisizione del consenso informato del paziente da**

parte del sanitario costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, e costituisce autonoma fonte di responsabilità; pertanto, se viene lamentata la violazione al diritto all'autodeterminazione, l'esito dell'intervento e la sua necessarietà sono irrilevanti". Cass. civ., Sez. III, 30/10/23 n. 30032 parla di "conseguenze dannose, diverse dal danno da lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso". Idem, secondo Cass. civ. sez. III, 29/03/2019 n. 8756, "La correttezza o meno del trattamento sanitario non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni". Analogamente, Cass. civ. sez. III, 28/06/2018, n. 17022 parla di "lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute, e dà luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.".

È pur vero che lo stesso fatto della violazione del dovere di informativa in questione "può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute" (così Cass. civ. sez. III, 23/03/2018, n.7248).

In punto oneri probatori, Cass. civ. sez. III, 21/06/2018, n.16324 ha bene chiarito che "In tema di responsabilità sanitaria la dimostrazione dell'assolvimento dell'obbligo (di avere posto il paziente nelle condizioni) di prestare il consenso informato, che si qualifica quale obbligo contrattuale ex articolo 1218 del codice civile grava sulla struttura ospedaliera. ... La dimostrazione - invece - di un nesso causale tra la lesione del diritto di autodeterminazione e danno effettivamente subito, spetta al paziente, rientrando tale elemento tra gli oneri in capo all'attore qui dicet". Cass. civ sez. III, 15/05/2018, n.11749 precisa altresì che "In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, laddove si alleghi che la violazione, da parte del medico, dell'obbligo di acquisire il consenso informato abbia determinato (anche) un danno alla salute, è onere del paziente dimostrare, anche per presunzioni, che, ove compiutamente informato, avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento; questa prova non è invece necessaria ai fini dell'autonoma risarcibilità del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerato, ossia del danno-conseguenza rappresentato dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso, e che corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità e all'"id quod plerumque accidit", la cui risarcibilità non esige una specifica prova, ferme restando la possibilità di contestazione della controparte e quella del paziente di allegare e provare fatti a sé ancor più favorevoli, di cui intenda giovarsi ai fini risarcitori".

Quanto alle modalità di adempimento del dovere di informativa, è utile richiamare Cass. civ. sez. III, 19/09/2019, n. 23328, secondo cui **"In tema di attività medico-chirurgica, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone**".

Anche il danno in argomento non potrà che liquidarsi in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226, c.c..

In proposito, Cass. civ. sez. III, 03/11/2020, n. 24462 ha affermato che "In assenza del consenso informato, l'ospedale deve risarcire la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente, consistente nel meditare su possibili alternative all'intervento eseguito, o ricorrere a diverse strutture, o ancora di accettare psicologicamente l'idea di subire interventi demolitivi" (nel caso esaminato, veniva lamentato l'inadempimento dell'obbligo al consenso informato relativamente a un intervento di angioplastica, che avrebbe potuto essere evitato seguendo una terapia farmacologica). È ben vero che va escluso ogni automatismo. Così Cass. civ. sez. III, 04/11/2020, n.24471 ritiene che "anche qualora venga dedotta la violazione del diritto all'autodeterminazione, sia indispensabile allegare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito, dovendosi negare un danno in "re ipsa"" (idem, Cass. 9887/20 e 17806/20). In tema, merita menzione anche Cass. civ. sez. III, 22/08/2018, n.20885, secondo cui occorre che "sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi"; idem, Cass. civ. sez. III, 21/06/2018, n.16336, ammette il ricorso alle presunzioni e richiede che "il pregiudizio abbia varcato la soglia della gravità dell'offesa e, dunque, che il relativo diritto sia stato inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, non essendo predicabile un danno in re ipsa" (v. anche Cass. civ. sez. III, 04/05/2018, n.10608, che richiama anche il criterio equitativo).

Nella specie, A. non ha adeguatamente assolto all'onere probatorio sullo stesso gravante, a fronte dei rilievi attorei.

Nel modulo di consenso informato in atti, è riportata una generica e scarna elencazione delle possibili complicanze ("1) formazione di fistole; 2) perdita di sangue, ematoma, sieroma, infezione, suppurazione; 3) necrosi del tessuto di rivestimento della cavità vaginale", come anche da relazione del collegio

peritale (pag. 26, con riferimento al doc. 24 att.). Non vi rientrano il prolasso della cupola della neo-vagina e l'anorgasmia poi accertati, né la stenosi della neo-vagina ipotizzata dal c.t.p. conv.. Né vi è menzione della possibile ridotta dimensione in lunghezza della neo-vagina per la scarsa disponibilità tissutale, o della possibilità di optare per diverse tecniche correttive (utilizzo di ulteriori innesti cutanei) o alternative (colon-vaginoplastica). Nulla viene detto poi su costi/benefici dell'intervento, esperienza dell'équipe chirurgica, modalità convalescenza e attività di toelettatura od altre richieste alla paziente, sia nell'immediato post-operatorio che per il periodo successivo.

Un tanto "ha impedito, indubbiamente, alla paziente di esercitare un consenso consapevole all'intervento, che comprendesse non solo la valutazione se sottoporsi all'intervento medesimo, ma anche se optare eventualmente per una diversa tecnica chirurgica rispetto all'unica prospettata dai sanitari dell'Ospedale giuliano, rivolgendosi ad altra struttura, dato che quella non contemplava tecniche alternative". Appare del resto verosimile che la F., ove debitamente informata, non si sarebbe nemmeno sottoposta all'intervento, così come appaiono del tutto credibili lo "sconcerto di avere appreso che una doverosa informazione avrebbe potuto cambiare la sua vita", il "pensiero doloroso ricorrente di come tutto questo poteva essere evitato...".

Ciò basta a fa ritenere leso il diritto fondamentale dell'attrice all'autodeterminazione di cui trattasi, costituzionalmente garantito dagli articoli 13 e 32,.

In definitiva, la F. ha subito un innegabile e non trascurabile pregiudizio in termini di stato di ansia, angoscia e sofferenza, di spessore intuitivamente rilevante, che ben può essere quindi monetizzato, in via equitativa, nella misura di Euro 5.000.

Nella sfera patrimoniale, vanno rimborsate le spese mediche necessarie correlate al sinistro, inclusi i costi per assistenza medico-legale, trattandosi di attività pur sempre giustificata e necessaria a sostenere le ragioni dell'attrice in giudizio, specie considerando complessità e delicatezza delle questioni. In particolare, sono state riconosciute congrue le seguenti poste: a) spese IVAte: fondo spese per consulenza medico legale (fattura (...) rilasciata dal dott. E. Pedoja il 22.05.18) pari ad Euro 732,00 (IVA inclusa); - relazione psichiatrica forense dott. R. Paterniti (fattura n. (...) dd. 26.11.18 A.C.) pari ad Euro 1.098,00 (IVA inclusa); - saldo per consulenza tecnica medico legale (fattura (...) rilasciata dal dott. E.Pedoja il 21.01.19 (pari ad Euro 2.200,00 IVA inclusa); b) spese mediche (non IVAte): per complessivi Euro 2.078,19.

Pertanto, le domande attoree meritano accoglimento nei termini e limiti sopra indicati.

Spetterà altresì, sulle sole somme riconosciute per danno biologico e connesso psichico e per danni patrimoniali (dovendosi considerare le restanti già attualizzate), la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT sino alla data della presente decisione, con decorrenza dal marzo 2021, quanto alle prime, e quindi dalla data dei singoli esborsi, quanto ai costi di relazioni e pareri tecnici, ovvero - in via di semplificazione - dal 30/06/15 per l'importo di Euro 2.078,19 corrispondente alle spese mediche sostenute.

Gli interessi, al tasso legale, andranno poi computati sulla scorta di Cass. sez. un. 1712/95 (e numerose successive pronunce conformi). Non si condivide invece l'orientamento, in realtà minoritario, da ultimo espresso da Cass. 61/23 (circa l'applicabilità, a partire dalla data della domanda, del superiore tasso per le transazioni commerciali ex art. 1284 comma 4 c.c.).

Infine, le spese e gli oneri della c.t.u. seguono la soccombenza della parte convenuta, con liquidazione come da D.M. n. 55 del 2014, ed anche ex artt. 4 comma 1 e 5 comma 1, avendo riguardo ai valori medi e con l'aggiornamento ex D.M. n. 147 del 2022; costo di c.t.p. parametrato sui compensi liquidati ai cc.tt.uu., stante il potere del Giudice di ridurre le spese ritenute ridondanti ed eccessive.

P.Q.M.

ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando, condanna la parte convenuta A., in persona del legale rappresentante, a pagare all'attrice A.F. le seguenti somme:

- per danni non patrimoniali Euro, di cui Euro 83.030,00 per danni alla salute (Euro 60.167,00 per biologico), Euro 35.000 per danno all'identità di genere, Euro 5.000 per lesione del diritto all'autodeterminazione;
- per danni patrimoniali Euro 6.108,19;
- con la rivalutazione monetaria sino ad oggi, dal marzo 2021 quanto ad Euro 83.030,00, dalla data dei singoli esborsi quanto ad Euro 4.030, dal 30/06/15 per l'importo di Euro 2.078,19;
- nonché con gli interessi legali, così computati: a) quanto ai danni non patrimoniali, sulle corrispondenti somme capitali ad oggi dovute e le medesime devalutate al 6/05/15, per il periodo intercorrente tra tale data e quella di oggi, e quindi sulle somme ad oggi spettanti, per il periodo successivo sino al saldo; 2) quanto al danno emergente, sulla media tra la corrispondente sorte capitale e la stessa rivalutata ad oggi, per il periodo intercorrente tra date esborsi o 30/6/15 e data di oggi, e quindi sulla somma ad oggi dovuta, per il periodo successivo sino al definitivo soddisfo;

condanna altresì la convenuta a rifondere all'attrice le rispettive spese di lite, liquidate in Euro 14.103 per compensi ed Euro 596 per esborsi, oltre spese gen. 15% ed IVA e CAP di legge; con distrazione in favore del procuratore dichiaratosi anticipatario; Euro 1.500 con oneri di legge per costo c.t.p.;

pone gli oneri della c.t.u. in via definitiva a carico di parte convenuta.

Esprime nulla osta ex art. 59 lett. d) D.P.R. n. 131 del 1986, come modificato da D.L. n. 193 del 2016, alla registrazione a debito dell'imposta, da recuperarsi nei confronti della parte obbligata al risarcimento del danno, siccome qui individuata.

Così deciso in Trieste, il 16 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 23 maggio 2024.

Bipolarismo risarcitorio, danni patrimoniali e danni non patrimoniali

TRIBUNALE di Ascoli Piceno, sentenza 30 maggio 2024, n. 404; Giud. Foti

Nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e danni non patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare, per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di danno, con contenuto descrittivo - ed in questo senso ed a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione danno esistenziale, accanto a quella di danno morale e danno biologico - tenendo conto che, da una parte, deve essere liquidato tutto il danno, non lasciando privi di risarcimento profili di detto danno, ma che, dall'altra, deve essere evitata la duplicazione dello stesso che urta contro la natura e la funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… Omissis…

Ciò posto, accertata la responsabilità dei sanitari, è pacifico che nel caso di paziente preso in carico presso una struttura deputata a fornire assistenza sanitaria, la responsabilità della stessa per danni cagionati dai medici propri dipendenti agli utenti, si instaura sulla base del contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura (c.d. contratto di spetalità). Sul punto la Cassazione è stata costante nell'affermare che "l'**accettazione di un paziente in una struttura ospedaliera (pubblica o privata) ai fini del ricovero o di una visita comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, laddove la responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è fondata sul contatto sociale instauratosi tra questo ultimo e il medico**" (ex multis Cass. 7768 del 2015). In particolare, **l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che l'azienda sanitaria risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa dai suoi dipendenti, alla stregua delle norme di cui agli art. 1176 e 2236 c.c., essendo ravvisabile una responsabilità contrattuale del committente per l'errore commesso dai suoi preposti (ex multis Cass. Sez. 3, 8 maggio 2001, n. 6386). La responsabilità del medico, poi, si espande alla struttura sanitaria ove lo stesso opera e nella cui organizzazione è inserito: l'art. 1228 c.c., infatti, esplica una forma di responsabilità contrattuale indiretta secondo cui: "il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi". La struttura sanitaria, pertanto, sarà responsabile (Cass. Civ., Sez. III, 28/8/2009, n. 18805; Cass. Civ., Sez. III, 31/03/2015, n. 6436) in caso di malpractice del proprio dipendente: la stessa per essere esente da responsabilità dovrà dimostrare di aver predisposto in maniera ottimale e tempestiva tutti i servizi richiestigli e di essersi avvalsa, nell'esplicazione degli stessi, di personale idoneo e competente.**

La predetta impostazione, come noto, è stata pienamente recepita dalla legge "Gelli-Bianco" che, facendo propri gli approdi della giurisprudenza sul punto, ha qualificato positivamente la responsabilità della struttura sanitaria come contrattuale ex art. 1218 c.c. e ss.

Ne consegue che la struttura o il professionista sanitario sono tenuti a svolgere la propria attività utilizzando i mezzi scientifici più idonei a raggiungere il risultato favorevole al paziente-creditore, mentre non è richiesto l'effettivo raggiungimento di un determinato risultato, nella specie la guarigione. L'inadempimento all'obbligazione, pertanto, deve essere desunto non già semplicemente dal mancato raggiungimento del risultato, bensì dalla diligenza richiesta ai fini dell'esecuzione della prestazione professionale. La diligenza, a propria, volta, dovrà essere valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata (ai sensi dell'art. 1176 c.c.) e, ai sensi dell'art. 2236 c.c., qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non potrà rispondere dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

Colpa grave che, nel caso di specie può dirsi sussistente in capo ai sanitari dipendenti dell'A.M..

Chiarito tale aspetto, correttamente il collegio peritale, anche a seguito delle osservazioni presentate dalle parti, ha riconosciuto il danno iatrogeno che ci occupa quale "danno differenziale" posto che anche in assenza dell'errore medico, sarebbero residuati postumi invalidanti in capo alla Z. in misura dell'1% a fronte di una menomazione anatomo-funzionale residuata - comprensiva del danno causalmente ricollegabile all'errore medico - pari al 6%. Può dirsi, dunque, che il "danno differenziale" subito dalla Z. ed addebitabile alla colpa dei sanitari che l'ebbero in cura è del 5% a partire da un'invalidità dell'1%.

Pertanto, al fine di quantificare il danno differenziale ascrivibile alla resistente sarà necessario, dapprima, quantificare il danno non patrimoniale che sarebbe residuato comunque all'attrice anche in assenza dell'errato intervento dei sanitari; in secondo luogo, quantificare il danno effettivamente patito a seguito dell'errore medico evidenziato e, da ultimo, sottrarre a tale ultimo valore ottenuto il valore economico del danno che sarebbe comunque residuato.

Al fine di tradurre in termini monetari tali valori, in forza dell'art. 7 co. 4 L. n. 24 del 2017 andranno applicate le tabelle di cui all'articoli 138 e 139 del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. Codice delle Assicurazioni Private).

Pertanto, applicando le tabelle di cui al citato art. 139 del Codice delle Assicurazioni (D.Lgs. n. 209 del 2005), così come aggiornate dal D.M. 16 ottobre 2023 pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 247 del 21/10/2023, tenuto conto dell'età del soggetto, si avrà che, nel caso in cui i sanitari del avessero tenuto un comportamento diligente e scrupoloso, sarebbero residuati postumi invalidanti, in capo alla Z. quantificabili in complessivi Euro 770,62 (invalidità permanente residuata 1%). Diversamente, come visto, alla Z., proprio a causa dell'errore medico che ci occupa, sono residuati postumi invalidanti pari al 6% quantificabili in

complessivi Euro 7860,32. Ne discende che il danno differenziale ascrivibile all'erroneo comportamento dei sanitari e, per essi, della convenuta è pari a complessivi Euro 7.089,7 somma già attualizzata.

Ciò posto, non si ritiene che possano essere liquidate ulteriori somme a titolo di personalizzazione ovvero di danno morale.

Sul punto è bene ricordare come, alla luce del costante orientamento della Corte di Cassazione, non è più ammesso il riconoscimento di molteplici voci di liquidazione del danno non patrimoniale e ciò al fine di evitare inammissibili duplicazioni risarcitorie. Com'è noto, infatti, **si è avuto espresso riconoscimento di un sistema di risarcimento del danno alla persona bipolare - ossia di danno patrimoniale e non patrimoniale - ove quest'ultimo comprende il danno biologico in senso stretto (inteso, per espressa previsione dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni Private come "la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito"), il danno morale come tradizionalmente inteso (inteso come sofferenza morale, non necessariamente transeunte, turbamento dello stato d'animo del danneggiato), nonché tutti quei pregiudizi diversi e ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto ovvero di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.**

In sostanza, secondo tale orientamento, ribadito dalla storica sentenza della Suprema Corte a Sezioni unite n. 26972 del 2008, condiviso da questo Tribunale, "nel bipolarismo risarcitorio (danni patrimoniali e danni non patrimoniali) previsto dalla legge, al di là della questione puramente nominalistica, non è possibile creare nuove categorie di danni, ma solo adottare, per chiarezza del percorso liquidatorio, voci o profili di danno, con contenuto descrittivo - ed in questo senso ed a questo fine può essere utilizzata anche la locuzione danno esistenziale, accanto a quella di danno morale e danno biologico - tenendo conto che, da una parte, deve essere liquidato tutto il danno, non lasciando privi di risarcimento profili di detto danno, ma che, dall'altra, deve essere evitata la duplicazione dello stesso che urta contro la natura e la funzione puramente risarcitoria della responsabilità aquiliana" (cfr. anche ex multis Cass. Sez. III n. 22884 del 30.10.2007).

Più di recente è stato precisato dalla Cassazione con la sentenza del 17/01/2018 n. 901 che **la natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, come predicata dalle richiamate Sezioni Unite della S.C., deve essere interpretata, rispettivamente, nel senso di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto non suscettibile di valutazione economica e come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie, attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità, procedendo ad un accertamento concreto e non astratto, dando ingresso a tutti i mezzi di prova normativamente previsti, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.**

Da ciò discende che in tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti occorrerà valutare rigorosamente, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo in pejus rispetto alla vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile - alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale (sent. n. 235 del 2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A., come modificati dalla L. annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017, n. 124) - è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti.

Seguendo tale insegnamento, dunque, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno morale - inteso come sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute -.

È stato infatti confermato, sia sul piano normativo che sul piano interpretativo, "**il principio dell'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, atteso che il sintagma danno morale allude a una realtà che (diversamente dal danno biologico) rimane in sé insuscettibile di alcun accertamento medico-legale, e si sostanzia nella rappresentazione di uno stato d'animo di sofferenza interiore del tutto autonomo e indipendente (pur potendole influenzare) dalle vicende dinamico-relazionali della vita del danneggiato (v. Sez. 3, Sentenza n. 25164 del 10/11/2020); da tali premesse discende che, nel procedere alla liquidazione del complessivo danno non patrimoniale, il giudice di merito dovrà: 1) accertare l'esistenza, nel singolo caso, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale (c.d. danno biologico) e del danno morale; 2) in caso di positivo accertamento dell'esistenza (anche) di quest'ultimo, determinare il quantum risarcitorio applicando integralmente le tabelle di Milano, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno, ma pervengono (non correttamente, per quanto si dirà nel successivo punto 3) all'indicazione di un valore monetario complessivo (costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno); 3) in caso di negativo accertamento, e di conseguente esclusione della componente morale del danno (accertamento da condurre caso per caso), considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall'aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale (biologico)" (così Cass. 15733/22). Conclusione che devono certamente valere anche nel caso in cui la liquidazione sia effettuata mediante le tabelle di cui al Codice delle Assicurazioni.**

In altri termini, è stata esclusa l'automatica attribuzione anche del danno morale, quale porzione del danno biologico complessivamente considerato, essendo onere della parte che agisce in giudizio, in base agli ordinari criteri di distribuzione dell'onere probatorio, quello di

portare all'attenzione del giudice - anche per presunzioni - la necessità di liquidare anche il danno patito dal soggetto sul piano morale.

In conclusione, per dirla con le parole della più recente Corte di Cassazione la misura standard del risarcimento potrà essere aumentata "solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale e affatto peculiari" e di cui, chiaramente, la parte abbia fornito adeguata prova (cfr. Cassazione civile, sez. III, ordinanza 27/03/2018 n. 7513).

Conseguenze dannose ulteriori e peculiari che, sul piano non patrimoniale, nel caso di specie non sono state nemmeno allegate dalla parte attrice e non si ritengono sussistenti anche in considerazione della esiguità delle lesioni di cui si discute che, va detto, avrebbero richiesto una prova assai più rigorosa dell'asserito danno morale. D'altro canto, è lo stesso art. 139 del Codice delle Assicurazioni private, all'ultimo comma a prevedere che solo "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 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". Evenienza che non si è palesate nel caso di specie posto che nella percentuale di invalidità permanente direttamente ed immediatamente ascrivibile all'errore medico che ci occupa, sono già ricomprese tutte le ripercussioni negative - considerate quali conseguenze dirette ed immediate dell'inadempimento - che l'attrice ha subito e subirà per il resto della propria esistenza alla stregua di un qualunque altro soggetto nella medesima condizione.

Se infatti, da un lato, la Z. non ha né allegato né provato l'esistenza di uno specifico danno non patrimoniale ulteriore rispetto a quello che qualunque soggetto, nella medesima situazione dello stesso, avrebbe patito, dall'altro occorre anche in questa sede ribadire come il giudice non potrebbe ritenere l'esistenza di tale danno in re ipsa. Come noto, infatti, al fine di vedersi riconosciuto il c.d. danno conseguenza anche sotto forma di personalizzazione del danno ovvero di danno morale, è il danneggiato ad essere onerato dall'allegazione non solo di tutte le circostanze utili ad apprezzare la concreta incidenza della lesione su specifici aspetti della vita del soggetto non considerati nel c.d. danno biologico, ma anche la specifica - e fuori dal comune - incidenza che tali circostanze hanno avuto nello svolgimento di particolari attività o stili di vita del soggetto ovvero nella sua sfera interiore (danno morale).

Per ciò che concerne, invece, il danno da invalidità temporanea, i CCTTUU accertavano che, qualora l'intervento fosse stato eseguito in base alle leges artis, l'invalidità temporanea che sarebbe residuata in capo alla Z. sarebbe stata di 40 giorni in misura del 25%. Ed invece, come pure rilevato dall'analisi della documentazione in atti, la Z. ha subito, a seguito dell'errore medico, un "danno temporaneo complessivo ... valutabile, per i primi 40 giorni, in misura del 100%" (così si legge nella risposta alle osservazioni dei CCTTUU) oltre ad un danno temporaneo, questo integralmente ascrivibile all'errore sanitario, al 50% di giorni 30 ed un danno temporaneo di ulteriori 30 giorni al 25%.

Ne discende che, anche in questo caso, andrà correttamente calcolato il "danno differenziale" da invalidità temporanea sottraendo all'invalidità che sarebbe comunque residuata in capo alla Z. anche in assenza dell'errore medico (40 giorni di ITP al 25%), quella effettivamente sopportata.

Pertanto, dall'importo di Euro 3.425,00 (40 giorni di invalidità temporanea totale Euro 2.192,00; 30 giorni di invalidità temporanea parziale al 50% Euro 822,00; 30 giorni di invalidità temporanea parziale al 25% Euro 411,00) andrà detratto l'importo di Euro 548,00 (40 giorni di ITP al 25%), ossia il valore monetario dell'invalidità temporanea che avrebbe dovuto sopportare comunque l'attrice anche in assenza dell'errore iatrogeno.

In conclusione, a titolo di danno biologico temporaneo "differenziale" causalmente ricollegabile alla colpa dei sanitari, spetterà all'attrice un complessivo importo di Euro 2.877,00, somma già rivalutata.

In relazione al danno patrimoniale, parte attrice affermava l'esistenza di esborsi, causalmente riconducibili all'errore sanitario che ci occupa, in misura di Euro 700,00 senza tuttavia nemmeno allegare a quali spese tale somma sarebbe riferibile. In considerazione della genericità della richiesta, dunque, tale voce di danno non può essere riconosciuta.

In conclusione, parte convenuta andrà condannata al risarcimento, in favore di parte attrice della complessiva somma di Euro 9.966,7, somma già rivalutata. Su tale somma dovranno conteggiarsi gli interessi dal giorno del fatto alla data della presente pronuncia. Al fine di effettuare tale calcolo, in base al costante insegnamento della Corte di Cassazione sarà necessario "devalutare" tale somma al giorno in cui si è consumato l'illecito e sull'importo così ottenuto calcolare gli interessi sulla somma anno per anno rivalutata (Cass. Civ. Sez. Un. 17/02/95 n.1712).

Spetteranno, infine, gli interessi legali dal giorno della presente pronuncia all'effettivo soddisfo.

Le spese di lite seguiranno la soccombenza ed andranno liquidate come da dispositivo in ragione del valore del procedimento (tenuto conto di quanto liquidato) del numero e complessità delle questioni trattate e dell'attività effettivamente posta in essere dal procuratore della parte attrice, dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale di Ascoli Piceno, in persona del giudice Enza Foti, definitivamente pronunciando sulla causa civile iscritta al 201 del 2022, e vertente tra le parti di cui in epigrafe, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- Accoglie la domanda e, per l'effetto, condanna la parte convenuta a risarcire alla parte attrice, a titolo di danno non patrimoniale "differenziale", la complessiva somma di Euro 9.966,7, somma già rivalutata, oltre interessi come specificato in parte motiva;
- condanna la parte convenuta a rimborsare al procuratore della parte attrice, dichiaratosi antistatario, le spese di lite, che si liquidano nella somma complessiva di Euro 5077,00 per compensi professionali, oltre al 15% per spese generali, i.v.a., c.p.a. come per legge;
- pone definitivamente le spese di CTU a carico della parte convenuta.

Così deciso in Ascoli Piceno, il 30 maggio 2024.

Depositata in Cancelleria il 30 maggio 2024.

Inammissibili il diritto a “non nascere” e il diritto a “non nascere se non sano”

TRIBUNALE di Potenza, sentenza 6 giugno 2024, n. 953; Giud. Magarelli

Un bambino, una volta nato, non può far valere come danno proprio da inadempimento contrattuale la circostanza che, non essendo stata la madre posta nelle condizioni di scegliere di interrompere la gravidanza, egli sia nato con malformazioni congenite per le seguenti ragioni: nel nostro ordinamento non è riconosciuto il diritto a non nascere, nè il diritto a non nascere se non sano, in quanto in contrasto con i principi generali sulla tutela della vita. In ogni caso, tale diritto sarebbe privo di titolare, essendo il concepito privo della capacità giuridica ai sensi dell'art. 1 c.c. fino al momento della nascita, quando il suddetto diritto non potrebbe esistere; infine, il dovere di protezione che grava sul medico e sulla struttura sanitaria in favore del concepito ha ad oggetto la nascita dello stesso e non la sua morte ove affetto da malformazioni congenite e, quindi, una volta nato il bambino, deve ritenersi correttamente adempiuto.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… Omissis…

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale - da cui non vi sono ragioni per discostarsi, in quanto conforme ai principi generali sull'efficacia nella legge nel tempo stabiliti dall'articolo 11 delle preleggi - in tema di responsabilità sanitaria le norme poste dall'articolo 3 comma 1 del D.L. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni nella L. n. 189 del 2012, e dall'articolo 7 comma 3 della L. n. 24 del 2017 non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore (Corte di cassazione n. 28994 del 2019 e nello stesso senso Corte di cassazione n. 28881 del 2019).

Tanto premesso in generale, quanto al rapporto tra la gestante e il medico, dal momento che nel caso che ci occupa le visite ginecologiche sono state eseguite dal dott. P. in regime di intramoenia, deve ritenersi che tra i due soggetti si sia instaurato un rapporto contrattuale ascrivibile alla fattispecie tipica del contratto d'opera intellettuale (articolo 2230 c.c.): **la prestazione professionale resa dal medico in regime intramurario è svolta quale attività libero professionale al di fuori del normale orario di lavoro, utilizzando le strutture ambulatoriali e diagnostiche dell'Ospedale, e si caratterizza per la scelta diretta da parte dell'utente del singolo professionista cui viene richiesta la prestazione. Di conseguenza, il mancato o inesatto adempimento del complesso degli obblighi nascenti dal contratto determina la responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente/creditore ai sensi dell'articolo 1218 c.c. e dell'articolo 2236 c.c.**

Quanto al rapporto intercorrente tra la gestante e il bambino, da un lato, e la struttura sanitaria, dall'altro, la responsabilità di quest'ultima nei confronti della paziente ha, anch'essa, natura contrattuale: tuttavia, tale connotazione non trova la propria giustificazione in un rapporto contrattuale, come attualmente riconosciuto in modo esplicito dalle disposizioni contenute nei commi 1 e 2 dell'articolo 7 della legge G.B. (1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose. 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie 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.), bensì nel "contatto sociale qualificato".

Il concetto di contatto sociale, di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, fa riferimento ad un rapporto, privo di base contrattuale, che si instaura tra due soggetti al ricorrere di tre specifici elementi: uno dei due soggetti è titolare di uno status qualificato (derivante dall'esercizio di una professione protetta o comunque dall'esercizio di attività di rilievo direttamente o indirettamente pubblicistico); il contatto determina l'ingresso nella sfera giuridica altrui in vista di uno scopo (ingresso autorizzato da chi lo subisce o comunque consentito dall'ordinamento giuridico); il contatto determina in capo al soggetto che subisce l'ingerenza l'affidamento circa la correttezza dell'altrui operato.

A fronte del contatto, pertanto, si instaura un rapporto socialmente qualificato che assume rilevanza giuridica quale fonte di obbligazioni rientrante nella categoria di "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" ai sensi dell'articolo 1173 c.c.: la qualificazione come fonte dell'obbligazione si giustifica proprio in forza del generale e reciproco principio di comportarsi secondo buona fede e correttezza, previsto dall'articolo 1175 c.c. e fondato sui doveri costituzionali di solidarietà stabiliti dall'articolo 2 della Costituzione. Dal contatto e dal dovere di correttezza discendono obblighi di protezione la cui violazione determina una responsabilità di natura contrattuale e non extracontrattuale, in quanto sorge tra soggetti non estranei tra loro, ma legati da una relazione qualificata.

L'inquadramento della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale da contatto sociale determina il rigetto dell'eccezione di carenza di titolarità passiva del rapporto obbligatorio sollevata dall'Azienda O.S.C. di P.: infatti, sotto il profilo soggettivo, il contatto tra paziente e struttura sanitaria instaura un rapporto qualificato da cui discendono obblighi di protezione che prescindono dalla modalità di esecuzione della prestazione del sanitario in regime libero-professionale intramurario e rispetto ai quali il paziente è titolare della posizione giuridica soggettiva di creditore. D'altra parte, nell'atto introduttivo del giudizio gli attori hanno prospettato anche un inadempimento imputabile ai sanitari operanti in qualità di dipendenti all'interno della

struttura sanitaria nella fase successiva al parto per non avere adeguatamente valutato la gravità della patologia da cui il piccolo A. era affetto, mettendone in tal modo a rischio la sopravvivenza, sicchè anche sotto tale profilo la struttura sanitaria risulta titolare dal lato passivo del rapporto dedotto in giudizio.

Inoltre, sempre con riferimento all'inquadramento della responsabilità, in considerazione della proposizione della domanda attorea da parte dei coniugi S.N. e D.B.R. sia in proprio sia in qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale sul minore S.A., occorre evidenziare che la natura contrattuale della responsabilità, sebbene il contratto sia stipulato tra la gestante e il ginecologo e il contratto sociale sia intervenuto soltanto fra la prima e la struttura sanitaria (quanto meno in relazione alla fase antecedente al parto), lo stesso è predicabile anche nei confronti del padre e del nascituro.

Quanto alla posizione giuridica del primo, estraneo rispetto al rapporto contrattuale, il contratto di prestazione d'opera professionale e il contatto sociale avente ad oggetto l'esecuzione di visite specialistiche ginecologiche rappresenta una ipotesi emblematica di contratto con effetti protettivi verso i terzi, in specie del padre. La giurisprudenza proprio con riferimento all'omessa diagnosi di malformazioni del feto e alla conseguente nascita indesiderata si è espressa nel senso della risarcibilità dei danni da inadempimento nei confronti anche dell'altro genitore, chiarendo che **il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentita solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti "protetti" dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio** (Corte di Cassazione n. 6735 del 2002 e nello stesso senso Corte di cassazione n. 16754 del 2012 e Corte di Cassazione n. 2675 del 2018).

Quanto alla posizione giuridica del nascituro, la responsabilità del sanitario per malpractice medica ha natura contrattuale proprio in virtù del fatto che l'interesse dedotto in contratto non si identifica esclusivamente con la salute della madre, ma anche in quella del nascituro che l'ordinamento fa oggetto di tutela progressiva sin dal concepimento come titolare del diritto alla vita, alla salute, all'onore, all'identità personale, seppure sospensivamente condizionato all'evento della nascita (si veda la sentenza n. 35 del 1997 della Corte costituzionale): pertanto, **in caso di omessa diagnosi prenatale di malformazioni fetali che siano curabili in via intrauterina l'inadempimento del sanitario deve considerarsi direttamente lesivo del diritto alla salute del nascituro, che, una volta nato, potrà agire per il risarcimento del danno all'integrità psico-fisica causalmente riconducibile all'errore diagnostico o terapeutico** (si vedano in tal senso ex plurimis Corte di cassazione n. 10741 del 2009 e Corte di cassazione n. 698 del 2006).

Dalla qualificazione della responsabilità sia del sanitario che dell'Ente ospedaliero come responsabilità contrattuale derivano due conseguenze che attengono l'una alla individuazione del termine di prescrizione del diritto del danneggiato ad ottenere il risarcimento del danno e l'altra alla distribuzione fra le parti dell'onere della prova.

Quanto al primo profilo, **l'azione risarcitoria fondata sulla responsabilità della struttura sanitaria per il danno alla persona causato da imperizia nell'attività diagnostica o terapeutica oppure nell'esecuzione di una operazione chirurgica è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale (in tal senso ex plurimis Corte di cassazione n. 9085 del 2006).**

In relazione alla distribuzione dell'onere probatorio, la giurisprudenza di legittimità è consolidata nel ritenere che in tema di responsabilità contrattuale, in attuazione dei principi generali dettati dall'articolo 2697 c.c., l'attore che agisce in giudizio al fine di far valere la responsabilità contrattuale del convenuto e di ottenere il risarcimento del danno deve dimostrare l'esistenza del contratto da cui deriva l'obbligazione dedotta in giudizio, il pregiudizio subito a causa del dedotto inadempimento dell'altro contraente e l'adempimento della propria obbligazione che non abbia un termine di scadenza successivo a quella della controparte e che sia alla stessa sinallagmaticamente collegata, limitandosi ad allegare l'inadempimento del debitore, mentre grava su quest'ultimo l'onere di fornire la prova di avere adempiuto correttamente la propria obbligazione oppure di dimostrare la non imputabilità dell'inadempimento (si vedano in tal senso Corte di cassazione n. 2221 del 1984, Corte di cassazione n. 8336 del 1990, n. 8336 del 1990, Corte di cassazione Sezioni Unite n. 13533 del 2001 e Corte di cassazione n. 3373 del 2010).

Sempre avendo riguardo all'oggetto del presente giudizio appare, inoltre, opportuno svolgere alcune precisazioni in considerazione delle peculiarità della distribuzione dell'onere probatorio a seconda che dall'inadempimento lamentato sia derivato un danno alla salute (allegato sia rispetto ai coniugi che rispetto al bambino) ovvero un danno al diritto di autodeterminarsi in ordine alla scelta di interrompere o meno la gravidanza (danno da nascita indesiderata per i genitori).

Con riferimento alla prima ipotesi, a specificare come si distribuisca fra le parti l'onere della prova in tema di responsabilità sanitaria è intervenuta di recente la Corte di cassazione, che nella sentenza n. 28991 dell'11 Novembre 2019, ha affermato il seguente principio di diritto: ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione.

Sul presupposto che in tema di responsabilità sanitaria l'interesse corrispondente alla prestazione è soltanto strumentale all'interesse primario alla cui soddisfazione è finalizzata l'obbligazione dedotta in contratto (diritto alla salute) e che il danno evento (aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie) consiste nella lesione non dell'interesse strumentale, ma dell'interesse presupposto a quello regolato dal contratto, interesse presupposto che rileva come motivo comune ad entrambe le parti a livello della causa del contratto, la più recente giurisprudenza ritiene che il paziente danneggiato,

che agisce in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno subito a causa della imperizia, negligenza o imprudenza del medico nella esecuzione della prestazione sanitaria, deve dimostrare l'esistenza del contratto o del contatto sociale, il verificarsi di un evento di danno alla salute e le conseguenze pregiudizievoli che ne sono derivate (causalità giuridica), ma anche la riconducibilità dell'insorgenza o l'aggravamento della patologia da cui è affetto (evento di danno) alla condotta del sanitario (causalità materiale); soltanto dopo che il creditore/danneggiato ha provato, anche mediante presunzioni, il nesso eziologico fra la condotta del debitore, nella sua materialità, e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, sorge a carico del debitore (struttura ospedaliera e medico) l'onere di dimostrare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione.

Nel caso di allegazione di omessa diagnosi di una malformazione fetale ed omessa informazione della gestante, con conseguente lesione del diritto all'autodeterminazione, occorre rilevare che non è sufficiente l'allegazione dell'inadempimento diagnostico ed informativo del sanitario, dovendo il soggetto danneggiato dedurre e dimostrare che, a fronte di tempestiva e corretta informazione, avrebbe esercitato la facoltà di interrompere la gravidanza e che l'interruzione della gravidanza sarebbe stata consentita in base alla legislazione vigente. Quanto al primo profilo, la giurisprudenza di legittimità sul punto ha espresso a Sezioni Unite il principio secondo cui in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale (Corte di cassazione Sezioni Unite n. 25767 del 2015) ed ha recentemente precisato che la prova, incombente sulla danneggiata, della volontà di esercitare la facoltà di interrompere la gravidanza può essere fornita anche mediante presunzioni, le quali devono essere valutate dal Giudice secondo un modello "atomistico-analitico", fondato sul rigoroso esame di ciascun singolo fatto indiziante e sulla successiva valutazione congiunta, complessiva e globale, degli stessi, da compiersi alla luce dei principi di coerenza logica, compatibilità inferenziale e concordanza (Corte di Cassazione n. 18327 del 2023).

La gestante, poi, deve fornire la prova della sussistenza, al momento dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione, delle condizioni previste dagli articoli 6 e 7 della L. n. 194 del 1978 per ricorrere all'interruzione della gravidanza, dimostrando, nel caso in cui la malformazione fetale avrebbe dovuto essere diagnosticata dopo il novantesimo giorno, che la presenza delle anomalie nel nascituro era in grado di determinare processi patologici consistenti in un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre (si vedano in tal senso Corte di cassazione n. 13881 del 2020 e Corte di cassazione n. 27528 del 2013).

Tanto premesso e ritornando al caso che ci occupa, la circostanza dello svolgimento delle visite in regime di intramoenia da parte del dott. R.L.P. allegata da D.B.R. e S.N. a fondamento della domanda risarcitoria emerge dalla documentazione prodotta da parte attrice, da cui risulta che le visite sono state effettuate il 28-7-2006, il 21-9-2006, il 22-11-2006, il 16-2-2007 e il 2-3-2007 e che in tali circostanze la gestante è stata sottoposta ad esami ecografici nel corso dei quali non è mai stata rilevata la presenza di malformazioni alle camere cardiache del feto (si veda il sottofascicolo prodotto sub 5 nel fascicolo di parte attrice)

Quanto al rapporto con l'Azienda O.S.C. di P., la circostanza dello svolgimento delle visite in regime intramurario presso la struttura convenuta ha trovato conferma nelle allegazioni dell'Ente ospedaliero, che, pur avendo eccepito la carenza della propria titolarità passiva del rapporto obbligatorio dedotto in giudizio, si è difeso riconoscendo che il dott. P. aveva svolto le visite ginecologiche presso la propria struttura, sebbene deducendo che il sanitario aveva operato come professionista autonomo e non in qualità di proprio dipendente.

Pertanto, acquisita la prova della stipulazione del contratto d'opera intellettuale tra la gestante e il sanitario e del contatto sociale della prima con la struttura sanitaria, occorre verificare se abbia o meno trovato riscontro probatorio l'allegazione degli attori della riconducibilità sul piano causale dell'evento di danno - consistente nell'impossibilità di esercitare la facoltà di interruzione della gravidanza e del peggioramento delle condizioni di salute del bambino - ad un errore diagnostico del sanitario, consistito nella mancata diagnosi del difetto completo del setto interventricolare.

A tal fine, è necessario premettere che l'inadempimento allegato in termini di omessa diagnosi della malformazione cardiaca fetale non è stato smentito dalle difese svolte dal convenuto dott. P., che, nella ricostruzione fattuale degli eventi, ha dedotto di aver sottoposto la gestante a diversi esami ecografici dai quali non era mai emerso alcun sospetto di anomalia malformativa a carico del feto, che l'eventuale diagnosi prenatale non avrebbe comunque consentito di modificare la condotta terapeutica e che, ad ogni modo, la mancata diagnosi prenatale non aveva comportato nessun pericolo per la vita del neonato né causato alcun danno. Inoltre, la circostanza dell'omessa diagnosi ha trovato conferma nell'esame condotto dal Collegio medico nominato nel corso del giudizio, che ha riscontrato che il dott. P. "non ha evidenziato il difetto atrio ventricolare completo patognomonico per possibili malformazioni fetali" (si veda pag. 26 della relazione peritale depositata in data 2-8-2023 dal dott. G.T. e dott. V.V.).

Tanto premesso in ordine la prova dell'allegato inadempimento, sul piano del danno-conseguenza gli attori hanno allegato a fondamento della domanda risarcitoria la riconducibilità all'inadempimento del medico di un danno da nascita indesiderata, concretizzatosi nella loro sfera giuridica nella lesione del diritto all'autodeterminazione, assumendo che, ove fosse stata diagnosticata nel corso della gravidanza la malformazione del feto (cardiopatia congenita denominata "canale atrioventricolare completo di tipo A") sintomatica della patologia cromosomica da cui lo stesso era affetto e fossero stati di conseguenza eseguiti gli opportuni esami (amniocentesi), la gestante, saputo della sindrome di Down, avrebbe potuto esercitare la scelta di interrompere eventualmente la gravidanza.

Gli attori, poi, hanno allegato il danno verificatosi nella sfera giuridica del bambino consistente in un pregiudizio di carattere patrimoniale e non patrimoniale per essere nato con una grave malattia (la sindrome di Down).
A tale ultimo proposito la giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata, con orientamento da cui non vi sono ragioni per discostarsi, nel ritenere che **il bambino, una volta nato, non possa far valere come danno proprio da inadempimento contrattuale la circostanza che, non essendo stata la madre posta nelle condizioni di scegliere di interrompere la gravidanza, egli sia nato con malformazioni congenite per le seguenti ragioni: nel nostro ordinamento non è riconosciuto il diritto a non nascere nè il diritto a non nascere se non sano, in quanto in contrasto con i principi generali sulla tutela della vita; in ogni caso, tale diritto sarebbe privo di titolare, essendo il concepito privo della capacità giuridica ai sensi dell'articolo 1 c.c. fino al momento della nascita, quando il suddetto diritto non potrebbe esistere; infine, il dovere di protezione che grava sul medico e sulla struttura sanitaria in favore del concepito ha ad oggetto la nascita dello stesso e non la sua morte ove affetto da malformazioni congenite e, quindi, una volta nato il bambino, deve ritenersi correttamente adempiuto (si vedano in tal senso Corte di cassazione n. 14488 del 2004 e Corte di cassazione Sezioni Unite n. 25767 del 2015).**
Pertanto, ferma restando l'azionabilità in giudizio del diritto al risarcimento del danno alla salute eventualmente subito dal concepito nel corso della gravidanza per un ritardo diagnostico e terapeutico imputabile al sanitario (si pensi all'ipotesi in cui il feto avrebbe potuto essere curato, ove la malformazione fosse stata diagnosticata tempestivamente con un intervento chirurgico intrauterino), deve escludersi che i genitori, una volta nato il bambino affetto da una malformazione non diagnosticata nel corso della gravidanza per un errore medico, possano far valere in nome e per conto dello stesso il diritto ad ottenere il risarcimento del danno per essere nato con malformazioni congenite.
Quanto al danno da nascita indesiderata che S.N. e D.B.R. fanno valere in proprio (che, invece, è astrattamente risarcibile quale lesione della libertà di autodeterminarsi), in punto di fatto, facendo applicazione delle coordinate suesposte in tema di riparto dell'onere probatorio nelle ipotesi di omessa informazione e conseguente impossibilità di esercitare in modo consapevole la facoltà di interrompere la gravidanza secondo le condizioni previste dalla L. n. 194 del 1978, deve ritenersi che sulla madre gravava l'onere di provare, anche a mezzo di presunzioni, che, qualora tempestivamente informata, avrebbe optato per l'aborto e di dimostrare che, al momento dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione, ricorrevano le condizioni previste dagli articoli 6 e 7 della L. n. 194 del 1978 per ricorrere all'interruzione della gravidanza.
Nel caso che ci occupa gli attori non hanno neanche allegato tale ultima circostanza e nel corso dell'istruttoria svolta mediante l'escussione dei testi e l'acquisizione di documenti non soltanto non è stata fornita la prova della propensione della paziente, in caso di accertamento di malformazioni del feto, a sottoporsi all'interruzione della gravidanza, ma, al contrario, sono emersi indizi tali da far presumere che la stessa, ove fosse stata informata della patologia da cui era affetto il concepito, non avrebbe scelto di abortire: infatti, dalla documentazione prodotta si evince che nel corso delle visite eseguite nel primo trimestre della gravidanza (in data 28-7-2007 e 21-9-2006) il dott. P. aveva suggerito, vista l'età della paziente, la cariotipizzazione fetale mediante amniocentesi, che avrebbe consentito la mappatura cromosomica, e che la gestante aveva opposto il proprio rifiuto (si veda il referto della visita del 22-11-2006 prodotto nel sottofascicolo sub (...) allegato al fascicolo di parte attrice); inoltre, i testimoni dott.ssa R.F. e dott.ssa D.G. hanno riferito di aver chiesto alla paziente, in occasione del ricovero nel Reparto di Ostetricia e Ginecologia dell'Ospedale San Carlo effettuato nel corso della gravidanza, se si sarebbe sottoposta all'amniocentesi e se fosse stata informata dal proprio medico curante e che in quella circostanza D.B.R. aveva affermato di essere stata informata, ma che "non voleva sottoporsi a questo esame, viste le condizioni cliniche, non voleva accettare il rischio di abortire" e che "rifiutò di fare gli esami diagnostici prenatali perché aveva appena avuto delle minacce di aborto e per sue convinzioni personali" (si vedano la deposizione resa dalla teste D.G. riportata nel verbale di udienza del 27-1-2016 e la deposizione resa dalla teste R.F. riportata nel verbale di udienza del 13-12-2017).
Il rifiuto della gestante a sottoporsi all'amniocentesi, nonostante fosse stata informata della possibilità di diagnosticare con quel metodo anomalie cromosomiche - che risulta dal referto del medico in atti (la cui veridicità non è stata mai contestata dagli attori), che è stata riferito dai testi escussi nel corso del giudizio (la cui attendibilità è legata alla precisione delle dichiarazioni rese e alla estraneità agli interessi in causa) e che, comunque, è stato ammesso dalla stessa attrice nell'atto introduttivo del giudizio - suggerisce la volontà della madre di proseguire la gravidanza anche qualora il feto fosse stato affetto da patologie già diagnosticabili in fase prenatale.
Pertanto, pur a fronte della prova di un inadempimento imputabile al medico sotto il profilo di un errore diagnostico, non risulta provato l'evento di danno rappresentato dalla lesione della libertà di autodeterminazione e della facoltà di scegliere eventualmente l'interruzione della gravidanza.
Escluso l'evento lesivo direttamente riferito alla madre, deve, altresì, essere esclusa la propagazione delle conseguenze negative dell'inadempimento nei confronti del padre, terzo protetto dal contratto.

… *Omissis*…
P.Q.M.
Il Tribunale di Potenza in persona del giudice monocratico dott.ssa Rossella Magarelli, pronunciando definitivamente sulla domanda proposta, con atto di citazione notificato in data 2-2-2013, in data 7-2-2013 e in data 11-2-2013, da S.N. e D.B.R., in proprio e in qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale sul minore S.A., nei confronti del dott. R.L.P., dell'Azienda O.R.S. e di A. s.p.a., ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- dichiara inammissibile la domanda principale proposta nei confronti di A. s.p.a.;
- rigetta la domanda principale proposta nei confronti del dott. R.L.P. e nei confronti di Azienda O.R.S.;
- dichiara assorbita nel rigetto della domanda principale la domanda di garanzia proposta dal dott. P. nei confronti di A. s.p.a.;
- compensa interamente fra le parti le spese processuali;
- pone definitivamente a carico di S.N. e D.B.R., in proprio e in qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale sul minore S.A., il pagamento in solido fra loro delle spese relative alla C.T.U., liquidate con separato decreto.

Così deciso in Potenza, il 5 giugno 2024.

Depositata in Cancelleria il 6 giugno 2024.

Violazione dell'obbligo di informazione che grava sul sanitario e risarcimento danni

CORTE D'APPELLO di Napoli, sezione VIII, sentenza 28 giugno 2024, n. 2975; Pres./Rel. Cocchiara

Poiché il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione del paziente operano su piani diversi, al fine di ottenere un risarcimento a prescindere dal comportamento diligente del medico in ordine all'esclusivo profilo della prestazione sanitaria, è necessario che siano compiutamente allegati la violazione dell'obbligo di informazione che grava sul sanitario e i danni conseguenti.

… *Omissis* …
Motivi della decisione

… *Omissis*…
Passando all'esame del secondo motivo di gravame, l'appellante ha dedotto: "L'istituto del consenso informato è oggi regolato dalla L. n. 219 del 2017, che ha recepito gran parte dell'impianto elaborato dalla giurisprudenza negli anni e che, all'articolo 1, prevede che ogni persona "ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi". Una volta inquadrato l'istituto dell'obbligo posto a carico del medico, la magistratura ha ritenuto opportuno precisare (prima che lo facesse il legislatore) che per essere validamente espresso il consenso deve essere personale, specifico ed esplicito, nonché reale ed effettivo, non essendo consentito il consenso presunto, né valido ed esaustivo quello contenuto in un modulo del tutto generico, da cui non sia possibile desumere con certezza che il paziente lo abbia consapevolmente prestato.
Ebbene, nel caso di specie, come risulta dall'interrogatorio formale del 16 gennaio 2018, la signora S.D. non ottiene una corretta ed esauriente informazione circa l'intervento che dovrà subire, né riceve alcun chiarimento in merito a diverse tecniche risolutive , infatti dice: " …il consenso informato l'ho firmato in clinica prima dell'intervento alla presenza del dottor C....e della dottoressa M. che fotografava mentre il dottor C. effettuava i disegni sul mio corpo, oltre ad alcuni infermieri della clinica e l'anestetista che effettuò la preparazione già nella mia stanza , tanto che io sono giunta in sala operatoria …sulla sedia a rotelle perché ero già frastornata. …entravano e uscivano dalla stanza altri infermieri…per prepararmi all'intervento…Ricordo che io chiedevo al dottore C., mentre lui disegnava, informazioni sulle modalità dell'intervento, su cosa mi avrebbe fatto e venivo rassicurata…a parole generiche, il dottore C. non è mai stato specifico sui dettagli e sulle modalità dell'intervento, né ha prospettato un'alternativa all'intervento che si accingeva a compiere… Io mi sono rivolta al dottore C. per risolvere una asimmetria ai seni, uno più piccolo e basso dell'altro, … e chiesi al dottore di risolvere questo problema…non utilizzò dei termini tecnici per definire l'intervento…"
Dunque, emerge chiaramente dagli atti di causa e dall'attività istruttoria, che la signora S.D. non ha ottenuto una corretta e sufficiente informazione in merito alla natura dell'intervento praticato, alle complicanze prevedibili e non prevenibili e alle alternative terapeutiche concretamente applicabili, ledendo fortemente il suo potere di autodeterminazione.
Fermo il riconoscimento del danno dovuto alla lesione del diritto all'autodeterminazione subito dall'appellante, ove l'atto terapeutico, non sia stato preceduto dalla preventiva informazione esplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, può essere riconosciuto il risarcimento delle conseguenze dannose derivanti dalla lesione del diritto alla salute.
È quindi possibile riconoscere anche un risarcimento del danno alla salute, qualora l'atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito secundum legem artis, non sia stato preceduto dalla preventiva informazioneesplicita del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili.
La Suprema Corte, in definitiva, ha confermato ancora una volta, e in perfetta continuità con i suoi più recenti interventi, il suo orientamento su un tema tante volte trascurato soprattutto sotto il profilo risarcitorio, come quello della violazione del consenso informato.
Siamo di fronte a un diritto fondamentale dell'individuo che, se violato, merita il giusto risarcimento, anche se l'intervento del sanitario è stato corretto sotto il profilo tecnico. Cassazione Civile ordinanza n. 11112/2020
La responsabilità sussiste persino nell'ipotesi di esito inalterante del trattamento, vale a dire quando non sia conseguito alcun miglioramento e quindi sia emersa la sostanziale inutilità dello stesso, con tutte le conseguenze di carattere fisico (sofferenze, rischi e spese sostenute) e psicologico (timore per la persistenza della malattia e per la prospettiva di subire un nuovo intervento). Cassazione, 17322 del 19 Agosto 2020 L'omessa informazione è di rado premessa causale della lesione del diritto alla salute: accade, ad esempio, se l'insuccesso della prestazione medica derivi dalla mancata acquisizione di informazioni rilevanti circa la salute del paziente che, se possedute, avrebbero orientato altrimenti le decisioni terapeutiche. Cassazione, 7385 del 16 Marzo 202 La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava l'onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze, e un danno da lesione dell'autodeterminazione in se stesso, che sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, diverso dalla lesione del diritto alla salute. Cassazione, 12593 del 12 maggio 2021".
Sennonché il motivo laddove si vorrebbe dar conto solo delle dichiarazioni rese in sede di risposta all'interrogatorio formale

non appare specificamente rivolto a contestare quanto osservato dal primo giudice, che ha innanzi tutto osservato che: "…l'esame degli atti di causa e l'istruttoria espletata consentono alla scrivente di escludere che vi sia stata la violazione del consenso informato, non avendo l'attrice adempiuto l'onere probatorio (…) di cui era gravata, emergendo dalle dichiarazioni da ella rese in sede di interrogatorio formale l'intenzione di sottoporsi all'intervento per risolvere un problema che da lungo tempo la affliggeva e risultando del tutto generiche ed indeterminate le "altre domande" da ella rivolte al dott. C. in sede di visita pre-operatoria la mattina dell'intervento e rimaste senza risposta". Inoltre, e ciò assume rilievo decisivo in quanto non contestato con l'appello, "l'attrice - che ha dichiarato di avere un titolo di studio di scuola media superiore e quindi lasciando presumere di poter comprendere appieno l'elencazione degli eventi avversi e le complicanze relative all'intervento - non ha disconosciuto di aver sottoscritto il modulo del consenso informato ove è testualmente riportato in grassetto quale complicanza specifica, con esiti temporanei o permanenti, "modificazioni estetiche rilevanti a seguito di notevoli cambi di peso corporeo, gravidanze, allattamento", potendo quindi comprendere che il risultato dell'intervento potesse subire una modificazione a seguito del verificarsi di episodi sopra descritti".

Va anche osservato che, **nel caso in cui il paziente lamenti una lesione alla salute quale conseguenza del mancato consenso, è necessario fornire adeguata prova, anche sotto il profilo dell'allegazione, che la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale lo stato patologico è poi derivato. Deve quindi potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico (informazione, ai fini dell'acquisizione di un consapevole consenso) non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute).**

Nel caso di specie, tale allegazione non è stata nemmeno prospettata ed è stata, invece, invocata la violazione dell'obbligo di informazione a sostegno della domanda di risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, non essendo stato dedotto, in alcun modo, che la sig.ra S., ove correttamente informata di tutte le possibili complicanze, avrebbe scelto di non sottoporsi all'intervento. Anzi nell'atto introduttivo la S. fondava la richiesta risarcitoria allegando che il chirurgo avrebbe eseguito una "mastopessi e mastoplastica additiva mal esitata", così apparendo contraddittoria la "virata" difensiva, all'esito della consulenza di ufficio, sulla mancata prospettazione della mastopessi come l'unico intervento di cui non era stata informata per risolvere il problema. Di contro è stato documentalmente provato un regolare Consenso Informato di Chirurgia Plastica di ben 3 pagine che esplicava le modalità di esecuzione, le finalità della metodica chirurgica, i suoi limiti e le eventuali complicanze; non una singola ma oltre 16 firme della Sig.ra S. confermano la piena comprensione ed accettazione dello stesso. Difatti, in detto documento venivano riportate la metodica scelta (mastoplastica additiva con cicatrici periareolari proprio per limitare gli effetti estetici deturpanti, le possibili complicanze e la possibilità di correzione delle "complicanze ed inconvenienti" eventualmente manifestati mediante un "secondo intervento chirurgico…definito ritocco", considerato normale procedura in Chirurgia Plastica e da eseguirsi gratuitamente a cura del medesimo chirurgo (e quindi del dr. C.) che aveva effettuato l'intervento principale, così come nel riquadro pure sottoscritto dalla S. era riporta quale complicanza specifica, con esiti temporanei o permanenti, "modificazioni estetiche rilevanti a seguito di notevoli cambi di peso corporeo …", come appunto riscontrati dal consulente di ufficio.

Detto intervento chirurgico correttivo (come contemplato anche nel Consenso Informato allegato in C.C.) si sarebbe dovuto praticare in tempi concordati con la sig.ra S., una volta avuta la completa guarigione dei tessuti mammari, ma ciò non è stato possibile perché è pacifico che la paziente non si è più presentata ai controlli di routine prescritti e ha preferito rivolgersi ad altro chirurgo estetico e, quindi, non è stato più possibile controllare il decorso postoperatorio o l'insorgenza di eventuali altre complicanze.

In definitiva, non v è prova di un mancato consenso incidente sulla autodeterminazione della S. e non è nemmeno dimostrato che una diversa e non specificata informazione avrebbe indotto la paziente a non sottoporsi all'intervento o a un diverso intervento poi di fatto eseguito per correggere la ptosi mammaria non determinata da una cattiva esecuzione della mastoplastica additiva ma dalla complicanza della contrattura capsulare sinistra (genesi ignota e non evitabile) e soprattutto dalla notevole perdita di peso successiva all'intervento.

Del resto, se il consenso del paziente deve essere, oltre che informato, consapevole, completo, globale ed esplicito, un danno risarcibile da lesione del diritto all'autodeterminazione è predicabile se e solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni e in tal caso il paziente va risarcito anche qualora non provi che avrebbe rifiutato l'operazione se fosse stato informato dei rischi della stessa" (Cassazione civile, sez. III, 12/06/2023, n. 16633). Proprio perché il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione del paziente operano su piani diversi, al fine di ottenere un risarcimento a prescindere dal comportamento diligente del medico in ordine all'esclusivo profilo della prestazione sanitaria, è necessario che siano compiutamente allegati la violazione del predetto obbligo di informazione che grava sul sanitario e i danni conseguenti.

Nella specie, per converso, negli atti difensivi di primo grado della S. difetta qualsivoglia allegazione circa la lesione del diritto di autodeterminarsi e pregiudizi subiti in conseguenza di omessa informativa circa le possibili conseguenze e complicanze postoperatorie, dolendosi l'appellante nei medesimi atti, esclusivamente, della errata esecuzione della tecnica operatoria adottata, quale causa dei lamentati danni (cfr. Corte appello Napoli sez. VIII, 16/06/2023, n.2829).

Le spese del giudizio di appello nella misura liquidata in dispositivo secondo i parametri minimi -stante la semplicità e il numero delle questioni trattate- di cui al D.M. n. 147 del 2022 per le cause di valore indeterminabile a bassa complessità, seguono la soccombenza dell'appellante nei confronti di tutti gli appellati.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunziando sull'appello proposto da S.D., avverso la sentenza n. 740/2022 del Tribunale di Napoli Nord, così provvede:

a) Rigetta l'appello;

b) Condanna S.D. al pagamento, in favore di La A.C. "S.P." s.r.l., delle spese e competenze del giudizio di appello, che liquida in Euro 4.996,00 per compensi, oltre il 15% per rimborso spese forfettarie, i.v.a. e c.p.a. come per legge;

c) Condanna S.D. al pagamento, in favore di C.L., delle spese e competenze del giudizio di appello, che liquida in Euro 4.996,00 per compensi, oltre il 15% per rimborso spese forfettarie, i.v.a. e c.p.a. come per legge;

d) Condanna S.D. al pagamento, in favore di B.H.I. Limited - Rappresentanza Generale per l'Italia- con sede in Milano, delle spese e competenze del giudizio di appello, che liquida in Euro 4.996,00 per compensi, oltre il 15% per rimborso spese forfettarie, i.v.a. e c.p.a. come per legge;

e) la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti dell'obbligo dell'appellante a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione principale, ai sensi dell'art. 13, co. 1 quater, D.P.R. n. 115 del 2002.

Così deciso in Napoli, il 27 giugno 2024.

Depositata in Cancelleria il 28 giugno 2024.

Decesso del paziente e danni *jure hereditario*

CORTE D'APPELLO di Ancona, sezione I, sentenza 5 luglio 2024, n. 1063; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

Nell'ipotesi di un paziente che, al momento dell'introduzione della lite, sia già deceduto, sono, di regola, alternativamente concepibili e risarcibili jure hereditario, se allegati e provati, i danni conseguenti: a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'an e nel quantum), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza della anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'an né nel quantum), come danno da perdita di chances di sopravvivenza. In nessun caso è risarcibile iure haereditario, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da "perdita anticipata della vita" con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente.

... Omissis ...

Motivi della decisione

... Omissis ...

Prima di esaminare il fatto oggetto del giudizio è necessario rammentare i principi di diritto relativi all'onere della prova in materia di responsabilità sanitaria.

È ribadito da sempre che (da ultimo vds. Cass. n. 5632 del 23 febbraio 2023) **in tema di responsabilità per colpa medica, nell'ipotesi di concorrenza nella produzione dell'evento lesivo tra la condotta del sanitario ed un autonomo fatto naturale, quale una pregressa situazione patologica del danneggiato, spetta al creditore della prestazione professionale l'onere di provare il nesso causale tra intervento del sanitario e danno evento in termini di aggravamento della situazione patologica e, una volta accertata la portata concausale dell'errore medico, spetta al sanitario dimostrare la natura assorbente e non meramente concorrente della causa esterna; qualora resti comunque incerta la misura dell'apporto concausale naturale, la responsabilità di tutte le conseguenze individuate in base alla causalità giuridica va interamente imputata all'autore della condotta umana**.

Ancora più esplicitamente (vds. Cass. n. 15991 del 21 luglio 2011) **in tema di responsabilità civile, qualora la produzione di un evento dannoso, quale una gravissima patologia neonatale (concretatasi, nella specie, in una invalidità permanente al 100 per cento), possa apparire riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato (la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve accertare, sul piano della causalità materiale (rettamente intesa come relazione tra la condotta e l'evento di danno, alla stregua di quanto disposto dall'art. 1227, primo comma, cod. civ.), l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen. (a mente della quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'omissione e l'evento), così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica (rettamente intesa come relazione tra l'evento di danno e le singole conseguenze dannose risarcibili all'esito prodottesi) onde ascrivere all'autore della condotta, responsabile "tout court" sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì determinate dal fortuito, come tale da reputarsi la pregressa situazione patologica del danneggiato che, a sua volta, non sia eziologicamente riconducibile a negligenza, imprudenza ed imperizia del sanitario. (...) eventistica cui si riferisce erroneamente il primo giudice, poi, va valutata sul piano della causalità giuridica ai fini dell'individuazione dei danni risarcibili e non della causalità materiale tra condotta illecita ed evento, cioè, qualora la produzione di un evento dannoso risulti riconducibile alla concomitanza di una condotta umana e di una causa naturale, tale ultima dovendosi ritenere lo stato patologico non riferibile alla prima, l'autore del fatto illecito risponde in toto, in base ai criteri di equivalenza della causalità materiale, dell'evento di danno eziologicamente riconducibile alla sua condotta, a nulla rilevando l'eventuale efficienza concausale anche dei suddetti eventi naturali, che possono invece rilevare, sul piano della causalità giuridica, ex**

art. 1223 cod. civ., ai fini della liquidazione, in chiave complessivamente equitativa, dei pregiudizi conseguenti, ascrivendo all'autore della condotta un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose da rapportare, invece, all'autonoma e pregressa situazione patologica del danneggiato, non eziologicamente riferibile, cioè, a negligenza, imprudenza o imperizia del sanitario (Cass., 21/07/2011, n. 15991, Cass., 11/11/2019, n. 28986, Cass., 23/02/2023, n. 5632, Cass., 12/05/2023, n. 13037) Quindi, spostando la valutazione sul piano del danno risarcibile, la Suprema Corte precisa che **il danno da perdita anticipata della vita va poi distinto da quello da perdita di "chance" di sopravvivenza, posto che, se la morte è intervenuta, come nel caso di specie, l'incertezza eventistica, che ne costituisce il fondamento logico prima ancora che giuridico (Cass. n. 5641 del 2018, cit.), è stata, di regola, smentita da quell'evento: in questo senso emerge, di regola, un'inammissibile duplicazione risarcitoria tra voci di danno, non risultando logicamente compatibili, in via generale, la congiunta attribuzione di un risarcimento da perdita anticipata della vita e da perdita di chance di sopravvivenza.**

Quindi, l'unica forma di incertezza rilevante ai fini risarcitori non può riguardare il nesso causale tra condotta ed evento dannoso, ma solo quella che

sopravviene all'avvenuto accertamento del nesso causale secondo i criteri di legge innanzi esposti (
art. 41
c.p. citato) e che è riferibile all'eventuale ed ulteriore segmento temporale di vita di cui il danneggiato avrebbe potuto godere, messa a sua volta in relazione causale con l'errore diagnostico e terapeutico già accertato.
Dovrà, pertanto, risultare causalmente certo che, alla condotta colpevole, sia conseguita la perdita della possibilità di un risultato migliore - non potendosi discorrere di una "probabilità della possibilità" (dove il primo termine identifica la relazione causale e il secondo l'evento di danno), pena, in altra chiave esplicativa, l'incorrere, mutatis mutandis, nel divieto di praesumptio de praesumpto (così Cass. n. 26851 del 19 settembre 2023).
Al contempo, tanto il danno da perdita anticipata della vita, quanto quello da perdita della "chance" di una possibile, ulteriore sopravvivenza ("bene", va ancora ripetuto, morfologicamente diverso da quello della vita anticipatamente perduta) dovranno distintamente accertarsi non solo in base ai principî di causalità generale e di regolarità statistica, bensì anche, in specie quanto alla "seconda" perdita, in ragione del nesso di causalità specifica (cfr. Cass., 29/09/2015, n. 19213, pag. 23), ovvero tenuto conto, nel singolo caso, di tutti i dati medico-anamnestici - in tesi irripetibilmente peculiari del soggetto - alla luce dei quali predicarsi poi, quanto alla chance, l'esistenza di un'incerta - ma seria concreta e apprezzabile - possibilità di vivere per un lasso temporale ancora più lungo.
Sulla scorta di tali principi la Suprema Corte ha perciò distinto tre ipotesi e, per quello che qui rileva, occorre riferirsi all'ipotesi in cui la vittima è già deceduta al momento dell'introduzione del giudizio da parte degli eredi. In questo caso non è concepibile, né logicamente né giuridicamente, un "danno da perdita anticipata della vita" trasmissibile iure successionis (Cass., 04/03/2004, n. 4400, Cass. 5641 del 2018, cit. e Cass., Sez. U., n. 15350 del 2015, cit.), non essendo predicabile, nell'attuale sistema della responsabilità civile, la risarcibilità del danno tanatologico.
In conclusione, **nell'ipotesi di un paziente che, al momento dell'introduzione della lite, sia già deceduto, sono, di regola, alternativamente concepibili e risarcibili jure hereditario, se allegati e provati, i danni conseguenti: a) alla condotta del medico che abbia causato la perdita anticipata della vita del paziente (determinata nell'an e nel quantum), come danno biologico differenziale (peggiore qualità della vita effettivamente vissuta), considerato nella sua oggettività, e come danno morale da lucida consapevolezza della anticipazione della propria morte, eventualmente predicabile soltanto a far data dall'altrettanto eventuale acquisizione di tale consapevolezza in vita; b) alla condotta del medico che abbia causato la perdita della possibilità di vivere più a lungo (non determinata né nell'an né nel quantum), come danno da perdita di chances di sopravvivenza. In nessun caso sarà risarcibile iure haereditario, e tanto meno cumulabile con i pregiudizi di cui sopra, un danno da "perdita anticipata della vita" con riferimento al periodo di vita non vissuta dal paziente.**

... Omissis...

P.Q.M.
La Corte d'Appello di Ancona definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al (...) /2021, ogni diversa domanda, istanza o eccezione respinta, così provvede: - accoglie l'appello e, per l'effetto, in totale riforma della sentenza impugnata, rigetta la domanda risarcitoria e condanna gli appellati alla restituzione in favore di (...) di tutte le somme da ciascuno percepite in esecuzione provvisoria della sentenza impugnata; - compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio, ivi comprese quelle di ATP e CTU già liquidate. (...) 11 giugno 2024 (...) est.
Così deciso in Ancona, il 9 gennaio 2024.
Depositata in Cancelleria il 5 luglio 2024.

Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite

TRIBUNALE di Roma, sezione XIII, sentenza 8 luglio 2024, n. 1163; Giud. Vacca

L'istituto di cui all'art. 696-bis c.p.c. ha natura ibrida: da un lato, mezzo di istruzione preventiva, dall'altro rimedio di Alternative dispute resolution (ADR), di cui sono espressione emblematica la mediazione o la negoziazione assistita. La funzione "conciliativa" viene affidata ad un soggetto estraneo all'ordine giudiziario quale il consulente tecnico che svolge le operazioni peritali nel contraddittorio delle parti, fermo il potere-dovere del Giudice di verificare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della consulenza, che investono sia la fondatezza delle domande oggetto dell'eventuale futura causa, sia la rilevanza - rispetto al potenziale giudizio di merito - dei fatti per i quali si richiede l'indagine peritale, oltre alla necessità di ricorrere alle competenze di un esperto in materia.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ....

Preliminarmente, deve rilevarsi l'infondatezza dell'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 696 -bis, commi 1 e 5, c.p.c. e dell'art. 8, comma 3, della L. n. 24 del 2017, per violazione degli artt. 3, 24, 111, 117, comma 1, Cost. e 6 CEDU sollevata da parte convenuta, posto che la principale funzione dell'istituto giuridico in questione è quella di **favorire la composizione della lite nella fase antecedente a quella processuale, costituendo la consulenza un vero e proprio strumento di deflazione processuale, potendo essere richiesta anche al di fuori delle condizioni di cui all'art. 696 c.p.c., co.1, ossia in assenza dei presupposti prettamente cautelari del periculum in mora e del fumus boni iuris**.

Invero, **la volontà del Legislatore è quella di permettere di anticipare la formazione della prova rispetto all'inizio del processo sempre nel contraddittorio delle parti, onde evitare l'instaurazione di liti caratterizzate da meri contrasti in punto di fatto**.

Per tali ragioni all'istituto di cui all'art. 696-bis c.p.c. è stata riconosciuta una natura ibrida: da un lato, come mezzo di istruzione preventiva; dall'altro come rimedio di Alternative dispute resolution (ADR), di cui sono espressione emblematica la mediazione o la negoziazione assistita. Più precisamente, nella norma in questione la funzione "conciliativa" viene affidata ad un soggetto estraneo all'ordine giudiziario quale il consulente tecnico che svolge le operazioni peritali nel contraddittorio delle parti, fermo il potere-dovere del giudice di verificare la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della consulenza, che investono sia la fondatezza delle domande oggetto dell'eventuale futura causa, sia la rilevanza - rispetto al potenziale giudizio di merito - dei fatti per i quali si richiede l'indagine peritale, oltre alla necessità di ricorrere alle competenze di un esperto in materia. Tali principi sono stati ribaditi dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza n.222 del 21.12.23 che ha chiarito l'ambito di operatività della norma in esame dichiarando l'illegittimità dell'art. 696-bis c.c. "nella parte in cui dopo le parole 'da fatto illecito' non prevede 'o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico'" e con la sentenza n. 202 del 10.11.23 con la quale la Corte ha esteso la 'reclamabilità' ai provvedimenti di rigetto dell'istanza di nomina del consulente tecnico preventivo ai fini della composizione della lite.

Ne discende che, contrariamente a quanto dedotto dal convenuto nosocomio, **il procedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c. non consente l'introduzione di giudizi "generici" con domande esplorative potendo e dovendo il giudice pronunciarsi sulla sua ammissibilità o meno.** Inoltre, il contraddittorio delle parti, oltre che nel procedimento di ATP viene comunque garantito a seguito dell'instaurazione del giudizio introdotto, in questo caso, con ricorso ex art. 702 bis c.p.c.

Ciò chiarito, le odierne attrici n.q. di eredi di T.G. agiscono iure proprio e iure hereditatis onde ottenere- previo accertamento della responsabilità della struttura convenuta nella causazione del decesso del loro congiunto per negligenza, imprudenza ed imperizia nella gestione del paziente durante il suo ricovero- la condanna al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

Con riguardo alla domanda formulata jure hereditatis si osserva che non è stata fornita alcuna prova del danno all'integrità psico-fisica subito dal congiunto nel periodo intercorso tra l'intervento e la morte.

È noto che, a seguito delle c.d. sentenze di San Martino delle Sezioni Unite Civili (nn. 26972, 26973, 26974, 26975 dell'11.11.2008), **il danno biologico, quale lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.), va ricondotto nell'alveo del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. ed ha una portata tendenzialmente omnicomprensiva, confermata dalla definizione normativa adottata dal D.Lgs. n. 209 del 2005, recante il Codice delle assicurazioni private (il cui art. 139 statuisce che "per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito"), suscettibile di essere adottata in via generale, anche in campi diversi da quelli propri delle sedes materiae in cui è stata dettata, avendo il legislatore recepito sul punto i risultati, ormai generalmente acquisiti e condivisi, di una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.**

Nella nozione di danno biologico sono quindi ricompresi i pregiudizi attinenti ai profili dinamico-relazionali della vita del soggetto danneggiato nonché ogni aspetto concernente la sofferenza morale, non necessariamente transeunte, conseguente all'evento lesivo, risarcibile - ex art. 185 c.p. - allorché tale evento configuri (come nella specie) un illecito penale (nel caso in esame, il reato di omicidio colposo) e ciò anche nell'ipotesi in cui, in sede civile, la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge e, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe

qualificabile come reato: cfr. Corte Cost. n. 233/2003; Cass. civ. nn. 7281, 7282 e 7283 del 2003.

Ebbene, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto **la risarcibilità della lesione della salute del danneggiato, il quale sia poi deceduto a seguito dei danni subiti in conseguenza dell'evento lesivo, trattandosi in tal caso di danno terminale biologico, purché tra l'evento dannoso e la morte sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo necessario al consolidamento del pregiudizio all'integrità psico-fisica e all'insorgenza del diritto della vittima al suo risarcimento, trasmissibile iure hereditatis agli eredi (v. Cass. Civ., sez.III, n.870/2008).**

Nel caso di specie, non è stata allegata alcuna prova del danno morale terminale, ovvero del danno da percezione concretizzabile sia nella sofferenza fisica derivante dalle lesioni, sia nella sofferenza psicologica (agonia) derivante dall'avvertita imminenza dell'exitus, che presuppone che nel lasso di tempo intercorrente tra la lesione ed il decesso, la persona si trovi in una condizione di lucidità agonica, in quanto in grado di percepire la sua situazione ed in particolare l'imminenza della morte.

Quanto al **danno parentale**, definito come danno (conseguenza) non patrimoniale iure proprio del congiunto della vittima, secondo la Suprema Corte esso **si concreta nello sconvolgimento dell'esistenza rilevato da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita conseguenti al decesso del congiunto, rappresentato dal "…vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità nei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratelli, nelnon poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti" (Cass.10107/11). Per converso, resta radicalmente esclusa la configurabilità di tale danno quando dall'evento conseguano meri disagi, fastidi, disappunti, ansie, ovvero la perdita delle abitudini o dei riti propri della quotidianità della vita (Cass. 16992/15; Cass. 2228/12); non potendo, inoltre, considerarsi esistente in re ipsa (ossia per il solo fatto dell'esistenza in sé del vincolo parentale), ma richiedendo, invece, l'allegazione (e la verificazione) precisa e circostanziata dello sconvolgimento di vita patito e delle sue specifiche e concrete estrinsecazioni, non potendo invero risolversi in mere enunciazioni di carattere del tutto generico e astratto, eventuale ed ipotetico**" (Cass. 22585/13; Cass. 16255/12).

Le pretese risarcitorie proposte iure proprio dai congiunti, che con la struttura e con i medici non sono legati da vincoli contrattuali, devono essere valutate nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

I giudici di legittimità, infatti, hanno chiarito che: **"il diritto che i congiunti vantano, autonomamente sebbene in via riflessa, ad essere risarciti dalla medesima struttura dei danni direttamente subiti a causa dell'esito infausto dell'operazione cui è stato sottoposto il danneggiato principale, si colloca nell'ambito della responsabilità extracontrattuale" (cfr. Cass. civile sezione III n.5590/2015, n.6914/2012, n.2366/2018 e da ultimo Cass. n.14258/20 ("il risarcimento per la perdita parentale subita dagli eredi … è inequivocabilmente riconducibile all'art.2043"). Né appare configurabile la peculiare figura di incerto fondamento normativo del contratto con effetti protettivi per i terzi, applicato in giurisprudenza con particolare riferimento al nascituro, subordinatamente alla nascita, ed al padre per errori medici relativi alla gestante.**

Ricondotta la responsabilità della struttura sanitaria e dei sanitari nei confronti dei terzi nell'alveo degli artt. 2043 e 2049 c.c., occorre verificare se Parte attrice abbia dato prova che il decesso del congiunto sia stato causato dalle condotte negligenti, imprudenti ed imperite dei sanitari della struttura convenuta, senza che nel caso in esame possano trovare applicazione, quanto alla distribuzione dell'onere probatorio, le regole dettate dall'art. 1218 cod. civ., secondo cui grava sul medico la prova del proprio corretto adempimento ovvero della non imputabilità a sé dell'esito infausto o ancora dell'insussistenza del nesso causale tra la propria prestazione e il danno lamentato.

... Omissis...

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma definitivamente decidendo nel contraddittorio delle parti e nella contumacia di C.C. s.r.l., disattesa ogni contraria domanda, eccezione ed allegazione, così provvede:

- Condanna la Fondazione *Omissis* a corrispondere l'importo di Euro391.889,00 a L.N.M. ed Euro145.828,33 a ciascuna figlia (T.A. e T.S.), oltre interessi legali dalla decisione all'effettivo pagamento;
- Condanna la Fondazione *Omissis* alla refusione delle spese di lite liquidate in favore di parte attrice in complessivi Euro15.000,00 (maggiorato in ragione della difesa di più parti aventi la medesima posizione processuale), oltre C.U., IVA, CPA e rimborso spese ex art. 2 D.M. n. 55 del 2014, nella misura del 15% dei compensi da distrarsi in favore del procuratore di parte attrice dichiaratosi antistatario;
- Condanna la Fondazione *Omissis* alla refusione delle spese di lite del procedimento di ATP liquidate in favore di parte attrice in complessivi Euro5.000,00 (maggiorato in ragione della difesa di più parti aventi la medesima posizione processuale), oltre C.U., IVA, CPA e rimborso spese ex art. 2 D.M. n. 55 del 2014, nella misura del 15% dei compensi da distrarsi in favore del procuratore di parte attrice dichiaratosi antistatario
- condanna, altresì, Fondazione *Omissis* alle spese di c.t.u.

Così deciso in Roma, il 05 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 8 luglio 2024.

Spese dell'accertamento tecnico preventivo *ante causam*

TRIBUNALE di Firenze, sezione I, sentenza 15 luglio 2024, n. 2327; Giud. Governatori

Le spese dell'accertamento tecnico preventivo "ante causam" devono essere poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente, in virtù dell'onere di anticipazione e del principio di causalità, e devono essere prese in considerazione, nell'eventuale successivo giudizio di merito, come spese giudiziali, da regolare in base agli ordinari criteri di cui agli artt. 91 e 92 c.p.c..

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con ricorso ex art. 281 decies e ss. c.p.c. la società ricorrente ha impugnato il decreto n 401/2024 emesso in data 5.3.2024, nell'ambito del procedimento ex art. 696 bis, c.p.c. "Ricorso per consulenza preventiva", con il quale il G.I. del Tribunale di Firenze ha liquidato in favore dei CCTTUU Dott. *Omissis* e dott. *Omissis* la somma complessiva di Euro 5.800,00 oltre iva, con la decurtazione del fondo spese concesso e versato, e ha posto il pagamento a caricò solidale delle parti e ha chiesto di annullare e/o riformare il provvedimento di liquidazione, ponendo il pagamento dei compensi e delle spese dei CCTTUU a carico di OMISSIS

Parte ricorrente deduce che il ricorso ex 696 bis c.p.c. è stato proposto da quest'ultima in proprio e quale genitore del minore *Omissis* .1 7994/2023) quali eredi di *Omissis* nei confronti dell'attuale ricorrente al fine di disporre una consulenza preventiva volta ad accertare l'esistenza di una relazione eziologica tra l'evento lesivo (decesso dei coniuge) e la condotta (commissiva od omissiva) dei sanitari che l'avevano avuto in cura; che, secondo quanto previsto dall'art. 8 del D.P.R. n. 115 del 2002, le spese avrebbero dovuto essere poste a carico dei ricorrenti, secondo il principio che ciascuna parte deve provvedere alle spese degli atti processuali che compie e di quelli che chiede; che, in ogni caso, la CTU ha escluso qualunque a profilo di responsabilità dell' OMISSIS.

All'udienza del 21.9.2023 compariva parte ricorrente. Nessuno compariva per le parti convenute. La causa è stata rimessa alla sottoscritta quale assegnataria nell'ambito dell'UPP del procedimento la cui trattazione era stata delegata alla dott.ssa OMISSIS.

La domanda è meritevole di accoglimento.

In via preliminare si deve dichiarare la contumacia dei convenuti, *Omissis* in proprio, e quale genitore di *Omissis* e dei CCTTLJU dott. *Omissis* e dott. *Omissis* , i quali regolarmente citati, non si sono costituiti.

Nel merito per giurisprudenza costante della SC da cui non vi è ragione di discostarsi "**Le spese dell'accertamento tecnico preventivo "ante causam" devono essere poste, a conclusione della procedura, a carico della parte richiedente, in virtù dell'onere di anticipazione e del principio di causalità, e devono essere prese in considerazione, nell'eventuale successivo giudizio di merito, come spese giudiziali, da regolare in base agli ordinari criteri di cui agli artt. 91 e 92 c.p.c.**" (Cass. civ. Sez. VI - 2 Ord., 26/05/2020, n. 9735)

Si richiama altresì **la recente sentenza della Corte Costituzionale, n. 87 del 10.03.2021, che - nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1 e 2, della L. n. 24 del 2017 (Tentativo obbligatorio di conciliazione "Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa ad una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'art. 696 -bis c.p.c. dinanzi al giudice competente) sollevate con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., - ha ritenuto che sotto il profilo della regolamentazione delle spese "viene in rilievo l'art. 669-quaterdecies cod. proc. civ. che stabilisce, tra l'altro, che ai procedimenti di istruzione preventiva, e quindi anche alla consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696-bis cod. proc. civ. e a quella di cui all'art. 8 della L. n. 24 del 2017, si applica altresì l'art. 669-septies cod. proc. civ., secondo cui il giudice provvede definitivamente sulle spese processuali in caso di ordinanza di incompetenza o di rigetto, che comprende anche l'ipotesi dell'inammissibilità della domanda; ossia casi in cui l'accertamento tecnico preventivo non ha luogo"**

Nel caso in esame, si rileva, peraltro, come le risultanze della CTU redatta, abbiano escluso ogni responsabilità di tipo professionale in capo all' *Omissis* convenuta nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c., concludendo che: "la causa della morte è la diretta conseguenza di una grave malattia tumorale giunta all'attenzione dei Sanitari in stadio già avanzato, con importanti compromissioni di organi ed apparati quali quello respiratorio e cardiovascolare" non sono pertanto evidenziabili condotte omissive e/o commissive, negligenti e/o imperite da parte dei sanitari che hanno seguito un corretto e completo iter diagnostico e terapeutico sia per la malattia primitiva sia per le importanti ed invalidanti sequele e complicanze già in atti al momento del ricovero del 15.6.2020"

Le spese dell'ATP vanno quindi poste a carico di *Omissis* che ha promosso la consulenza tecnico preventiva ex art. 696 bis c.p.c.

Le spese del presente giudizio vengono compensate considerato che la decisione è stata assunta autonomamente dal Giudice, senza che consti che *Omissis* avesse formulato istanza in tal senso, e la stessa non si è costituita, in alcun modo contrastando la riforma del provvedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

In riforma del decreto di liquidazione n. 401/2024 depositato in data 5.3.2024, nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c. (7994/2023) pone il pagamento del compenso pari a Euro 5.800,00 oltre oneri ed accessori a carico di *Omissis* in proprio e quale genitore di OMISSIS

Spese compensate

Così deciso in Firenze, il 15 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 15 luglio 2024.

Colpa esclusiva del medico e responsabilità della struttura sanitaria

CORTE D'APPELLO di Milano, sezione II, sentenza 19 luglio 2024, n. 2135; Pres. Maddaloni; Rel. Grazioli

In tema di danni da "malpractice" medica nel regime anteriore alla L. n. 24 del 2017, nell'ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario, nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis...

La Corte osserva quanto segue.

Occorre premettere alcune considerazioni introduttive in merito alla qualificazione della domanda svolta da parte attrice, oggi appellante.

Anzitutto è necessario affrontare la questione dell'oggetto e della natura della responsabilità della struttura sanitaria, peraltro, già definitivamente accertata.

L'accettazione del paziente nella struttura deputata a fornire assistenza sanitaria e ospedaliera comporta la conclusione di un contratto atipico "di spedalità".

L'obbligazione scaturente dal contratto, genericamente detta di assistenza sanitaria, ha un contenuto complesso, perché comprende sia la prestazione medica o chirurgica principale sia una serie di obblighi cd. accessori, consistenti nella messa a disposizione del personale medico, ausiliario e infermieristico, dei medicinali e delle attrezzature tecniche necessarie e nelle prestazioni latu sensu alberghiere comprendenti il ricovero e la fornitura di alloggio, vitto e assistenza al paziente fino alla sua dimissione (da ultimo Cass. 19541/2015).

La struttura medica risponde, quindi, a titolo contrattuale per la mancata o scorretta esecuzione di ciascuna delle prestazioni ricomprese nell'obbligazione assunta, ivi inclusa la prestazione medica principale.

Più recentemente, la Suprema Corte (nella sentenza n. 28987 dell'11.11.2019) ha precisato che "**il medico opera pur sempre nel contesto dei servizi resi dalla struttura presso cui svolge l'attività, che sia stabile o saltuaria, per cui la sua condotta negligente non può essere agevolmente "isolata" dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, di cui il medico stesso è parte integrante, mentre il già citato art. 1228 c.c., fonda, a sua volta, l'imputazione al debitore degli illeciti commessi dai suoi ausiliari sulla libertà del titolare dell'obbligazione di decidere come provvedere all'adempimento, accettando il rischio connesso alle modalità prescelte, secondo la struttura di responsabilità da rischio d'impresa ("cuius commoda eius et incommoda") ovvero, descrittivamente, secondo la responsabilità organizzativa nell'esecuzione di prestazioni complesse; ne consegue che, se la struttura si avvale della "collaborazione" dei sanitari persone fisiche (utilità) si trova del pari a dover rispondere dei pregiudizi da costoro eventualmente cagionati (danno): la responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova radice non già in una colpa "in eligendo" degli ausiliari o "in vigilando" circa il loro operato, bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione (Cass., 27/03/2015, n. 6243), realizzandosi, e non potendo obliterarsi, l'avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivin**o (cfr. Cass., 06/06/ 2014, n. 12833)".

Tanto premesso, occorre esaminare la fondatezza dell'azione di regresso svolta da parte attrice, oggi appellante.

In via generale, non pare inutile ricordare che, **nell'adempimento del contratto di spedalità, vi è un solo debitore (la struttura sanitaria) - nel caso in cui il paziente non abbia stipulato un contratto anche con il professionista - ed una condotta che si inserisce nel programma esecutivo del rapporto obbligatorio. Il debitore (la struttura sanitaria) adempie, pertanto, con uno strumento che non è materiale, ma è rappresentato dalle prestazioni svolte dall'ausiliario (l'esercente la professione sanitaria). Il paziente danneggiato, dunque, è creditore del soggetto tenuto all'adempimento (la struttura sanitaria), le cui obbligazioni sono state eseguite in modo inesatto dall'ausiliario (cui il predetto adempimento era demandato). Di conseguenza, la mancata realizzazione dell'interesse del creditore (il paziente) è direttamente imputabile, per fatto proprio, a chi ha assunto l'obbligazione e, dunque, alla struttura sanitaria.**

Con riferimento ai rapporti interni tra debitore, responsabile ex art. 1228 c.c., ed ausiliario, incaricato di adempiere l'obbligazione assunta dal primo, l'azione di regresso deve tenere conto del contributo personale all'illecito dell'ausiliario e della riconduzione del danno all'inadempimento di un'obbligazione che resta, comunque, nella titolarità del debitore.

Nella sentenza appena citata (Cass. 28987/2019) la Corte di Cassazione, con riferimento alle caratteristiche ed ai limiti dell'azione in esame, ha precisato: "dovendo escludersi l'ipotesi che il giudizio di rivalsa integri gli estremi di un'ordinaria azione da inadempimento del contratto che lega la struttura sanitaria al medico, posto che, come ricostruito, tale profilo contrattuale non risulta assorbente rispetto alle implicazioni della responsabilità medica verso terzi, i criteri generali della relativa quantificazione non possono che essere ricondotti, sia pure in modo complessivamente analogico, al portato degli artt. 1298 e 2055 c.c., a mente dei quali il condebitore in solido che adempia all'intera obbligazione vanta il diritto di rivalersi, con lo strumento del regresso, sugli altri corresponsabili, secondo la misura della rispettiva responsabilità In presenza di un unico evento dannoso astrattamente imputabile a più soggetti, sia in tema di

responsabilità contrattuale che extracontrattuale, per ritenere tutti i soggetti tenuti ad adempiere all'obbligo risarcitorio è sufficiente, per costante giurisprudenza di questa Corte, in base ai principi sul concorso di concause nella produzione dell'evento,che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno (da ultimo, Cass. 6 dicembre 2017, n. 29218); al riguardo va ulteriormente premesso che, secondo il costante orientamento di questa Corte in tema di responsabilità solidale dei danneggianti, l'art. 2055 c.c., comma 1, richiede solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorchè le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone e anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma dev'essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come - ovvero si astrae dalla - identità delle norme giuridiche da essi violate (Cass., 1701/2019, n. 1070, Cass., 16/12/2005, n. 27713)".

Premesse tali considerazioni in ordine alle caratteristiche della responsabilità solidale, la Suprema Corte ribadisce che la misura del regresso varia a seconda della gravità della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate e che l'art. 1298 c.c. detta regola secondo la quale l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori in parti che si presumono eguali, "se non risulti diversamente".

In conclusione, la Corte di Cassazione - prendendo in esame l'ipotesi limite, quella nella quale vi sia prova della colpa esclusiva del medico (colpa esclusiva che spetta alla struttura provare) - afferma che, anche in questo caso, e dunque "**in tema di danni da "malpractice" medica nel regime anteriore alla L. n. 24 del 2017, nell'ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario, nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata**".

Viene, pertanto, definitivamente esclusa la possibilità che la struttura, nel caso di colpa esclusiva del sanitario - ad eccezione del caso in cui si "manifesti un evidente iato tra (grave e straordinaria) "malpractice" e fisiologica attività economica di impresa" - eserciti un diritto di rivalsa integrale nei confronti del medico.

Le predette considerazioni - relative alle caratteristiche dell'azione di regresso tra condebitori solidali nell'ipotesi dell'adempimento di un'obbligazione che nasce dal contratto di spedalità - devono essere ribadite a prescindere dalla natura del rapporto di lavoro e di collaborazione tra debitore (struttura sanitaria) ed ausiliario (medico).

L'esecuzione (imperita) del professionista che operi nell'ambito di una struttura sanitaria - sia come lavoratore dipendente, sia come collaboratore non dipendente - integra comunque l'impegno assunto dal debitore.

... Omissis ...

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, sull'appello proposto da I.C.C.S. s.p.a. e sull'appello incidentale proposto da P.M. avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 8093/2023 pubblicata in data 17 ottobre 2023 così dispone:

1) Rigetta l'appello principale e l'appello incidentale e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

2) Condanna I.C.C.S. s.p.a. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore di P.M. che si liquidano in complessivi Euro 18.511,00, oltre rimborso spese generali, Iva e c.p.a. come per legge;

3) Condanna P.M. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore di A.M. s.p.a. che si liquidano in complessivi Euro 3.473,00 oltre rimborso spese generali, Iva e c.p.a. come per legge;

4) Dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dell'appellante I.C.C.S. s.p.a. e da parte dell'appellante incidentale P.M. dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1 quater del D.P.R. n. 115 del 2002, così come modificato dall'art. 1, comma 17 della L. n. 228 del 24 dicembre 2012.

Così deciso in Milano, il 10 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 19 luglio 2024.

Responsabilità medica e incertezza circa la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere

TRIBUNALE di Napoli, sezione VIII, sentenza 26 luglio 2024, n. 7435; Giud. Console

In materia di responsabilità medica, se, al termine dell'istruttoria, resta incerta la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ...

Passando al merito della presente controversia occorre ripercorrere natura e presupposti della responsabilità medica, nel quadro del regime anteriore alla L. n. 24 del 2017.

Infatti, come chiarito dalla Suprema Corte (Cfr. Cass. 28994/2019), **l'applicazione della disciplina di cui alla legge Gelli va confinata alle fattispecie sorte dopo la relativa entrata in vigore. Depongono in tal senso il principio generale di irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. cod. civ.), nonché l'esigenza di tutelare l'affidamento ingenerato nei consociati relativamente agli elementi costitutivi della fattispecie, incisi da interventi legislativi ad essa posteriori.**

La L. n. 24 del 2017, com'è noto, ha innovato la qualificazione della responsabilità del personale operante nel quadro di una struttura sanitaria, con importanti ricadute in materia di prescrizione e ripartizione degli oneri probatori. Prima del menzionato intervento legislativo, la giurisprudenza di legittimità riconduceva la responsabilità professionale medica al genus di quella contrattuale, sia per l'ente sanitario, sia per i professionisti inseriti nella relativa organizzazione o, a maggior ragione, operanti privatamente. Tale arresto risultò il frutto della dialettica tra diverse ricostruzioni ermeneutiche. Infatti, un primo indirizzo inquadrava l'accettazione del paziente presso un ente sanitario quale conclusione di un contratto di prestazione d'opera, al quale restavano estranei i sanitari che effettuassero la prestazione, i quali, pertanto, potevano essere chiamati a rispondere solo a titolo extracontrattuale (cfr. Cass. 1716/1979).

Un secondo orientamento argomentava l'estensione al professionista, operante nell'ente sanitario, della responsabilità contrattuale facente capo alla struttura per il caso di inadempimento della prestazione, sulla base del rapporto di immedesimazione organica e del dettato dell'art. 28, cost. (cfr. Cass. 2144/1988). In tempi più recenti, emerse un filone interpretativo incentrato sugli obblighi di protezione scaturiti dal contatto con il paziente, relativi alla salvaguardia degli interessi emergenti in occasione della prestazione sanitaria. A partire da tali obblighi di protezione, si argomentava la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto, con conseguente attivazione dei presidi di tutela corrispondenti (cfr. Cass. 589/1999). Proprio tale tesi, fondata sulla figura del "contatto sociale", risultò prevalente, con la conseguenza di modulare sia la prescrizione, sia gli oneri probatori gravanti sul danneggiato, secondo il modello della responsabilità contrattuale (cfr. Cass. 1547/2004, Cass. 9085/2006, Cass. 4792/2013). Ancora, ne fu conseguenza l'adozione, quanto alla diligenza e al grado della colpa, dei principi in materia di obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; 21 luglio 2003, n. 11316, in motiv.).

Sotto il profilo della responsabilità dell'ente sanitario, non se ne dubitava la natura contrattuale, potendo essa discendere dall'inadempimento di prestazioni direttamente a suo carico, o dall'inadempimento della prestazione medica eseguita dal personale (tra le prime pronunce in merito cfr. Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in Foro It., 1988, I, 2296, poi confermata da Cass. 4 agosto 1988, n. 6707; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336; Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 1 settembre 1999, n. 9198; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in motiv; Cass. 4 marzo 2004, n. 4210; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133).

La giurisprudenza riconosceva la responsabilità piena ed autonoma dell'ente sanitario per i danni provocati dai propri dipendenti e, più in generale, da coloro che operassero nella struttura; responsabilità imputabile all'azienda indipendentemente dall'accertamento in concreto della responsabilità individuale dei singoli agenti. In particolare, la responsabilità dell'ente gestore per il fatto del personale, si fondava sull'operatività dell'art. 1228 c.c., e, dunque, sull'assunzione del rischio d'impresa connesso all'attività degli operatori concretamente investiti dell'esecuzione della prestazione, indipendentemente dall'inserimento di questi nell'organizzazione aziendale e dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (cfr. Cass.103/1999, confermata sul punto da S.S. U.U. 9556/2002). In conclusione, tanto la responsabilità della clinica, quanto quella del medico, trovavano titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. cod. civ. (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 11/3/2002, n. 3492; Cass., 22/12/1999, n. 589). In punto di allocazione della responsabilità, per i danni derivati dall'inadempimento di contratti diversi, ossia il contratto di spedalità facente capo alla casa di cura ed il contatto sociale qualificato instauratosi con il medico, questi sono corresponsabili in solido. Infatti, sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se

l'unico evento dannoso è imputabile a più soggetti, è sufficiente, al fine di ritenere la responsabilità di tutti nell'obbligo di risarcimento, che le azioni o omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'evento (Cass. 15/06/1999, n. 5946; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10987).

Ciò discende dai principi generali che regolano il nesso di causalità ed il concorso di cause egualmente efficienti della produzione di un determinato danno, esplicitati, in materia di responsabilità extracontrattuale, dall'art. 2055 c.c. (cfr. Cass. 23918/2006). Come già sottolineato, l'art. 1228 c.c. addossa alla struttura sanitaria i rischi connessi all'operato degli ausiliari, per il sol fatto dell'appropriazione dei risultati utili della prestazione. La misura della colpa dell'operatore rileva, al più, ai fini dell'esperibilità e della misura della rivalsa dell'ente, ma non può essere invocata per eludere la solidarietà esterna nei confronti del danneggiato.

Più specificamente, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale. È ammessa la rivalsa integrale solo qualora l'ente sanitario dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile (e oggettivamente improbabile) devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione (in tal senso Cass. 28987/2019). La qualificazione in termini contrattuali della relazione qualificata ente sanitario - paziente e medico - paziente genera importanti ricadute in tema di onere probatorio. Dalla detta natura contrattuale in un recente passato conseguiva sotto il profilo dell'onere probatorio (Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in Foro It., 1997, I, 771) che, qualora il trattamento o l'intervento non fossero di difficile esecuzione, il mero aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente collegabili ad essi comportava, a mente dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione; in conseguenza, il paziente che chiedeva il risarcimento del danno subito assolveva all'onere probatorio che gli incombeva dimostrando:

a) l'aggravamento delle sue condizioni o l'insorgenza di nuove patologie;

b) il rapporto causale tra le stesse ed il trattamento o l'intervento.

Spettava, quindi, all'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - fornire la prova che la prestazione professionale fosse stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi fossero stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Si faceva in altre parole applicazione del principio (già affermato nel diritto anglosassone) della res ipsa loquitur inteso come evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589). L'onere della prova veniva quindi ripartito tra le parti nel senso che spettava al medico provare che il caso fosse di particolare difficoltà e al paziente quali fossero le modalità di esecuzione inidonee, ovvero a questi spettava provare che la prestazione fosse di facile esecuzione ed al medico che l'insuccesso non fosse dipeso da suo difetto di diligenza (Cass. 19 maggio 1999, n. 4852; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127; Cass. 30 maggio 1996, n. 5005; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335; 16 novembre 1988, n. 6220). I risultati sopra riassunti sono stati, però, riletti dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, nonché, in senso sostanzialmente conforme, le successive Cass. 11 giugno 2004, n. 11488, e Cass. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133) in coerenza con il principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento. Con la richiamata pronunzia le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici in tema di onere probatorio in materia contrattuale, che vedeva attestata la giurisprudenza su una distinzione basata sull'oggetto della domanda: si riteneva, cioè, che, nel caso in cui chiedesse l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, l'attore dovesse provare soltanto la fonte del rapporto dedotto in giudizio, ossia l'esistenza del negozio e quindi dell'obbligo che assumeva inadempiuto; mentre nel caso in cui avesse domandato la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno dovesse provare anche il fatto su cui la domanda era fondata, ossia l'inadempimento, spettando al convenuto di dare la prova della non imputabilità di esso (Cass., 9 gennaio 1997, n. 124; Cass., 24 settembre 1996, n. 8435).

Tale orientamento, tuttavia, è stato sottoposto a rigorosa critica, osservandosi come la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale implichi oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, rimanendo così irragionevole differenziare l'onere probatorio in funzione delle differenti domande che l'attore intendesse proporre in via contrattuale; e ciò anche perché il criterio della cd. vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto deve essere posto a carico della parte cui esso si riferisce, impone di ritenere che l'inadempimento, che nasce e si consuma nella sfera di azione del debitore, non possa essere provato dal creditore, dovendo, viceversa, essere il debitore a provare l'inimputabilità.

Sulla scorta di quanto innanzi il supremo giudice di nomofilachia ha statuito che il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogamente è stato disposto con riguardo all'inesatto adempimento, rilevandosi che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Applicando, allora, questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ovvero della struttura sanitaria deve ritenersi che il paziente, che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del sanitario o della

struttura, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento.

Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto della prestazione sanitaria, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la citata prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile (così anche Cass. 4210/04, rel. Segreto, secondo cui la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione, per cui dell'incertezza sulla stessa se ne deve giovare il creditore; si tratta, come detto, del principio di vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla e non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione; così da ultimo Cass., 11 novembre 2005, n. 22894, secondo cui, appunto: in tema di responsabilità civile nell'attività medico chirurgica, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il contatto e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato -sia esso il sanitario o la struttura la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile). In tale ottica mette conto all'uopo richiamare la parte motiva di Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, rel. Travaglino, secondo cui si è giunti a chiedere al danneggiato soltanto la prova del nesso causale e della facilità di esecuzione dell'intervento (intervento cd. routinario), mentre la colpa, anche lieve, si presume sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente. La colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione speciale del professionista, una dimensione paraoggettiva della responsabilità, salva la prova di aver eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza, con la trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, di modo che, prosegue il S.C., il detto accertamento deve indirizzarsi: a) sulla natura facile o non facile dell'intervento del professionista; b) sul peggioramento o meno delle condizioni del paziente; c) sul nesso causale e sulla sussistenza della colpa (lieve nonché presunta, se in presenza di operazioni di routine o ben codificate, grave, se relativa ad operazione che trascende la preparazione media ovvero non sufficientemente studiata o sperimentata, con l'ulteriore limite della particolare diligenza richiesta in questo caso, e dell'elevato tasso di specializzazione nel ramo imposto al sanitario; d) sul corretto adempimento dell'onere di informazione circa gli esiti dell'intervento e sull'esistenza del conseguente consenso del paziente.

A tale quadro ermeneutico deve aggiungersi la sentenza delle Sezioni Unite (11 gennaio 2008, n. 576, Presidente: Carbone, Estensore: Segreto) in tema di nesso causale, che accoglie, quanto alla configurabilità di quest'ultimo in sede civile, la regola probatoria del "piu` probabile che non", espressamente adottata dalla epigrafata pronuncia di cui a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, accantonando definitivamente il criterio dell'"oltre il ragionevole dubbio" di cui alla sentenza Franzese delle Sezioni Unite penali. In effetti, la Cassazione, nella sua più alta composizione, reputa che il danno rilevi sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, il primo dato va valutato alla stregua del criterio della causalità materiale, mentre il secondo è da vagliarsi secondo il criterio della causalità giuridica.

Orbene, per la teoria della regolarità causale, ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta (attiva o omissiva) che appaiano sufficientemente prevedibili al momento in cui ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili. E tale valutazione della prevedibilità obbiettiva deve compiersi ex ante, e va compiuta in astratto e non in concreto: non in base alla conoscenza dell'uomo medio, ma alle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché "non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale"), sicché ciò che rileva non è che l'evento sia prevedibile da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento.

Le profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile e accertamento di quello penale si ripercuotono, dunque, sul diverso regime probatorio, che attiene alla fase giudiziale successiva la verificarsi del fatto dannoso: muta sostanzialmente, tra il processo penale e quello civile, la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nel secondo quella della preponderanza dell'evidenza, ossia del "più probabile che non". Ora, Cass., n. 975 del 16 gennaio 2009 (Rv. 606129) (Presidente: Vittoria P. Estensore: Finocchiaro M.) ha confermato che in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile; tuttavia, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non". In tempi ancora più recenti il Giudice di legittimità sembra avere mutato nuovamente indirizzo in termini di maggiore garanzia della posizione dei sanitari e di contraltare di maggiore rigore probatorio in capo al paziente. In particolare, le pronunzie più vicine in termini temporali hanno ribadito i principi enunciati dalle Sezioni Unite civili, ai punti 4.3 e 4.7 della parte motiva della sentenza 11 novembre 2008 n. 26973. Più precisamente, le sezioni Unite citate hanno precisato che nell'ambito della causalità di contatto sociale, la parte lesa ha l'onere di dare

la prova del rapporto sanitario, della esistenza di una prestazione sanitaria negligente e della lesione della salute, secondo un riparto di onere della prova che imputa alla parte asseritamente inadempiente la deduzione di cause giustificative di tale inadempimento, di guisa che il criterio della causalità non è quello proprio della imputazione penale secondo il criterio rigoroso della quasi certezza, ma è quello civilistico e probabilistico, già espresso dalle S.U. civili nella sentenza n. 577 del 11 gennaio 2008. Onere di offrire - in termini di allegazione puntuale - prova della esistenza di una prestazione sanitaria negligente ribadito anche da ultimo Cass. 19024/18 e Cass. 14/11/2017, n. 26824; Cass. 07/12/2017, n. 29315; Cass. 13/01/2016, n. 344; Cass. 20/10/2015, n. 21177; Cass. 31/07/2013, n. 18341; Cass. Sez.U. 30/10/2001, n. 13533; Cass. 26/07/2017, n. 18392; Cass. Sez. U. 11/01/2008, n. 577. Peraltro, Cass. 27855/2013 ha chiarito come nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno, di talché, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno.

Da ultimo i giudici di legittimità hanno chiarito come sia nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, sia in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile ed il nesso di causa tra questa ed il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti; la sussistenza della prima non dimostra, di per sé, anche la sussistenza del secondo, e viceversa; l'art. 1218 c.c., solleva infatti il paziente della obbligazione che si afferma non adempiuta dall'onere di provare la colpa del debitore inadempiente, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore ed il danno di cui domanda il risarcimento; è infatti onere dell'attore danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento; tale onere va assolto dimostrando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno; (in tal senso, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18392 del 26/07/2017, Rv. 645164-01 e Cass., sez. 3, 14/11/2017, (ud. 13/09/2017, dep.14/11/2017), n. 26824, da ultimo Cass. ord. n. 192014/2018). Questo orientamento in tema di onere della prova è stato da ultimo confermato, per cui è pacifico che spetti al paziente dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la condotta colposa del medico ed il danno. Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che non comporta automaticamente il riconoscimento della responsabilità del medico agente il mancato assolvimento dell'onere di dimostrare l'esattezza della prestazione medica e l'assenza di incidenza causale dell'inadempimento della prestazione sanitaria sulla produzione dei danni subìti da un paziente, poiché è necessario accertare previamente l'ottemperamento dell'onere probatorio attoreo che consiste nel dimostrare la condotta colposa del responsabile, il nesso di causa tra quest'ultima ed il danno sofferto, elementi che pertanto costituiscono accertamenti distinti. (cfr. Cassazione civile sez. III, 20/11/2018, n.29853 e da ultimo Cass. sent. n. 6593/19). Rimane ferma, per la giurisprudenza di legittimità più recente, la ricognizione di due distinte parabole causali, l'una relativa all'evento dannoso, a monte, l'altra relativa all'impossibilità di adempiere, a valle.

Sicché, il nesso di causa tra malpractice medica ed evento dannoso deve essere provato dal creditore/danneggiato. In subordine al raggiungimento della prova sui fatti costitutivi della domanda, compete al debitore/danneggiante fornire la prova liberatoria in ordine alla impossibilità di adempiere. Più specificamente, mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa non prevenibile ed improbabile abbia reso impossibile la prestazione (cfr. Cass. Civ, Sez. III, n.28991/2019; Cass. civ. sez. III - 02/09/2022, n. 25886).

Sulla estensione delle incombenze probatorie spettanti al danneggiato incide la peculiare configurazione della responsabilità medica, la quale si discosta dalla figura generale della responsabilità contrattuale, per il fatto che la causalità materiale assume una tangibile demarcazione rispetto all'inadempimento. Infatti, per la figura generale, l'inadempimento si traduce nella lesione dell'interesse tutelato dal contratto, e dunque si risolve, di per sé stesso, nel danno evento, con la conseguenza che, pur essendo causalità materiale ed inadempimento distinguibili sul piano concettuale, la prova dell'inadempimento assorbe quella del nesso di causa.

Ciò non avviene in relazione all'inadempimento di prestazioni professionali. L'interesse sotteso al contratto, in tal caso, non si identifica con il risultato utile perseguito dal creditore (la propria guarigione, in ambito sanitario), bensì è circoscritto all'aderenza dell'operato professionale alle leges artis ed alla misura della diligenza applicabile.

Di talché, il danno evento (aggravamento o insorgenza di nuova patologia) non è immanente nella violazione delle leges artis e del canone di diligenza, ma potrebbe essere conseguito a diversa eziologia. In ragione di tanto, all'onere del creditore/danneggiato di allegare la connessione naturalistica fra la lesione della salute e la condotta del medico, si somma quello di provare quella connessione. La verifica del raggiungimento di tale prova, si ispira - nel processo civile - al criterio della "preponderanza dell'evidenza", quale combinazione di due regole: la regola del "più probabile che non" e la regola della "prevalenza relativa" della probabilità. Sotto il primo profilo, comporta la verifica comparativa degli elementi di conferma, o di confutazione, di un enunciato. L'affermazione della verità dell'enunciato implica che vi siano prove preponderanti a sostegno di essa: ciò accade quando vi sono una o più prove dirette che confermano quell'ipotesi, oppure vi sono una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa. La regola della "prevalenza relativa" della probabilità rileva quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre, e che le varie ipotesi abbiano ricevuto diverso grado di conferma alla luce delle risultanze probatorie. In base a tale criterio, il Giudice

deve preferire l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili (cfr. Cassazione civile sez. III - 06/07/2020, n. 13872).

Quanto al contenuto della prova liberatoria ex art. 1218, c.c., essa è raggiunta quando il debitore/danneggiante dimostri di aver tenuto una condotta diligente o prudente nel rispetto delle norme giuridiche e delle leges artis. Più specificamente, la non imputabilità dell'inadempimento, valutata alla luce del combinato disposto degli art. 1218 c.c. e 1176 c.c., implica la verifica della diligenza in concreto esigibile, rapportata alle misure alternative che in concreto si sarebbero potute e dovute esigere dalla struttura sanitaria. Si tratta di una prospettiva che valorizza la dimensione soggettiva e concreta della colpa, rispetto alle valutazioni naturalistiche ed oggettive, in quanto l'affermazione di responsabilità della struttura sanitaria trova un limite nella misura della diligenza compatibile con la natura dell'attività professionale esercitata e nella esigibilità di un comportamento diverso alla luce delle circostanze del caso concreto. Lo stesso art. 1218 c.c., operante, per espressa previsione normativa (art. 7 L. n. 24 del 2017), anche per quanto concerne ipotesi di responsabilità organizzativa delle strutture sanitarie, impone di valutare in concreto lo sforzo diligente esigibile sul piano gestionale ed organizzativo (cfr. Cassazione civile sez. III, 11/11/2020, n. 25288).

Dal riparto in tal modo delineato trova conferma, dunque, che "la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere.

Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore" (così, Cass. Sez. 3, sent. n. 18392 del 2017, cit.; nello stesso senso anche Cass. Sez. 3, sent. 4 novembre 2017, n. 26824, non massimata; Cass. Sez. 3, sent. 7 dicembre 2017, n. 29315, Rv. 646653-01; Cass. Sez. 3, sent. 15 febbraio 2018, n. 3704, Rv. 647948-01; Cass. Sez. 3, ord. 23 ottobre 2018, n. 26700, Rv. 651166-01, nonché, da ultimo, Cass. Sez. 3, sent. 11 novembre 2019, n. 28991, Rv. 655828-01).

... Omissis ...

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, definitivamente pronunziando nella causa promossa come in narrativa, ogni altra istanza respinta o disattesa, così provvede:

1. rigetta la domanda attorea;
2. compensa le spese di lite tra tutte le parti costituite;
3. spese di CTU definitivamente a carico di parte attrice.

Così deciso in Napoli, il 25 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 26 luglio 2024.

"Soft law" delle linee guida e responsabilità medica

CORTE D'APPELLO di Reggio Calabria, sentenza 7 agosto 2024, n. 572; Pres./Rel. Morabito

In tema di responsabilità sanitaria per attività medico-chirurgica, il cd. "soft law" delle linee guida - pur non avendo la valenza di norma dell'ordinamento - costituisce espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c.

... Omissis...
Motivi della decisione

... Omissis...
Che l'utilizzo di metodiche sanitarie invasive e non indicate nel caso, quindi in contrasto con quanto ritenuto corretto dalla buona pratica medica e dalle "linee guida" della materia sia per sé causa di responsabilità medica ove abbia arrecato danno al paziente, è indiscutibile : cfr Cass Sez. 3 - , Sentenza n. 13510 del 29/04/2022 "**In tema di responsabilità sanitaria per attività medico-chirurgica, il cosiddetto "soft law" delle linee guida - pur non avendo la valenza di norma dell'ordinamento - costituisce espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali, quali quelle contenute negli artt. 1218 e 2043 c.c,".**
Nella specie, poiché il dr B. non ha mai dimostrato e non emerge dalla documentazione clinica che vi fosseto le condizioni che giustificavano l'atto chirurgico adottato, deve ritenersi che abbia esposto il paziente al rischio delle possibili complicanze dell'esame invasivo; complicanze del cui effettivo verificarsi risponde a titolo di colpa, indipendentemente dalla corretta esecuzione dell'esame
A fronte delle risultanze processuali, appare inattaccabile la decisione di primo grado che, con congrua motivazione, ha affermato la responsabilità professionale del B., il quale non ha eseguito esattamente la sua prestazione e non è riuscito a provare la non imputabilità del suo inadempimento, come era suo specifico onere secondo costante orientamento della Suprema Corte (Cass. Civ., Ord. n. 25314 del 25/08/2023).
Inoltre, sebbene l'appellante lamentasse una concausalità di elementi determinanti le lesioni in capo al P. da parte di terzi soggetti - quali l'equipe del reparto di chirurgia i quali sottoponevano il paziente all'intervento chirurgico in data 18/11/2008 - non provvedeva a chiamare in causa nessuno dei predetti, non permettendo così di addivenire ad un eventuale accertamento né ad alcuna pronuncia della loro (eventuale) corresponsabilità.
Ciò esclude e rende irrilevanti le argomentazioni che lamentano il mancato coinvolgimento del dr B. da parte del diverso reparto che ha proceduto al successivo intervento; peraltro dalla lettura della CTU emerge che, senza attendere un "coinvolgimento" , sarebbe stato piuttosto dovere del chirurgo che aveva eseguito un intervento invasivo, non scevro da rischi e complicanze, curarsi diseguire il paziente nei primissimi girni succesivi all'atto chirurgico anche se successivamente ricoverato in altro reparto del nosocomio.
Parimenti infondato è il motivo di appello del dr B. relativo alla liquidazione del pregiudizio morale/esistenziale riconosciuto dal giudice di prime cure nella misura del 10%.
L'appellante lamenta il riconoscimento di tale voce di danno solo sulla scorta delle generiche deduzioni di cui alla CTU e, comunque, non direttamente provate dal danneggiato.
Innanzitutto, giova evidenziare che in presenza di condotte astrattamente idonee a configurare il reato di lesioni colpose il risarcimento del danno morale è consequenziale.
Inoltre, l'onere di allegazione del danneggiato ai fini della liquidazione del danno morale risulta ampiamente soddisfatto nella specie non solo per le sofferenze causate al paziente per le erronee manovre chirurgiche, per le preoccupazioni per il suo stato di salute futuro, ma anche per il condizionamento perdurante causato dall'esigenza di periodica sostituzione e controllo della protesi applicata per rimediare alla lesione
Sul punto la Suprema Corte ha espressamente affermato che "**secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di questa Corte, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti, il giudice di merito, dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, debba rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo in peius con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile … è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti**." (Cass. Civ., Ord. n. 6444 del 03/03/2023).

... Omissis...
P.Q.M.
La Corte di Appello di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando:
- sull'appello (proc 1023/2018 RGAC) proposto da B.F. (C.F.: (...)), nei confronti di P.G. (C.F.: (...)) e R.R.M.S. s.r.l. (C.F./P.IVA: (...)),in persona del legale rappresentante p.t. ;
- nonché sull'appello riunito (proc n 102/12019 RGAC) proposto dal Grande Ospedale Metropolitano "B.M.-M." di R. C. (C.F.: (...)), in persona del legale rappresentante p.t., nei confronti di P.G. e B.F.;
avverso la sentenza del Tribunale di Reggio Calabria n. 1616/2018 pubblicata in data 07/11/2018; nell'ambito del procedimento di appello recante RGAC 1023/2018, così provvede:
- Rigetta integralmente entrambi gli appelli riuniti e conferma la sentenza impugnata;
- Condanna gli appellanti B.F. e G.A.O. in solido rifondere a P.G. le spese del presente grado che, ai sensi del D.M. n. 55

del 2014, come aggiornato al D.M. n. 147 del 2022, si liquidano Euro 14.317,00 , oltre IVA, CPA e spese forfettarie;
- Somme distratte in favore del procuratore Avv. G.M. ex art. 93 c.p.c.
- Condanna altresì B.F. rifondere le spese del presente grado che, ai sensi del D.M. n. 55 del 2014, come aggiornato al D.M. n. 147 del 2022, si liquidano per Euro 7.160,00 oltre di IVA, CPA e spese forfettarie
Attesta - ai fini dell'art. 13, comma 1 quater, D.P.R. n. 115 del 2002 - l'integrale rigetto di entrambi gli appelli instaurati da B.F. e dall'Azienda O.- GOM - Di R. C.
Così deciso in Reggio Calabria, il 30 luglio 2024.
Depositata in Cancelleria il 7 agosto 2024.

Criterio tabellare per il risarcimento del danno non patrimoniale

TRIBUNALE di Ragusa, sentenza 12 settembre 2024, n. 1409; Giud. Giampiccolo

In tema di risarcimento del danno alla salute conseguente ad attività sanitaria, la norma contenuta nell'art. 3, III, D.L. n. 158/2012 (convertito dalla L. n. 189/2012) e sostanzialmente riprodotta nell'art. 7, VI, L. n. 24/2017 - la quale prevede il criterio equitativo di liquidazione del danno non patrimoniale fondato sulle tabelle elaborate in base agli artt. 138 e 139 D.Lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private) - trova applicazione anche nelle controversie relative ad illeciti commessi e a danni prodotti anteriormente alla sua entrata in vigore, nonché ai giudizi pendenti a tale data (con il solo limite del giudicato interno sul "quantum"), in quanto la disposizione, non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al Giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis...

Va ricordato che:

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (Sez. Un. n. 577 del 2008 cit.).

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'evento di danno (aggravamento della patologia preesistente ovvero insorgenza di una nuova patologia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, non potendosi predicare, rispetto a tale elemento della fattispecie, il principio della maggiore vicinanza della prova al debitore, in virtù del quale, invece, incombe su quest'ultimo l'onere della prova contraria solo relativamente alla colpa ex art. 1218 cod. civ. (Cass. 20812/18).

In tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione (Cass. 28991/19).

Il collegio medico legale, composto da un medico legale e da un medico ortopedico, ha concluso nel seguente modo, dopo accurata descrizione della documentazione medica agli atti di causa e dell'iter sanitario seguito dall'attrice, così come delle risultanze dell'esame obiettivo e dopo le considerazioni ortopediche sulle fratture femorali e le tecniche chirurgiche maggiormente valide (chiodo endomidollare, osteosintesi interna a cielo aperto, ecc):

"nel caso specifico, la Sig.ra *Omissis* è stata sottoposta ad intervento chirurgico, in data 13.12.2011, di riduzione ed osteosintesi con chiodo retrogrado femore sin perché affetta da "Politrauma con frattura femore sin". La scelta del mezzo di sintesi (chiodo retrogrado femorale) è stata conforme alle prescrizioni dell'arte medica del tempo, sulla base delle specificità del caso concreto e delle buone pratiche cliniche esistenti nel settore medico. Dalle indagini strumentali preoperatorie si evidenzia la complessità della frattura che era pluriframmentaria e scomposta. Dalle indagini strumentali postoperatorie si evidenzia che il chiodo endomidollare femorale, protrudeva in cavità articolare e quindi oltrepassava la corticale femorale, inficiando, inevitabilmente, la dinamica articolare del ginocchio sinistro con conseguenti patologie disfunzionali.

La protrusione del chiodo endomidollare femorale nella cavità articolare del ginocchio ha verosimilmente provocato una condropatia, ma non ha potuto alterare il processo di guarigione della frattura, poiché non può aver alterato la rigidezza dell'impianto di osteosintesi. Inoltre, la fuoriuscita del mezzo di sintesi ha probabilmente "facilitato", agendo da fulcro, la frattura della rotula avvenuta in seguito all'evento traumatico del 03.03.2012.

- Nonostante l'indicazione all'intervento chirurgico e l'appropriatezza dello stesso secondo quanto abbiamo detto, tuttavia si ravvisa responsabilità professionale colposa in termini di imperizia, legata a un anomalo posizionamento del chiodo, in modo da creare una sporgenza intraarticolare non prevista. - Al fine del nesso di causalità materiale occorre tenere presenti i seguenti fattori:

- per quanto attiene la frattura della rotula, essa appare legata alla concomitanza di due fattori: il trauma da caduta e la presenza della sporgenza del chiodo. Il trauma da caduta ha determinato due effetti: uno diretto (l'impatto con una superficie solida), l'altro indiretto in quanto l'impatto stesso ha creato una compressione per cui la rotula è stata oggetto di vis lesiva anche da parte del chiodo sporgente; - Nella realtà concreta non è possibile stabilire quanto del danno prodotto sia legato al trauma da caduta e quanto sia legato all'effetto del chiodo. - Fatte queste brevi considerazioni possiamo procedere nell'evenienza di un concorso di causa nel determinismo della frattura. Stante che secondo i baremè di

riferimento (cfr. Guida alla valutazione Medico-Legale dell'invalidità pemanente in Responsabilità Civile e nell'Assicurazione privata contro gli infortuni e le malattie - E. R., OMISSIS, *Omissis* 6 pag. 308) la frattura della rotula è valutata al 5% , nel caso specifico per quanto detto del concorso di causa si ritiene equa una valutazione del 3 (tre)%; - Per quanto attiene l'altra questione sollevata ,circa la necessità futura di una protesi del ginocchio , attribuita nella consulenza di parte ai fenomeni artrosici, occorre precisare che dalla documentazione in atti è riportata la stessa patologia degenerativa anche in tempi precedenti (preesistenza) ai fatti per cui è causa. Essendo la gonartrosi una malattia degenerativa che può insorgere spontaneamente , non è possibile stabilire quanto eventualmente il chiodo abbia potuto e se ha potuto provovarne l'insorgenza e /o l'aggravamento, stante la permanenza di soli 13 mesi,mentre sono passati circa dieci anni dall' evento per cui è causa . In tale contesto, non può valutarsi un danno solo sulla scia di una previsione (eventuale protesizzazione del ginocchio) . Mentre per quanto riguarda la condropatia, cui si presume abbia potuto partecipare il chiodo , può essere valutata nella misura del 3(tre) % in modo equitativo (cfr. Guida alla valutazione Medico- Legale dell'invalidità pemanente in Responsabilità Civile e nell'Assicurazione privata contro gli infortuni e le malattie - E. R., L. M., *Omissis* 2015- pag. 308) . - Pertanto, complessivamente il danno biologico può essere valutato complessivamente nella misura del 6% (sei percento). - Per quanto attiene l'inabilità temporanea assoluta, è da considerare un periodo di 5 giorni riferiti al periodo di ricovero relativo alla frattura di rotula (dal 05.03.2012 al 09.03.2012) ed un periodo di 7 giorni riferito al ricovero per la rimozione del chiodo (dal 02.01.2013 all'08.01.2013): totale ITA: 12 (dodici) giorni; - È configurabile, inoltre, un periodo di inabilità temporanea parziale al 50% di giorni 30 (trenta), post-frattura rotula e di giorni 20 (venti) post-intervento di rimozione chiodo: totale ITP al 50%: 50 (cinquanta) giorni; - altri 15 (quindici) giorni sono configurabili come Inabilità temporanea parziale al 25%, necessari per il recupero funzionale".

In risposta alle osservazioni dei CT di parte convenuta gli ausiliari del giudice hanno evidenziato che "la fuoriuscita del chiodo endomidollare nell'articolazione del ginocchio non è contemplata nella metodica chirurgica, che prevede, per favorire l'eventuale rimozione del mezzo di sintesi, l'applicazione di un "tappo" avvitato all'estremità del chiodo che una volta rimosso permette l'applicazione dell'estrattore nel mezzo di sintesi".

Venendo alla liquidazione del danno ed al criterio per determinarla, va ricordato **che in tema di risarcimento del danno alla salute conseguente ad attività sanitaria, la norma contenuta nell'art. 3, comma 3, del D.L. n. 158 del 2012 (convertito dalla L. n. 189 del 2012) e sostanzialmente riprodotta nell'art. 7, comma 4, della L. n. 24 del 2017 - la quale prevede il criterio equitativo di liquidazione del danno non patrimoniale fondato sulle tabelle elaborate in base agli artt. 138 e 139 del D.Lgs. n. 209 del 2005 (Codice delle assicurazioni private) - trova applicazione anche nelle controversie relative ad illeciti commessi e a danni prodotti anteriormente alla sua entrata in vigore, nonché ai giudizi pendenti a tale data (con il solo limite del giudicato interno sul "quantum"), in quanto la disposizione, non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno (Cass. 28990/19).**

Nel caso di specie il danno si è manifestato tra il 5.3.2012 (frattura della rotula) e il 14.5.2013 (condropatia; vds. attestazione del 14.5.13 del dott. OMISSIS. Ne segue che il danno biologico permanente e temporaneo, sulla base delle tabelle dei danni micropermanenti (fino al 9%) nell'anno 2013, dell'età della danneggiata (50 anni) al momento della verificazione del danno conseguenza, dei punti e dei giorni di invalidità riconosciuti, va quantificato in Euro 8.344,96, che alla data odierna va attualizzato in Euro 11.011,77, per il cumulo di interessi e rivalutazione.

Le spese di lite seguono la misura della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, difesa o eccezione:

condanna l'*Omissis* di *Omissis* al pagamento, in favore di *Omissis* della somma di Euro 11.011,77, oltre interessi legali dalla presente pronuncia fino al pagamento;

condanna l'*Omissis* al pagamento delle spese di lite in favore di *Omissis* che liquida in complessivi Euro 5.000,00, oltre i.v.a., c.p.a. e rimborso spese forfettario al 15%, disponendone il pagamento in favore dello Stato; le spese di CTU, già liquidate con separato provvedimento, sono poste definitivamente a carico di parte convenuta.

Così deciso in Ragusa, il 11 settembre 2024.

Depositata in Cancelleria il 12 settembre 2024.

Colpa medica e perdita di chance

TRIBUNALE di Frosinone, sentenza 12 settembre 2024, n. 839; Giud. Troiani

La perdita di chance configura una autonoma voce di danno patrimoniale attuale, ovvero di danno ad un bene della vita, già presente nel patrimonio del soggetto al verificarsi dell'illecito e che va commisurato non alla perdita del risultato stesso, ma alla perdita di possibilità di conseguire un risultato positivo.

Motivi della decisione

... Omissis ...
si deve osservare che nella fattispecie in esame viene in rilievo **la c.d perdita di chances, inquadrabile nell'ambito del danno iure hereditatis.**
In punto di diritto, con tale espressione si intende una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un bene della vita, patrimoniale o non.
La chance non è dunque una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione.
La perdita di chance configura, in altre parole, una autonoma voce di danno patrimoniale attuale ovvero di danno ad un bene della vita, già presente nel patrimonio del soggetto al verificarsi dell'illecito e che va commisurato non alla perdita del risultato stesso, ma alla perdita di possibilità di conseguire un risultato positivo.
La perdita di chance può assumere connotazioni sia di danno patrimoniale, che di danno non patrimoniale.
In questo contesto, il campo elettivo del danno da perdita di chance è rappresentato dalla responsabilità medica, legata alla menomazione delle possibilità di sopravvivenza o di guarigione del paziente ovvero alla limitazione della qualità della vita.
Ai fini risarcitori, occorre, in primo luogo, valutare la sussistenza del nesso di causalità tra il fatto illecito e il danno da perdita di chance, in quanto la relativa responsabilità ricalca i principi vigenti in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.
Nella valutazione del nesso eziologico, la giurisprudenza si era uniformata al criterio della probabilità degli effetti della condotta lesiva e della idoneità di quest'ultima a produrli; successivamente, si è sostituito al principio della probabilità quello della certezza, così da esigere una prova rigorosa del nesso di causalità.
Tuttavia, la necessità di contemperare l'onere probatorio eccessivamente gravoso a carico dell'attore, di un danno che si proietta nel futuro, ha indotto la giurisprudenza, così come la dottrina, a sostituire, non ai fini dell'accertamento causale, ma solamente ai fini della prova del pregiudizio, il criterio della certezza degli effetti dannosi della condotta, con quello della probabilità, una probabilità considerevole, con una valutazione presuntiva e prognostica, fondata sul calcolo delle probabilità non trascurabili, non essendo possibili in termini generali, pur qualche eccezione, la prova assoluta in termini di certezza del pregiudizio.

Chi agisce in giudizio deve dimostrare quindi l'esistenza di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile anche secondo un calcolo di probabilità, ma allegando sempre specifiche circostanze di fatto.
In sostanza, il danno da perdita di chance, sia di natura patrimoniale, che non patrimoniale, richiede una prova specifica da parte del danneggiato, anche con riferimento al c.d. danno conseguenza, affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze 11/11/2008 n. 26972-26975.
Relativamente ai mezzi di prova ammissibili, può farsi riferimento, come già accennato, anche alla prova presuntiva, in quanto, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale in tema, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di chance, ha l'onere di provare, pur se in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità considerevole, la realizzazione in concreto di alcuni presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.
Ciò posto, nel caso di specie la chance perduta è intesa come possibilità da parte della sig.ra *Omissis* di anni 71 al momento della morte, di sopravvivere più lungo rispetto a quanto effettivamente vissuto, potendo contare su un risultato migliore del 35- 40%, qualora il trattamento medico praticato fosse stato adeguato.
Il problema che si pone in questa vicenda è se tale tipo di danno possa essere o meno riconosciuto agli attori. Sul punto, si deve riportare una massima della Suprema Corte, ossia Cassazione - terza sezione civile - relatore V. - sentenza n. 37740 del 23/12/2022, la quale si è espressa nei seguenti termini: "Va ribadito, in linea con l'orientamento prevalente di questa Corte e ormai consolidato (tra le altre: Cass. n. 21245/2012; Cass. n. 13491/2014; Cass. n. 25886/2022), che, **in tema di responsabilità sanitaria, la domanda di risarcimento del danno da perdita di chance (nella specie, di guarigione di un prossimo congiunto, in conseguenza d'una negligente condotta del medico che l'ebbe in cura), deve essere formulata esplicitamente e non può ritenersi implicita nella richiesta generica di condanna del convenuto al risarcimento di "tutti i danni" causati dalla morte della vittima. E tanto perché la "chance" non è una mera aspettativa di fatto e, quanto in particolare alla chance c.d. non patrimoniale, consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente. Ne consegue che la domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance, anche non patrimoniale, è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, sostanziandosi, per converso, nella mancata possibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale ma) eventistica** (Cass. n. 5641/2018; Cass. n. 28993/2019; Cass. n. 25886/2022) ".

Nel caso in esame non vi è una formulazione esplicita in merito al danno da perdita di chances, nel senso che parte attrice ha chiesto anche il risarcimento dei danni iure hereditatis, categoria generale nella quale rientra anche la perdita di chances, senza chiedere, tuttavia, in termini specifici il riconoscimento del danno da perdita di chances.
A tale riguardo, infatti, la richiesta di riconoscimento dei danni iure hereditatis appare fin troppo generica ed indeterminata, potendo rientrare in questa categoria anche il danno terminale o catastrofale, anch'esso trasmissibile agli eredi.
A ciò si deve aggiungere che la richiesta dei danni iure hereditatis è stata formulata né in via subordinata né in via alternativa rispetto a quella principale relativa al riconoscimento del danno da perdita del rapporto parentale, sicché anche lo stesso dato letterale (" cui aggiungere il danno non patrimoniale iure hereditatis, vedi conclusioni dell'atto di citazione) fa propendere per la scelta della formula onnicomprensiva "di tutti i danni", incompatibile con la specificità tipica della richiesta di condanna della struttura sanitaria per la c.d. perdita di chances, domanda diversa nel suo essere intrinseco da quella riguardante il danno parentale, come specificato dalla giurisprudenza.
Ne consegue che quanto sostenuto dalla difesa dell' *Omissis* appare corretto su un piano squisitamente giuridico.
Tali considerazioni inducono questo Tribunale a rigettare la domanda.
Le spese di lite, in ragione della qualità delle parti e delle considerazioni giuridiche sviluppare in sentenza, possono essere compensate.

P.Q.M.
Rigetta la domanda proposta da parte attrice.
Compensa tra le parti le spese di lite, comprese quelle della C.t.u., liquidate con autonomo provvedimento.
Così deciso in Frosinone, il 10 settembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 12 settembre 2024.

Accertamento del nesso causale

TRIBUNALE di Ferrara, sentenza 20 settembre 2024, n. 905; Giud. Cristoni

L'accertamento del nesso causale con il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonchè dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano ad una valutazione "ex ante" del tutto inverosimili, ferma la regola della regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" vigente nel regime probatorio civilistico.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… *Omissis*…
2. Sulla responsabilità contrattuale della struttura convenuta
Sebbene gli attori abbiano omesso di qualificare la domanda, la responsabilità della struttura sanitaria convenuta deve essere accertata nei termini di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 7 della L. 8 marzo 2017, n. 24.
La citata normativa deve ritenersi applicabile al caso di specie, essendo l'evento dannoso individuato nella caduta del paziente presso la struttura sanitaria, avvenuta in data 28/01/2021 e non potendosi condividere la prospettazione di parte attrice secondo cui non sarebbe applicabile la Legge G.B., in quanto la dedotta culpa in vigilando della struttura sanitaria integra un'ipotesi di condotta omissiva idonea ad integrare la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, tenuta a rispondere, ai sensi dell'art. 1218 c.c. e 1228 c.c., delle condotte colpose o dolose degli esercenti responsabilità sanitaria.
Ritenuta applicabile la normativa sopra menzionata, in tema di responsabilità medico e sanitaria, parte attrice è tenuta a provare l'esistenza del contratto - o contatto sociale - e il danno lamentato, rimanendo a carico della parte convenuta l'onere di dimostrare il corretto adempimento oppure che l'inadempimento non è stato eziologicamente rilevante (Cass., 13/10/2017, n. 24073).
Non si ritiene di condividere la prospettazione di parte convenuta, secondo cui parte attrice avrebbe omesso di fornire prova del rapporto contrattuale - con conseguente impossibilità di richiedere alcun risarcimento del danno iure proprio -, in quanto *Omissis* e *Omissis* hanno prodotto in giudizio la documentazione medica attestante l'accesso Pronto Soccorso avvenuto in data 26/01/21, così come attestato dal referto (doc. 1 fascicolo attori), e il ricovero del paziente presso la struttura, come dimostrato dalle cartelle cliniche (doc. 2 - 5 fascicolo attori), fornendo così prova dell'avvenuto contatto sociale.
Accertato il titolo, deve ritenersi sussistente l'inadempimento degli operatori sanitari della struttura sanitaria convenuta, alla luce delle risultanze dell'elaborato peritale del dr. *Omissis* e dr. OMISSIS, dal quale emerge una compiuta valutazione della condotta tenuta dai medici della struttura.
In particolare, prima della caduta, il trattamento neurochirurgico è stato ritenuto tempestivo e tecnicamente appropriato e il timing di esecuzione della craniopastica ed il trattamento della complicanza sono stati valutati positivamente (cfr. pag. 13 c.t.u.).
Dalla c.t.u. medico legale emerge, invece, una condotta omissiva in capo ai sanitari al momento dell'ingresso del paziente al Pronto Soccorso sotto un duplice profilo.
In primo luogo, dall'esame della documentazione sanitaria sia antecedente al trasferimento in OBI che alla degenza non risultano adottati i necessari accertamenti diagnostici, ma solo una rilevazione dei parametri vitali, e, secondo il collegio peritale, tenuto conto dell'età del paziente, sarebbe stato necessario eseguire una T. celebrale al fine di escludere cause neurogene della sincope e, in particolare, la presenza di un eventuale ematoma subdurale, che avrebbe potuto costituire sia la causa sia la conseguenza dei sintomi manifestati dal paziente (cfr. pag. 14 c.t.u.).
In secondo luogo, emerge la mancata adozione di presidi di contenzione, nonostante il paziente fosse stato correttamente classificato come soggetto a rischio caduta, nonchè la mancata impartizione al paziente di specifiche disposizioni affinché non eseguisse spostamenti in autonomia ma chiedesse assistenza (cfr. pag. 14 c.t.u.).
Non convincono sul punto le argomentazioni della struttura sanitaria convenuta, che ha sostenuto genericamente di aver adottato precauzioni, senza tuttavia fornirne prova sul punto, e di aver adeguatamente informato il paziente.
Si ritengono condivisibili le conclusioni dei c.t.u. sull'omesso assolvimento da parte dei medici della struttura dell'obbligo informativo, in quanto la giurisprudenza è costante nel ritenere che **il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico** (Cass., 04/02/2016, n. 2177).
Il buono stato di salute prima dell'ingresso del paziente al Pronto Soccorso, così come attestato dal certificato rilasciato dalla *Omissis* Ferrara in data 25/11/20 e dal rilascio della patente a seguito di visita medica in data 13/01/21 (doc. 7 e 8 fascicolo attori), oltre all'indicazione all'annotazione sul diario infermieristico della dicitura "fermo a letto", avrebbero dovuto condurre i medici della struttura ad effettuare i necessari accertamenti diagnostici e ad adottare le adeguate misure contenitive, non potendosi il mero contrassegno della voce "Educazione al paziente sui fattori di rischio e sui comportamenti di prevenzione" contenuta nel modulo ritenersi esplicativa del reale contenuto e delle modalità dell'informazione fornita al paziente.
Ferma la condotta omissiva degli esercenti la professione sanitaria, occorre sottolineare che **l'accertamento del nesso causale con il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonchè dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano ad una valutazione "ex ante" del tutto inverosimili, ferma la regola della regola**

della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" vigente nel regime probatorio civilistico (Cass, 19/03/2018, n. 6698).
Nel caso di specie, i c.t.u. hanno precisato in maniera chiara ed esaustiva che, data la documentazione sanitaria e tenuto conto che a seguito della caduta il ricovero presso la struttura è stato ininterrotto, deve ritenersi configurabile il nesso causale tra il fatto traumatico - caduta a terra con lesione cranio-encefalica - ed il decesso del paziente (cfr. pag. 13 c.t.u.).
Alla luce delle risultanze della c.t.u, si ritiene, pertanto, integrato il nesso causale tra la condotta omissiva dei sanitari, in violazione delle regole di diligenza, e l'evento mortale del paziente.

… *Omissis*…
P.Q.M.
Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) accerta la responsabilità della *Omissis* nella causazione dell'evento lesivo e, per l'effetto,
- 2) condanna la *Omissis* al pagamento in favore di *Omissis* ... e *Omissis* dell'importo a titolo di risarcimento del danno biologico terminale patito iure hereditario dal de cuius di Euro 80.000,00 e di Euro 3.660,00 a titolo di risarcimento del danno patrimoniale;
- 3) condanna l' *Omissis* al pagamento in favore di ... *Omissis* dell'importo di Euro 230.749,00 a titolo di risarcimento del danno da perdita parentale;
- 4) condanna la *Omissis* al pagamento in favore di *Omissis* ... dell'importo di Euro 156.440,00 a titolo di risarcimento del danno da perdita parentale;
- 5) pone definitivamente il compenso liquidato al collegio peritale a carico della convenuta;
- 6) dichiara tenuta e condanna *Omissis* alla rifusione in favore di *Omissis* e *Omissis* delle spese di lite, che liquida in Euro 584,14 per esborsi e complessivi Euro 11.229,00 per compensi professionali, oltre spese forfettarie ed accessori di legge.

Così deciso in Ferrara, il 19 settembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 20 settembre 2024.

Morte del paziente, danno non patrimoniale e onere della prova

TRIBUNALE di Viterbo, sentenza 12 novembre 2024, n. 1077; Giud. Mastropasqua

La morte di una persona cara costituisce di per sé un fatto noto dal quale il giudice può desumere, ex art. 2727 c.c., che i congiunti dello scomparso abbiano patito una sofferenza interiore tale da determinare un'alterazione della loro vita di relazione e da indurli a scelte di vita diverse da quelle che avrebbero altrimenti compiuto, sicché nel giudizio di risarcimento del relativo danno non patrimoniale incombe al danneggiante dimostrare l'inesistenza di tali pregiudizi.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ...

2. Ai fini della valutazione della domanda avanzata dagli attori iure hereditatis occorre osservare che **i principi che governano l'accertamento della responsabilità nell'ambito di un rapporto professionale medico, sono quelli derivanti dal rapporto contrattuale (o "da contatto") che si instaura anche di mero fatto con l'affidamento del paziente alle cure del medico ovvero della struttura sanitaria, dando luogo ad un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che può ben essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio da sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico dell'ente, accanto a quelli di tipo latu sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico adeguato alle prestazioni da fornire, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze. La responsabilità dell'ente nei confronti del paziente, nella sua natura così individuata, può dunque conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento delle prestazioni medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, anche non dipendente, quale suo ausiliario necessario, trovando dunque applicazione i principi della responsabilità contrattuale come invero poi positivizzati dalla riforma attuata con la L. 8 marzo 2017, n. 24 "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", entrata in vigore l'1 aprile 2017, tuttavia non applicabile al caso di specie direttamente con la disciplina ivi prevista essendosi i fatti di causa verificati prima della sua emanazione con la conseguenza che in tema di accertamento della responsabilità è al previgente, rispetto all'entrata in vigore della legge c.d. G., quadro normativo e giurisprudenziale che dovrà farsi riferimento.**

Ebbene, in virtù della natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, costituisce quindi onere del personale sanitario provare la correttezza del proprio operato secondo gli imposti criteri di diligenza e perizia, con la conseguenza che, ove sussista incertezza sull'operato, l'inadempimento deve essere accertato in base alla regola dell'onere probatorio; ricade, invece, a carico del paziente l'onere della prova del nesso causale, con i criteri della probabilità logica, generalmente fornita per presunzioni e mediante prova di fatti secondari. Ciò posto, nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica grava sull'attore l'onere di allegare e provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno e il nesso causale, mentre ha unicamente l'onere di allegare - ma non provare - la colpa del personale sanitario, invece, onerato della prova che l'eventuale danno riscontrato è dipeso da causa a sé non ascrivibile (cfr. Cass. n. 10297/04; Cass. 8826/2007; Cass. n. 13953/2007).

Nella prospettiva dell'accertamento, dunque, la casualità civile è retta dalle medesime regole che presiedono alla verifica del nesso di causalità nel giudizio penale atteso che ciò che muta è lo standard probatorio necessario per l'affermazione della responsabilità; invero, mentre nel campo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", stante la diversità dei valori in discussione e l'equivalenza delle posizioni delle parti contendenti nel processo civile (cfr. Cass. S.U. n. 580/2008; Cass. n. 21619 del 2007). Sul fronte della colpa, la responsabilità medica postula la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività sanitaria, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività, essendo tenuto il medico alla diligenza del debitore qualificato prevista dall'art. 1176, secondo comma, c.c. e, dunque, al rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione medica.

Nel caso di specie occorre poi evidenziare che **il rapporto tra paziente e la struttura sanitaria esplica i suoi effetti tra le sole parti del contratto, sicché l'inadempimento della struttura genera responsabilità contrattuale esclusivamente nei confronti dell'assistito, che può essere fatta valere, come nell'ipotesi odierna, dai suoi congiunti "iure hereditario", senza che questi ultimi invece, possano agire a titolo contrattuale "iure proprio" per i danni da loro patiti non essendo configurabile, in linea generale, in favore di detti congiunti, un contratto con effetti protettivi del terzo (Cass., n. 14615/2020). Pertanto, mentre per i danni invocati iure hereditatis (danno da perdita di chance), in virtù della natura contrattuale della struttura sanitaria, costituisce onere del personale sanitario provare la correttezza del proprio operato secondo gli imposti criteri di diligenza e perizia, con la conseguenza che, ove sussista incertezza sull'operato, l'inadempimento deve essere accertato in base alla regola dell'onere probatorio, per i danni invocati iure proprio dagli attori (danno da perdita parentale), la natura della responsabilità della struttura sanitaria è qualificabile come extracontrattuale (cfr. Cass. n. 21404/2021).**

Tali essendo le coordinate normative ed interpretative sulla base delle quali va ricercata la soluzione del caso in esame, la

posizione processuale delle parti deve essere valutata secondo quanto di seguito precisato.
Ebbene, risulta provato sulla base degli atti la sussistenza del rapporto di prestazione professionale medica presso la struttura ospedaliera di Belcolle di OMISSIS, riferibile all'Azienda sanitaria locale di e partimenti l'ingresso della paziente, OMISSIS, *Omissis* presso il Pronto Soccorso della struttura in data 17.6.2016 e così il suo decesso presso il medesimo ospedale in data 18.6.2016.
Gli attori hanno lamentato il ritardo diagnostico-terapeutico nei confronti della paziente a causa del quale hanno dedotto essere seguito il decesso della stessa ovvero, in via subordinata, la perdita di chance di sopravvivenza. Dall'istruttoria condotta si rileva che risulta provato anche il nesso causale che lega l'evento (il peggioramento dello stato infettivo della *Omissis* e successivo decesso) con la condotta omissiva e intempestiva tenuta dai sanitari, essendo invero risultata la *Omissis* privata della possibilità, in maniera apprezzabile, seria e consistente, della sua maggiore durata della vita, pur incerta ed eventuale la sua guarigione, in conseguenza, secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica, alla condotta colposa dei sanitari. Invero, all'esito della consulenza tecnica d'ufficio nonché della sua integrazione, sono state rilevate condotte omissive da parte dei sanitari, le quali, è stato accertato, hanno avuto conseguenze rispetto al lamentato decorso, ponendosi, pertanto, in rapporto eziologico diretto con la preclusione della possibilità di scongiurare il decesso della stessa.
In particolare, le mancanze ravvisate, e individuate nel ritardo di diagnosi dello stato settico e nella conseguente mancata/ritardata adozione dei corretti provvedimenti diagnostici e terapeutici, sono state determinanti ed incidenti sull'evoluzione della situazione della paziente considerato che il ctu, premesso che la valutazione diagnostica-terapeutica del caso in esame non richiedeva problemi tecnici di speciale difficoltà, ha concluso nel senso che "nel corso del relativamente breve periodo tempo intercorso tra l'ingresso della paziente nell'Ospedale Belcolle (ore 20:04 del 17.06.2016) e la constatazione del decesso (ore 15:20 del 18.06.2016) si verificarono plurime omissioni di natura diagnostica e terapeutica - deducibili: - dalla completa mancanza di osservazioni mediche ed infermieristiche dopo le ore 1:00 e prima delle ore 06:00 del 18.06.2016; - dalla inadeguatezza della somministrazione di OMISSIS, farmaco antipsicotico fenotiazinico, Tachipirina e Perfalgan, paracetamolo, a fronte dell'aggravamento del quadro clinico, avvenuta alle ore 06:00 del 18.06.2016; - dalla tardività della consulenza rianimatoria, registrata alle ore 9:15 del 18.06.2016, essendo trascorse 13 ore dall'ingresso della paziente; - dalla assenza di richiesta e/o di effettuata una consulenza infettivologica; - dalla tardività della prima somministrazione di terapia antibiotica, avvenuta alle ore 11:00 del 18.6.2017, dopo 15 ore dall'ingresso della paziente presso la struttura ospedaliera - in violazione delle linee guida e delle regole di buona pratica clinico-assistenziale in materia, come più ampiamente illustrato in sede di considerazioni medico-legale", evidenziando che "gli altri antecedenti di natura patologica preesistenti (sclerosi multipla, obesità e recente frattura peroneale) possono soltanto aver dispiegato un secondario ruolo concausale. (...) nella specie l'evento morte sarebbe stato prevedibile ed evitabile, ove gli elementi sintomatologici presenti fin dall'accesso in Pronto Soccorso fossero stati correttamente interpretati e, sulla base di essi, fosse stato attuato un tempestivo e corretto percorso diagnostico e terapeutico che, secondo i criteri prognostici (previsionali) illustrati in sede di considerazioni medico-legali, avrebbe consentito con elevata probabilità la sopravvivenza della paziente" (cfr. pagg. 40 e 41 elaborato peritale del 15.4.2022) e che in sede di consulenza integrativa lo stesso ctu, Prof. OMISSIS, *Omissis* medico chirurgo, coadiuvato, su autorizzazione, dallo specialista infettivologo nella persona del Prof. *Omissis* ha precisato, sullo specifico quesito integrativo conferito con ordinanza del 18.11.2023 di rimessione della causa sul ruolo istruttorio, che "è ragionevole ritenere, (...), che la comorbosità potenzialmente influente sulla evoluzione del processo settico, ovverosia la sclerosi multipla costitutiva dello stato anteriore del soggetto, abbia accelerato l'evoluzione peggiorativa culminata nel decesso. Tuttavia, proprio perché anamnesticamente nota ai sanitari fin dall'accesso in Pronto Soccorso, la cognizione di tale preesistente patologia avrebbe dovuto indurre i sanitari a porre in essere immediatamente e senza alcun indugio le misure terapeutiche (antibioticoterapia e sostegno volemico) indicate dalle Linee guida in materia, in attesa di un chiarimento etiopatogenetico attraverso i risultati di altrettanto solleciti esami colturali. Le une (misure terapeutiche) e gli altri (esami colturali) ebbero attuazione con grave ritardo, posto che la prima somministrazione di terapia antibiotica risulta essere avvenuta soltanto alle ore 11:00 del 18.06.2017, dopo 15 ore dall'ingresso della paziente presso la struttura ospedaliera, mentre gli esami colturali risultano essere stati eseguiti non prima delle ore 9:15 dello stesso giorno 18.06.2017, come da annotazione relativa alla Consulenza rianimatoria" (crf. Pag. 9 elaborato peritale integrativo del 5.3.2024), in particolare poi "la principale cura per combattere la sepsi di qualunque grado, in ogni caso, è la terapia antibiotica. In genere, gli antibiotici sono somministrati direttamente in vena tramite una flebo. Idealmente, la cura antibiotica dovrebbe iniziare entro un'ora dall'accertamento della malattia (diagnosi) per ridurre il rischio di complicazioni o di morte. In genere, nell'attesa dei risultati dell'emocoltura, analisi che identifica il tipo di batteri responsabili dell'infezione, sono somministrati antibiotici ad ampio spettro in grado di combattere molte varietà di batteri e curare le infezioni più comuni (terapia empirica). Una volta individuato il batterio responsabile dell'infezione, la cura con gli antibiotici ad ampio spettro viene sostituita da una terapia antibiotica mirata, a spettro limitato. Quanto al sostegno volemico, in caso di sepsi vanno in ogni caso e di norma somministrate ai pazienti grandi quantità di liquidi per contrastare la disidratazione e l'insufficienza renale, prima che si verifichi il crollo ipotensivo caratteristico dello shock settico, e non già dopo che tale crollo si sia verificato e cioè che sia subentrato lo shock settico. Il trattamento erogato alla paziente, nel caso in esame, fu totalmente difforme dalle suddette elementari prescrizioni. (...) Per quanto concerne l'incremento di mortalità dovuto alla minore resistenza all'infezione da parte di un organismo "fragile" a causa di una importante comorbilità (nella specie: la sclerosi multipla), si deve ribadire la risposta al II quesito della presente integrazione, ossia le rispettive percentuali di mortalità (sepsi 7-17%; sepsi severa 20-53%; shock settico 53-63%) e l'idoneità causale della sclerosi multipla ad accelerare l'evoluzione peggiorativa culminata nel decesso. Tuttavia, proprio perché anamnesticamente nota ai sanitari fin dall'accesso in Pronto Soccorso, la cognizione di tale preesistente patologia avrebbe dovuto indurre i sanitari a porre in essere immediatamente e senza alcun indugio le principali misure terapeutiche (antibioticoterapia empirica e sostegno volemico) indicate dalle Linee guida in materia, in attesa di un chiarimento

etiopatogenetico attraverso i risultati di altrettanto solleciti esami colturali." (cfr. pagg. 25, 26 e 27 elaborato peritale integrativo del 5.3.2024).

Alla luce di quanto sopra, il ctu ha concluso affermando che in presenza di una tempestiva e corretta assistenza diagnostica e terapeutica, la sig.ra *Omissis* avrebbe avuto una "elevata probabilità di sopravvivere", tenuto conto che, in considerazione delle patologie pregresse di cui era affetta, vale a dire obesità e sclerosi multipla, il tasso di mortalità della paziente fin dal momento del ricovero, pur rilevanti e più prossime al massimo del range identificato per la sepsi severa (dal 20 al 53%) non era pari o superiore al 50%, nello specifico "l'evento morte sarebbe stato prevedibile ed evitabile, ove gli elementi sintomatologici presenti fin dall'accesso in Pronto Soccorso fossero stati correttamente interpretati e, sulla base di essi, fosse stato attuato un tempestivo e corretto percorso diagnostico e terapeutico che, secondo i criteri prognostici (previsionali) illustrati in sede di considerazioni medico-legali, avrebbe consentito con elevata probabilità la sopravvivenza della paziente" (cfr. pagg. 41 e 42 elaborato peritale del 15.4.2022), nonché "in ogni caso, ammesso pure che le riportate "normali" percentuali di mortalità (sepsi 7-17%; sepsi severa 20-53%; shock settico 53-63%) nel caso di specie si debbano ora (ex post) ritenere aumentate in ragione della sclerosi multipla e che, quindi, uno stato di "sepsi severa" (quale può qualificarsi la condizione della Sig.ra *Omissis* al momento del ricovero presso l'Ospedale Belcolle) comportasse un rischio di mortalità più prossimo alla misura "massima" del 53% piuttosto che a quella "minima" del 20%, appare piuttosto arduo sostenere che fin dal momento del ricovero il divenire clinico della paziente fosse gravato da una mortalità pari o superiore al 50%" (cfr. pag. 27 elaborato peritale integrativo del 5.3.2024).

Le conclusioni cui è giunto l'ausiliario del giudice in ordine alla negligenza ed omissioni quanto all'adozione dei corretti provvedimenti diagnostici e terapeutici risultati non conformi alle linee giuda, conclusioni cui si ritiene di aderire in quanto immuni da vizi e da eccezioni di incoerenza o illogicità e svolte all'esito di operazioni correttamente svolte e condotte con metodo scientifico e completo delle osservazioni finali dopo le considerazioni dei ctp, puntualmente e specificamente contraddette, rigettando la richiesta di parte convenuta di formulazione di un espresso quesito a ctu specialista infettivologo, considerata anche la concreta partecipazione e il contributo all'elaborato peritale d'ufficio da parte del medico specialista infettivologo ausiliario del ctu, hanno consentito invero di acclarare che, in ragione della condotta dei sanitari, sono state negate, alla paziente poi deceduta, delle chance terapeutiche, e quindi negata la possibilità di risposte migliorative alle condizioni cliniche del momento, con conseguente obbligo di parte convenuta al risarcimento dei danni causati da intendersi quali privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (vale a dire la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario ed integrante evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità, come nel caso di specie in ragione di quanto emerso nella consulenza tecnica espletata, sia apprezzabile, seria e consistente (cfr. Cass. n. 28993/2019).

Quanto al risarcimento dei danni, invero, parte attrice lamenta un danno non patrimoniale, iure hereditatis e iure proprio, rispettivamente il danno da perdita di chance di guarigione e il danno da perdita parentale, riconducibili alla condotta negligente, nonché omissiva, accertata come sopra.

In riferimento al danno da perdita di chance, si ritiene di riconoscere tale profilo di danno come danno a sé stante, distinto dal danno alla salute in aderenza a quanto affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass. n. 16993/2015 e Cass. n. 21245/2012) non risultando, altresì, legato all'evento morte, ma è danno del tutto peculiare e più specificatamente riferito alla perdita o alla compromissione di chance di sopravvivenza della sig.ra OMISSIS

Inoltre, **la prova del danno-evento e, dunque, della "chance", intesa quale "perdita della possibilità di conseguire un risultato utile", non richiede che si raggiungano determinate percentuali di verificazione dell'occasione perduta, essendo sufficiente che si dimostri la lesione, in sé, della "chance", anche "in presenza di margini statistico-probabilistici inferiori alla soglia del 50%" (Cass. n. 7195/2014) avendo altresì chiarito la giurisprudenza di legittimità che ove vi sia incertezza sulle conseguenze quoad vitam dell'errore medico, come nel caso di specie tenuto conto del quadro clinico già compromesso della sig.ra *Omissis* al momento dell'ingresso in ospedale e della gravità della sepsi in atto, già severa, nonché del grado di mortalità ricollegabile a tale stato di sepsi in atto come individuata dal ctu (dal 20 al 53%) , "il paziente, o i suoi eredi "iure hereditario", potranno pretendere il risarcimento del danno da perdita delle "chance" di sopravvivenza, ricorrendone i consueti presupposti di serietà, apprezzabilità, concretezza e riferibilità eziologica certa della perdita di quella "chance" alla condotta in rilievo. In nessun caso sarà risarcibile "iure hereditario" un danno da "perdita anticipata della vita", risarcibile soltanto "iure proprio" ai congiunti quale pregiudizio da minor tempo vissuto dal congiunto." (cfr. Cass. n. 26851/2023)**

Nella consulenza così come nella successiva integrazione, il ctu ha ribadito che nel caso di sepsi severa, quale poteva qualificarsi la condizione della paziente al momento del ricovero presso la struttura ospedaliera, le probabilità di sopravvivenza erano legate essenzialmente alla tempestività della diagnosi e del trattamento terapeutico posto in essere. Posto che sussiste una condotta connotata da negligenza ed omissione da parte dei sanitari del nosocomio convenuto, poiché non davano esecuzione ai necessari approfondimenti diagnostici che potevano rallentare l'evoluzione somministrando tempestivamente terapia medica appropriata, nulla di quanto sopra effettuato nei necessari tempi brevi, ne consegue che risulta provato il nesso eziologico tra la condotta dei sanitari e le lamentate perdite di chance per la paziente, preclusa quindi la possibilità per la stessa di risposte migliorative alle condizioni cliniche del momento.

Nel contesto di pregresse patologie di cui era affetta la sig.ra *Omissis* (obesità e sclerosi multipla),

l'opportuna assistenza diagnostica terapeutica in favore della paziente avrebbe avuto una "elevata probabilità di sopravvivere", atteso che in "uno stato di "sepsi severa" (quale può qualificarsi la condizione della Sig.ra *Omissis* al momento del ricovero presso l'Ospedale Belcolle) comportasse un rischio di mortalità più prossimo alla misura "massima" del 53% piuttosto che a quella "minima" del 20%, appare piuttosto arduo sostenere che fin dal momento del ricovero il divenire clinico della paziente fosse gravato da una mortalità pari o superiore al 50%" (cfr. pag. 27 elaborato peritale integrativo del 5.3.2024). Così descritto non appare che il danno in esame possa costituire mera sovrapposizione di

quello alla salute, neppure sotto forma di personalizzazione, atteso che questo, vale a dire il danno alla salute, attiene specificatamente ai postumi permanenti o temporanei e quindi ad una effettiva lesione concretamente verificatasi e non ad una mera possibilità che, la mancata opportuna assistenza, diagnosi e cura, non ha potuto offrire al paziente.

Deve dunque procedersi alla liquidazione del danno in conformità ai principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, richiamanti il carattere unitario del danno non patrimoniale (cfr. Cass. n. 26972/2008).

Quanto ai criteri di liquidazione del danno richiesto, da effettuarsi necessariamente in via equitativa, in assenza di parametri normativi, si ritiene di doverli modulare in considerazione della vicenda clinica, delle condizioni familiari e degli altri indici presenti nella situazione concreta della parte lesa, apprezzabili in funzione del contenuto specifico delle possibilità (di guarigione o di sopravvivenza) perdute, ritenendo pertanto di liquidare per tale danno la somma complessiva di Euro 100.000,00 da ritenersi già rivalutata all'attualità, tenuto conto, da un lato, della indubbia gravità delle patologie già presenti nella paziente, e, dall'altro, della ragionevole chance di sopravvivenza della stessa allo stato di sepsi già accertabile al momento dell'accesso al Pronto Soccorso.

Avendo parte attrice richiesto il risarcimento integrale del danno subito su detta somma decorrono di diritto gli interessi legali sulla somma sopra liquidata, avendo, detti interessi natura compensativa del mancato godimento del predetto importo e concorrendo, con la rivalutazione monetaria, alla reintegrazione del danneggiato nella situazione patrimoniale antecedente il fatto illecito e da calcolarsi anno per anno, sul valore della somma via via rivalutata nell'arco di tempo compreso tra l'evento dannoso e la liquidazione.

Quanto invece al danno iure proprio per la perdita del rapporto parentale si osserva che è stato precisato che il danno da morte di un congiunto è ontologicamente diverso da quello che consegue alla lesione dell'integrità psico-fisica e va al di là del crudo dolore che la morte di una persona cara provoca nei congiunti prossimi comportando una perdita irreparabile della comunione di vita e affetti e dell'integrità della famiglia, ossia la distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio e tra fratello e fratello. Costituendo il danno morale dei congiunti una sofferenza interna dei medesimi, esso non è accertabile con metodi scientifici, e, il più delle volte, va individuato in base ad indizi e presunzioni che, anche da soli, se del caso, possono essere decisivi per la sua configurabilità. La suprema Corte ha, infatti, rilevato che **"La morte di una persona cara costituisce di per sé un fatto noto dal quale il giudice può desumere, ex art. 2727 cod. civ., che i congiunti dello scomparso abbiano patito una sofferenza interiore tale da determinare un'alterazione della loro vita di relazione e da indurli a scelte di vita diverse da quelle che avrebbero altrimenti compiuto, sicché nel giudizio di risarcimento del relativo danno non patrimoniale incombe al danneggiante dimostrare l'inesistenza di tali pregiudizi**" (cfr. Cass. n. 10527/2011).

Nella liquidazione del danno si dovrà tuttavia tenere conto di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in ordine alla necessità di vagliare in concreto quale sia stata da un lato la sofferenza patita, anche apprezzata nella sua prosecuzione nel tempo e dall'altra la compromissione della sfera affettiva familiare da ciò derivata, il tutto alla luce della allegazione e della prova - di cui è onerata parte attrice - in ordine alle condizioni soggettive di vittima e congiunto, del grado di parentela, delle rispettive età, dell'eventuale convivenza e di ogni altro indice che la parte interessata abbia inteso sottoporre all'attenzione del giudicante.

In merito alla liquidazione del danno, parte attrice ha chiesto la condanna al risarcimento del danno parentale in considerazione del fatto che "la sig.ra *Omissis* all'epoca del decesso, era molto attiva all'interno della famiglia sia in termini di tempo che di energia. La sig.ra *Omissis* era infatti una mamma amorevole e allo stesso tempo educatrice, consigliera di vita per i figli, una nonna che faceva di tutto per i propri nipoti. Un pilastro nella vita quotidiana degli attori la cui prematura scomparsa ha provocato negli stessi un immane dolore e senso di vuoto" (cfr. atto di citazione).

Gli elementi indicati, così come genericamente descritti, avrebbero richiesto, in ogni caso, un'adeguata prova. A tale riguardo, infatti, benché nel caso in esame la quantificazione del danno si basa su criteri equitativi, si segnala che i dati da considerare al fine della predetta quantificazione debbano in ogni caso investire la durata del rapporto, l'intensità del vincolo familiare, la situazione di convivenza e ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti considerando che tutti gli elementi indicati rendono evidente il livello ed il grado di sofferenza patita da un congiunto a causa del decesso di un parente.

Alla luce della documentazione in atti, gli unici dati che emergono riguardano il fatto che alla data del decesso la sig.ra *Omissis* aveva 54 anni e che fosse affetta da obesità e sclerosi multipla e nessuna altra prova è stata allegata con riguardo all'effettiva convivenza tra le parti, alla durata della eventuale convivenza ed alle abitudini di vita riguardanti tutti i componenti il nucleo familiare, assenti invero prove circa la consistenza, l'intensità e le abitudini dei rapporti tra le odierne parti e la de cuius.

Tenuto conto di quanto sopra nonché della circostanza che le parti attrici iure proprio possono richiedere il danno da perdita parentale relativamente all'incidenza della condotta dei sanitari quanto alla perdita di chance di sopravvivenza determinata in capo alla propria congiunta in ragione delle condotte omissive e intempestive tenute durante il breve lasso di tempo dal ricovero presso la struttura ospedaliera fino all'exitus infausto, si ritiene di provvedere alla liquidazione di detto danno in via equitativa tenuto conto anche delle già minori aspettative di vita della de cuius in ragione della patologia di sclerosi multipla della quale la stessa era già affetta.

Pertanto, si ritiene di liquidare il danno come segue: in favore del marito della de cuius, *Omissis* Euro 80.000,00; in favore di ciascun figlio della de cuius Euro 40.000,00, somme da intendersi già rivalutate all'attualità.

Anche sulle predette somme liquidate in conto capitale e già al valore attuale, trattandosi di debito di valore, dovranno essere aggiunti, a titolo di risarcimento del danno da lucro cessante, gli ulteriori importi per il mancato godimento della somma liquidata a titolo di risarcimento. Quanto al calcolo degli interessi compensativi, occorre applicare il criterio elaborato nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezione Unite 17.2.1995 n. 1712. In applicazione di tale criterio, al fine del calcolo degli interessi, la somma capitale come sopra determinata deve essere devalutata dalla data della pubblicazione della sentenza alla data dell'illecito (18.6.2016) e sulla somma così ottenuta, progressivamente rivalutata anno per anno in base agli indici Istat fino alla data della

pubblicazione della sentenza, devono calcolarsi gli interessi al tasso legale.
Sull'intera somma liquidata per sorte capitale e lucro cessante, tanto iure hereditatis che iure proprio, decorrono gli interessi legali dal giorno della pubblicazione della sentenza al saldo ex art. 1282 c.c.
Le spese di lite, liquidate come in dispositivo in base al valore indeterminato della causa come indicato nell'atto di citazione (da ritenersi di media importanza) e tenendo conto dei relativi parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, con applicazione dei valori medi per tutte le fasi e dei valori massimi per la fase decisionale avendo provveduto alla redazione delle memorie e repliche due volte in ragione della rimessione della causa sul ruolo istruttorio per l'integrazione della ctu come richiesta, seguono la soccombenza e devono pertanto porsi a carico di parte convenuta e in favore degli attori, con distrazione nei confronti del loro procuratore costituito, dichiaratosi antistatario.
Le spese di ctu, già liquidate con separato decreto, sono poste definitivamente a carico di parte convenuta soccombente.

P.Q.M.
Il Tribunale di Viterbo, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa, così provvede:
- condanna parte convenuta a pagare agli attori iure hereditatis la somma complessiva di Euro 100.000,00, oltre ad interessi compensativi nei limiti di cui in motivazione ed interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza al saldo;
- condanna parte convenuta a pagare agli attori iure proprio la somma complessiva di Euro 80.000,00, in favore di *Omissis* ed Euro 40.000,00 in favore di ciascuno dei figli della de cuius, OMISSIS, *Omissis* e OMISSIS, oltre ad interessi compensativi nei limiti di cui in motivazione ed interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza al saldo;
- pone definitivamente a carico di parte convenuta le spese di CTU già liquidate con separato provvedimento;
- condanna la convenuta OMISSIS, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere agli attori le spese di lite, liquidate, in complessivi Euro 15.545,00, di cui Euro 545,00 per spese esenti ed Euro 15.000,00 per compensi, comprensivi di aumento ex art. 4, comma 2, D.M. n. 55 del 2014, oltre spese forfettarie generali al 15%, iva e cpa come per legge, e da distrarsi in favore del loro procuratore costituito, avv. Angelo Di Silvio, dichiaratosi antistatario.
Così deciso in Viterbo, il 11 novembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 12 novembre 2024.

Su piani differenti la lesione del diritto alla salute e l'inadempimento, da parte del medico, al dovere di informazione

CORTE D'APPELLO di Catania, sezione I, sentenza 13 novembre 2024, n. 1675; Pres. Rel./Est. Balsamo

Nel caso in cui l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico (e, quindi, per la lesione del diritto alla salute), e domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, al dovere di informazione necessario per ottenere un consenso informato (inerente al diverso diritto alla autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico), si verifica una mutatio libelli e non una mera emendatio, in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema di indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis...

È noto come secondo il diritto vivente **"deve ritenersi definitivamente acquisito nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 18513 del 03/09/2007; id. Sez. 3, Sentenza n. 7237 del 30/03/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 20984 del 27/11/2012; id. Sez. 3, Sentenza n. 25764 del 15/11/2013; id. Sez. 3, Sentenza n. 14642 del 14/07/2015) che la manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione, riferito alla persona fisica (la quale in piena libertà e consapevolezza sceglie di sottoporsi a terapia farmacologica o ad esami clinici e strumentali, o ad interventi o trattamenti anche invasivi, laddove comportino costrizioni o lesioni fisiche ovvero alterazioni di natura psichica, in funzione della cura e della eliminazione di uno stato patologico preesistente o per prevenire una prevedibile patologia od un aggravamento della patologia futuri), che - se pure connesso - deve essere tuttavia tenuto nettamente distinto - sul piano del contenuto sostanziale - dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica (cfr. Corte costituzionale, sentenza 23.12.2008 n. 438 "....il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".**
La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonchè delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione...." da Cass. civ. sez. III, 13/10/2017, n.24074).
Nell'atto di citazione non si rinviene alcuna domanda che trovi la causa petendi nella violazione del diritto al consenso informato.
Né tale domanda poteva proporsi con la memoria n.1 prevista dal 6 comma dell'art. 183 c.p.c. che peraltro nulla contiene in proposito e che tuttavia costituirebbe domanda nuova inammissibile.
Infatti, "**nel caso in cui l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico (e, quindi, per la lesione del diritto alla salute), e domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, al dovere di informazione necessario per ottenere un consenso informato (inerente al diverso diritto alla autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico), si verifica una mutatio libelli e non una mera emendatio, in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema di indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza**" (da Cass. n. 5875/2021).
Infine è utile precisare come, non solo la domanda di risarcimento del danno da lesione del diritto al consenso informato non è stata proposta ma la sola allegazione della lesione del diritto al consenso informato non sarebbe nemmeno sufficiente a fondare una domanda risarcitoria, occorrendo anche l'allegazione dello specifico danno subito.
"Il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, pur necessario ed anche se eseguito "secundum legem artis", ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, dovrà conseguire alla allegazione del relativo pregiudizio ad opera del paziente, …., non potendosi configurare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa informazione, attesa l'impredicabilità di danni "in

re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile" (da Cass. n. 17806/20).

... Omissis...

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Catania, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 1324/2022 R.G., rigetta l'appello avanzato da G.L. con atto di citazione notificato il 28.9.2022 avverso la sentenza del Tribunale di Catania, n.3685/2022, pubblicata il 29.8.2022, che conferma;

in parziale accoglimento dell'appello incidentale proposto dall'Azienda O.U.P. ed a parziale modificata della sentenza n.3685/2022 del Tribunale di Catania, condanna G.L. al pagamento delle spese del giudizio di primo grado in favore della predetta Azienda che liquida quali compensi in Euro 7.200,00 oltre IVA, CPA e spese generali;

condanna l'appellante al pagamento delle spese del giudizio d'appello che liquida per ciascuna parte appellata in Euro.3.966,00 quali compensi, oltre IVA, CPA e spese generali;

dichiara la sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo del comma 1 quater dell'art. 13 del D.P.R. n. 115 del 2012.

Così deciso in Catania, nella camera di consiglio della prima sezione civile del 06/11/2024.

Depositata in Cancelleria il 13 novembre 2024.

L'accertamento demandato al Giudice in tema di responsabilità medica

TRIBUNALE di Cagliari, sezione II, sentenza 9 dicembre 2024, n. 2581; Giud. Murru

Va escluso che, in ambito di responsabilità professionale sanitaria, l'accertamento demandato al Giudice sia rigidamente vincolato alle iniziali prospettazioni compiute dall'attore (quanto all'individuazione delle specifiche condotte costituenti la causa del danno), dovendosi invece ritenere che l'oggetto del giudizio sia costituito dall'accertamento della responsabilità dei convenuti in relazione al danno lamentato dall'attore e che, entro tale cornice, possa ben pervenirsi all'accoglimento della domanda in base al concreto riscontro di profili di responsabilità diversi da quelli originariamente ipotizzati dall'attore.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

... Omissis ...

occorre evidenziare come, da tempo, la dottrina e la giurisprudenza abbiano ricostruito la responsabilità dei sanitari come responsabilità contrattuale (Cass. 9198/99 "**il ricovero in una struttura deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente ed il soggetto che gestisce la struttura e l'adempimento di un tale contratto, per quanto riguarda le prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale…in queste ipotesi la responsabilità può comportare un'obbligazione di risarcimento estesa non al solo danno patrimoniale (art. 1223 cod. civ.), ma anche al danno biologico e cioè al danno non patrimoniale costituito dalle conseguenze pregiudizievoli per la salute derivanti dalle menomazioni fisio-psichiche prodotte dal comportamento inadempiente**), facendo perno sulla previsione dell'art. 1173 cod. civ., in base al quale dal contatto sociale tra medico/struttura sanitaria e paziente nasce un rapporto contrattuale di fatto che obbliga il medico ad attivarsi per garantire l'esatto adempimento della prestazione.

Detto rapporto è soggetto, quanto all'ipotesi di inadempimento del sanitario, all'applicazione dell'art. 1218 cod. civ., in base al quale il rischio della causa ignota ricade sul soggetto che è in grado di fornire la prova dell'esatto adempimento secondo il principio della vicinanza della prova (cfr. Cass. 11488/2004 "**la prova dell'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e della diligenza nell'adempimento è sempre riferibile alla sfera d'azione del debitore, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione dellaprestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore**").

Ancora, con specifico riferimento alla struttura sanitaria, è pacifico che la stessa risponda a titolo di responsabilità contrattuale per i danni cagionati dal medico da essa dipendente nell'esercizio delle sue funzioni (Cass. 9085/2006 "**In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorchè non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. Tale situazione si riscontra nei confronti dell'operatore di una professione c.d. protetta (per la quale cioè è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall'art. 32 Cost. Ne consegue che alla responsabilità contrattuale del medico per il danno alla persona, causato da imperizia nell' esecuzione di un'operazione chirurgica, si applica l'ordinario termine di prescrizione decennale**"). Conseguentemente, dimostrato il danno (lesione all'integrità psicofisica) e la riconducibilità all'attività sanitaria, incombe sul sanitario o sulla struttura sanitaria convenuti dimostrare che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1218 cod. civ.

Deve di contro chiarirsi come non siano applicabili le disposizioni di cui alla L. n. 24 del 2017, entrata in vigore in epoca successiva ai fatti per cui è causa. In tal senso la giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito che "In tema di responsabilità sanitaria, i criteri di accertamento della colpa e di valutazione della diligenza previsti dagli artt. 3, comma 1, del D.L. n. 158 del 2012, convertito dalla L. n. 189 del 2012, e 7, comma 3, della L. n. 24 del 2017, non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore" (Cass. Sez. 3 - , Sentenzan.28811del 08/11/2019).

Tanto premesso, in corso di causa è stata disposta una consulenza medico legale collegiale che ha consentito di acclarare la fondatezza degli assunti di parte attrice.

I consulenti tecnici, con relazione logicamente motivata (corredata da una compiuta analisi scientifica e dalla letteratura di riferimento) e dalla quale non vi è ragione di discostarsi, hanno ritenuto gravemente censurabili le condotte poste in essere dai sanitari convenuti.

Occorre pertanto ricostruire la vicenda sanitaria per cui è causa al fine di vagliare i due distinti profili di responsabilità lamentati, attinenti, il primo, alla asserita violazione delle regole dell'arte medica per aver cagionato all'attore un danno irreversibile alla salute consistente in una menomazione della integrità fisica e psichica, quale conseguenza della non corretta esecuzione di un intervento chirurgico e delle prestazioni ad esso connesse, e il secondo, alla asserita violazione delle disposizioni in ordine alla adeguata formazione ed espressione del consenso nell'ambito della sottoposizione a prestazioni sanitarie, con conseguente compromissione del principio all'autodeterminazione.

In ordine al profilo della responsabilità sanitaria in senso proprio, occorre fare riferimento a due momenti cruciali della storia clinica dell'attore: il primo attinente alle prestazioni ecografiche (in particolare quella del 15.5.2004), il secondo all'attività chirurgica prestata in occasione dell'intervento videolaparoscopico del 19.5.2004.

La storica clinica del paziente, in estrema sintesi, si caratterizza per una sindrome da reflusso gastroesofageo lieve, dal 2003, con una ingravescenza della sintomatologia nel 2004, culminata nella comparsa di dolori epigastrici (lett. "…comparsa di dolori trafittivi e colici in ipocondrio sinistro fianco e FIS e iperpiressia fino a 39 e alvo stitico), curati con terapia farmacologica e dietetica, in una prima fase, fino alla necessità di un ricorso ad indagini e terapie specialistiche che conducevano, il 18.3.2004, ad una consulenza urologica presso il P. "M." di C., ove veniva diagnosticata "Epigastralgia, coliche addominali e febbre. Stipsi e modica disuria. Giordano negativo bilateralmente. Dolorabilità alla palpazione in FIS. Riferisce saltuaria nausea. Si conferma il dato di microlitiasi…Diagnosi: Coliche addominali di ndd"; in pari data, il paziente veniva ivi ricoverato, con diagnosi d'ingresso di "Colica addominale". Nel corso di tale primo ricovero il referto ecografico reso dal dott. G. P. rilevava "Colecisti in sede, distesa ripiena di fini concrezioni e di calcolo più voluminoso…calcolosi della colecisti". La TAC addome effettuata il 31.3.2004, rilevava "Colecisti di forma regolare con tenue iperdensità al suo interno sospetta perfango biliare (ref. F. I.). All'atto delle dimissioni, in data 1.4.2004, veniva, dunque, diagnosticata "…malattia diverticolare del colon-sigma. Calcolosi della colecisti. Ernia iatale. Malattia da reflusso gastroesofageo…e prescritta, tra l'altro, terapia farmacologica e successivo controllo clinico ai 15 giorni.

In data 12.05.2004, a causa di una epigastralgia insorta circa quattro giorni prima e peggiorata nella stessa giornata, il paziente si recava nuovamente presso il PS dello stesso Presidio Ospedaliero, venendo ivi ricoverato, dal 12.5.2004 al 29.5.2004, presso il reparto di Chirurgia d'Urgenza per gli accertamenti del caso. Ivi veniva, nell'occasione, sottoposto ad ecotomografia (nuovamente con il dott. G. P.) il 12.05.2004 e il 15.05.2004. L'ecografia addome (ecotomografia) del 12.05.2004 evidenziava "Colecisti in sede, distesa stipata di materiale iperecogeno e calcolo infundibolare con ispessimento di parete e lieve edema pericolecistico come per colecistite acuta…conclusioni: colecistite acuta calcolosa". Seguiva nuovo esame ecografico (il 15.05.2004), perfettamente sovrapponibile al precedente (del 12.04.2004), con segnalazione della presenza, tra l'altro, di "calcolo infundibolare…conclusioni: colecistite acuta calcolosa". Per questo motivo, in data 19.5.04, i sanitari procedevano ad intervento chirurgico di colecistectomia (intervento chirurgico consistente nell'asportazione della cistifellea, o colecisti, ovvero la sacca del sistema digerente preposta all'accumulo della bile proveniente dal fegato), per via laparoscopica, durante il quale "nel distaccodella colecisti dal letto si produce una lacerazione della via biliare". L'intervento doveva essere, dunque, convertito in laparotomico, con rilievo di "lesione dell'epatico comune e lacerazione dell'arteria epatica". La lesione sull'arteria epatica veniva suturata, mentre l'epatico comune (il vaso di convergenza del dotto epatico destro e del dotto epatico sinistro, drenanti entrambi la bile dal fegato), "…segnalato con pareti malaciche e anteriormente assottigliate, non può più essere ricostruito…Gli operatori decidono, pertanto, di confezionare un'ansa alla Roux, con anastomosi epatico-digiuno-termino-laterale, posizionando tubo di drenaggio perianastomotico. Il decorso postoperatorio si svolge in maniera sostanzialmente regolare (si evidenzia, alle analisi di laboratorio, solo un lieve, ma temporaneo, incremento di globuli bianchi e degli indici di colestasi e citolisi epatica, sostanzialmente fisiologici nel post-operatorio) (rif. Perizia consulenti d'ufficio).

Tale ricostruzione delle tappe principali delle prestazioni sanitarie eseguite dalla struttura convenuta sull'attore, consente prima facie di individuare due episodi cruciali: quello relativo alle indagini ecografiche ed alle relative risultanze, e quello relativo all'intervento chirurgico di colecistectomia il 19.4.2004.

Le ecografie: in punto di responsabilità medica da attività diagnostica e chirurgica, l'indagine effettuata dai periti incaricati dal giudice individua una errata diagnosi compiuta dai sanitari nella effettuazione delle ecografie (o ecotomografie), un errore peraltro reiterato dallo stesso professionista in tre occasioni, su due delle quali (i referti del 12 e del 15.5.2004) i certificati si rivelano perfettamente sovrapponibili, identici per diagnosi e resoconto: "Colecisti in sede, distesa stipata di materiale iperecogeno e calcolo infundibolare con ispessimento di parete e lieve edema pericolecistico come per colecistite acuta…conclusioni: colecistite acuta calcolosa". La segnalazione dell'esistenza di una colecistite acuta da calcolosi, rilevano i Consulenti d'ufficio, induceva i sanitari, a distanza di 4 giorni, alla sottoposizione del paziente al predetto intervento in laparoscopia: "…Per questo motivo, in data 19.5.04, i sanitari procedono ad intervento chirurgico di colecistectomia, per via laparoscopica, durante il quale "nel distacco della colecisti dal letto si produce una lacerazione della via biliare".

Ebbene, dalla erronea individuazione della calcolosi è scaturita la scelta dell'intervento, ma "di talecalcolo non si rileva alcuna evidenza, sia dalla descrizione dell'atto operatorio, sia dal datoistologico, che segnala solo la presenza di colecistite cronica riacutizzata". I consulenti hanno quindi evidenziato "un primo errore, di tipo diagnostico, in riferimento al dato ecotomografico preoperatorio"precisando che la scelta d'intervenire sarebbe stata adeguata per l'ipotesi di colecistite acuta calcolosa, non così per l'ipotesi di colecistite cronica riacutizzata (così come emerso nella realtà). Sul punto i consulenti hanno quindi ritenuto ascrivibile ai sanitari una chiara responsabilità sanitaria per avere sottoposto il paziente ad intervento chirurgico in ragione di una ipotizzata "calcolosi colecistica, poi riscontrata inesistente".

In esito all'intervento, in ragione della inevitabile esplorazione ivi effettuata, si accertava la totale assenza di qualsivoglia formazione calcolosa o fangosa. Non vi è contestazione tra i consulenti d'ufficio e di parte circa l'assenza della calcolosi, ciononostante il consulente di parte convenuta contesta le determinazioni dei consulenti d'ufficio circa la rilevanza dell'errore diagnostico.

Il consulente di parte convenuta ha sostenuto la correttezza dell'operato dei sanitari affermando doversi ricondurre la scelta dell'intervento non all'esito dell'esame ecografico, bensì "sulla base del quadro clinico". Sul punto, ha evidenziato che in medicina "è il quadro clinico a far propendere per un eventuale intervento chirurgico: in questo caso, il paziente era già stato ricoverato per problemi di reflusso gastroesofageo, colelitiasi, diverticoli intestinali". Ha inoltre ascritto alla condotta del paziente, il quale non avrebbe seguito le terapie prescrittegli, il ruolo di concausa negli eventi in esame. L'erronea interpretazione (non una, si rammenti, ma tre volte) dell'indagine ecografica sarebbe assurta, dunque, a elemento marginale nel contesto complessivo.

Invero, come puntualmente rilevato dai Consulenti d'ufficio, lo stesso quadro clinico complessivamente inteso, cui fa riferimento il perito di parte, in particolare la stessa consulenza chirurgica nel citato contesto resa, escludeva radicalmente la presenza di una condizione di calcolosi, rendendo del tutto incomprensibile la scelta di intervenire: "Nessun segno clinico di calcolosi colecistica viene ad essere rappresentato e persino la consulenza chirurgica, praticata nello stesso giorno, ne esclude la relativa sintomatologia". La prefata consulenza chirurgica concludeva per una "Verosimile accentuazione della malattia da reflusso gastroesofageo".

L'indagine dei consulenti conclude, appunto, per un primo errore concretantesi in una una errata diagnosi da parte dell'operatore dell'esame ecograficoche ha dato luogo alla effettuazione di un intervento chirurgico non solo non necessario, ma del tutto inopportuno date le reali condizioni cliniche, anche in considerazione del quadro clinico complessivo.

All'evidenza, dovendosi ricondurre l'esecuzione dell'intervento chirurgico inadeguata e conseguente ad una errata diagnosi, ciò sarebbe sufficiente per fondare le pretese risarcitorie della parte attrice. L'esame delle modalità esecutive dell'intervento chirurgico ha, peraltro, reso evidenti ulteriori responsabilità professionali dei sanitari.

L'operato dei sanitari è stato, infatti, ritenuto censurabile dai consulenti tecnici anche in relazione alla lesione iatrogena a carico del dotto epatico comune e dell'arteria epatica causati durante laprocedura interventistica iniziata in via laparoscopia e successivamente tradotta in vialaparotomica. Il concreto susseguirsi delle procedure, vedeva una programmazione dell'intervento in via laparoscopica, e in tale maniera veniva inizialmente intrapreso. Dopo l'isolamento del cistico, nel procedere al distacco della colecisti dal letto, si produceva una lacerazione della via biliare (il dotto epatico comune si forma dalla convergenza del dotto epatico destro e del dotto epatico sinistro; unendosi al dotto cistico, forma il coledoco (l'insieme costituisce la via biliare principale). Per questo motivo si procedeva ad apertura sotto-costale bilaterale (si passava dalla via laparoscopica a quella laparotopica) ove si rilevava una lesione dell'epatico comune ed una lacerazione dell'arteria epatica. L'intervento veniva concluso con "Sutura continua dell'arteria ed isolamento dell'epatico comune, che presenta pareti malaciche anteriormente assottigliate che non permettono una sutura. Preparazione di un'ansa alla Roux, confezionamento di anastomosi epatico-digiuno-termino-laterale. Posizionamento di tubo di drenaggio perianastomotico. Sintesi della parete per piani. Cute in seta".

I consulenti, nell'individuare l'avvenuta causazione delle lesioni iatrogene del dotto epatico comunee dell'arteria epatica, pur stigmatizzando l'assenza di dettagli nel verbale dell'intervento chirurgico,hanno individuato con chiarezza profili di imperizia e negligenza nella gestione dell'intra e del postoperatorio (del pre si è già detto).

Orbene, sebbene tale tipologia di interventi, rilevano i periti, possa andare incontro ad evenienze di insuccesso (peraltro in ipotesi marginali, posto che "le casistiche internazionali riferiscono di un'incidenza di lesioni iatrogene delle vie biliari nello 0,5 - 2,7% dei casi, in caso d'intervento e colecistectomia laparoscopica"), le cause principali di tali eventi vengono identificate, tipicamente, nella non corretta identificazione della anatomia delle vie biliari e del dotto cistico (circa il 73% dei casi, generalmente causate dalla presenza di severa infiammazione o fibrosi e/o dalla presenza divarianti anatomiche) mentre nel caso in esame risulta evidente l'errore tecnico commesso dagli operatori durante la procedura videolaparoscopica, nel determinare le lesioni della "via biliare" e dell'arteria epatica. Peraltro, proseguono i periti, alla luce della evidente inidonea identificazione dell'area di intervento, in circostanze analoghe, sarebbe stato lecito attendersi un differente approccio all'emergenza: "Secondo le raccomandazioni della letteratura internazionale dell'epoca, nel caso in cui vi sia una lesione intraoperatoria delle vie biliari, è necessario che l'operatore chieda consulto ad uno specialista in chirurgia epatobiliare ricostruttiva. In questo modo, è possibile scegliere lastrategia migliore da seguire, che può essere quella di continuare in laparoscopia, oppure diconvertire l'intervento in laparotomico, identificare accuratamente le strutture del legamentoepatoduodenale, nonché l'estensione e la gravità del danno. È espressamente consigliato che, nelcaso l'operatore non abbia esperienza in chirurgia epatobiliare, si debba limitare alposizionamento di un drenaggio e rimandare ad un centro di maggiore esperienza la prosecuzionedell'iter terapeutico".

Ed ancora, "Nel caso in questione, gli operatori si accorgono subito della lesione da loro provocata; se da un lato riescono a suturare l'arteria epatica, dall'altro non riescono a ricostruire l'epaticocomune lacerato. Decidono pertanto di confezionare un'anastomosi bilio-digestiva con ansa alla Roux, posizionando "tubo di drenaggio perianastomotico'. Appare, quindi, evidente l'errore tecnico commesso dagli operatori durante la procedura videolaparoscopica, nel determinare le lesioni della "via biliare" e dell'arteria epatica.".

L'indagine restituisce un quadro caratterizzato, in ultimo, dalla totale assenza di segnalazione nellalettera di dimissione dell'intervenuta lesione iatrogena delle vie biliari. Testualmente, la lettera di dimissione del 29.5.2004 riporta: "Ricoverato dal 12.5.04 al 29.5.04. Diagnosi di dimissione: colecistite cronica litiasica riacutizzata, ernia iatale con segni di reflusso. Esami: routine ematochimica, rx torace, ecotomografia addome, EGDS. Terapia: 19.5.04 colecistectomia, epaticodigiunostomia termino-laterale su ansa alla Roux. Si consiglia Lucen 40 una cp 10 minuti prima di colazione. Gaviscon advance sciroppo un cucchiaio prima di andare a letto, Fragmin 2500 UI una fiala sc al dì per 30 giorni. Controllo ambulatoriale tra 10 giorni".

La responsabilità dei sanitari della A.S. convenuta appare di tutta evidenza, avuto riguardo alla pluralità di errori di natura diagnostica in una prima fase e, di seguito, di natura esecutiva nella fase operatoria (comprensiva della gestione delle complicanze).

Né possono condividersi gli assunti della A.S. con riferimento alla particolare complessità della vicenda in esame, da vagliarsi ex art. 2236 cod. civ.

Come evidenziato dai consulenti, infatti, l'attività sanitaria prestata in laparascopia può ritenersi di carattere routinario e priva di particolari difficoltà tecniche, se eseguita da personale medico provvisto della necessaria "preparazione", diviene di eccezionale difficoltà nel caso opposto di carenza della stessa "preparazione", comunque emendabile attraverso una idonea gestione dell'emergenza attraverso una adeguata valutazione delle proprie capacità. In ogni caso, non può non evidenziarsi come nel caso di specie si è giunti all'intervento chirurgico a seguito di una errata diagnosi, di per sé sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria in esame.

Nelle conclusioni dei consulenti in merito all'adeguatezza degli interventi dei sanitari si legge: "Non appaiono aderenti alle regole della buona pratica medica né la prestazione dell'ecografista (15.5.04), né, ancor di più, l'attività chirurgica prestata in occasione dell'intervento videolaparoscopico del 19.5.04 atteso che, in prima fase si riferisce di un calcolo

colecistico, poi rilevatosi inesistente, che indirizza i chirurghi alla esecuzione di un intervento chirurgico, altrimenti non indicato e, nella seconda fase, a lesioni iatrogene del dotto epatico comune e dell'arteria epatica destra, riferibili ad incongrue manovre dell'operatore. Va inoltre rappresentato che tale atto operatorio viene eseguito senza raccolta del consenso informato".

Deve pertanto ritenersi acclarata la responsabilità della struttura sanitaria convenuta e trovare accoglimento la domanda risarcitoria, nei limiti di cui si dirà.

Prima di procedure alla quantificazione del danno, occorre rilevare che la parte convenuta ha contestato la sussistenza del nesso di causalità tra le lesioni lamentate dall'attore e i fatti di causa.

Occorre chiarire che i consulenti hanno ricondotto all'intervento chirurgico in esame: "postumi incidenti sulla pre-esistente condizione psico-fisica, valutabili nell'ordine del 24% (ventiquattro per cento), in quanto riferibili a: danno estetico cicatriziale addominale (da laparotomia); piccola ernia paramediana epi-mesogastrica; disturbi digestivi; bilio-digiuno anastomosi con stent per stenosi; episodi colangitici recidivanti; necessità di restrizioni alimentari".

La parte convenuta non contesta la sussistenza del quadro clinico rilevato dai consulenti allo stato attuale, ma sostiene che l'attore soffrirebbe oggi dei medesimi disturbi e che l'intervento de quo non avrebbe, comunque, mai inteso risolvere i perduranti (e antecedenti) sintomi legati alla patologia da reflusso gastro-esofageo ed a quella diverticolare già descritta (dolori epigastrici, dispepsia, nausea, anoressia, alterazioni dell'alvo e malessere generale). Ha sostenuto che tali "Disturbi che non vengono meno a seguito di un intervento di colecistectomia" e che "l'intervento chirurgico eseguito in urgenza presso il P.M. non fu mirato a risolvere i sintomi legati alla malattia da reflusso gastro esofageo ed alla malattia diverticolare - *omissis* disturbi infatti, non essendo mai stati curatidall'attore con costanza e secondo le indicazioni - prescritte, sono rimasti invariati nel tempo, peggiorando progressivamente con l'età".

La tesi di parte convenuta non può essere in alcun modo condivisa, posto che all'atto del ricovero del 12.5.04 il paziente presentava un quadro di colecistite cronica, riacutizzata, su pre-esistente sindrome da reflusso gastro-esofageo e diverticolosi del colon, mentre all'atto delle verifiche dei consulenti presentava "danno estetico cicatriziale addominale (da laparotomia); piccola ernia paramediana epi-mesogastrica; disturbi digestivi; bilio-digiuno anastomosi con stent per stenosi; episodi colangitici recidivanti; necessità di restrizioni alimentari".

In proposito occorre richiamare il contenuto della consulenza tecnica agli atti, che individua con chiarezza una consequenzialità causale tra l'intervento chirurgico in esame e le gravi lesioni lamentate dal L.. I consulenti, peraltro, hanno escluso la riconducibilità dei postumi lamentati a patologie pregresse, tanto che hanno concluso affermando "I postumi già segnalati, riferibili alle responsabilità sanitarie riscontrate, valutabili nella misura del 24% (ventiquattro per cento), come danno biologico, non concorrono con le patologie pre-esistenti (sindrome da reflusso gastroesofageo e diverticolosi del colon…) la cui valutazione può essere definita nell'ordine del 10% (dieci per cento)".

La ricostruzione dei consulenti d'ufficio, peraltro, è conforme a quanto già rilevato dalla Commissione medica che ha certificato l'invalidità del L. ai sensi della L. n. 104 del 1992. Infatti nel verbale di accertamento della Commissione medica dell'INPS del 2011 si legge "esiti di colecistectomia complicate da lacerazione dell'epatico comune e dell'arteria epatica con conseguente stenosi secondaria della via biliare", e sotto la riassuntiva voce "disabilità rilevate", si legge: intervento chirurgico mutilante.

Sulla scorta, dunque, della documentazione agli atti e degli esiti della consulenza tecnica collegiale disposta non può dubitarsi della riconducibilità delle lesioni sopra descritte all'inadeguato operato dei sanitari riconducibili alla struttura sanitaria convenuta.

Né può trovare accoglimento la tesi di parte convenuta secondo la quale sarebbe ipotizzabile un concorso di colpa del paziente, il quale, per incuria e negligenza, non avrebbe adeguatamente monitorato e curato la propria patologia, realizzando, addirittura, un'interruzione del nesso causale rilevante ai sensi dell'art. 1227 secondo comma c.c. ("il risarcimento del danno non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza").

All'evidenza, dovendosi ricondurre le lesioni sopra descritte ad errori compiuti nella diagnosi e nell'esecuzione dell'intervento ed escluso dalla valutazione il quadro clinico pregresso, non è dato comprendere in che modo il paziente avrebbe concorso alla causazione del danno. In ogni caso, come chiarito dai consulenti, l'attore si è rivolto nel tempo a vari professionisti e in particolare al dottor L. (ai tempi primario dell'unità di gastroenterologia del SS Omissis A. 8), prima, e dai medici dell'Azienda O.U. "S.M." di U., dopo. Di contro la circostanza che dopo l'occorso il paziente non si si sia più rivolto alle cure del personale dell'O.M. appare agevolmente riconducibile al venir meno della fiducia verso detti sanitari o, eventualmente, alla scelta di acquisire pareri medici differenti.

Prima di procedere alla liquidazione del danno occorre fare chiarezza circa la risarcibilità del c.d. danno estetico.

La parte convenuta, infatti, lamenta che l'attore non avrebbe tempestivamente proposto detta istanza, per averla introdotta soltanto con le memorie ex art. 183 comma VI n. 1 c.p.c.

La doglianza è del tutto infondata. In primis occorre evidenziare che la domanda risarcitoria proposta dall'attore fin dalla fase introduttiva appariva omnicomprensiva: "integrale risarcimento in favore dell'attore di tutte le voci di danno richiamate agli atti, di natura patrimoniale, di natura non patrimoniale in tutte le loro componenti e aspetti pregiudizievoli, che a titolo di esempio vengonoindicati in… ed ancora tutti gli ulteriori…secondo i criteri di accertamento e valutazione, per gli esiti che si avranno in corso di causa nella misura accertata". Inoltre, con le memorie ex art. 183 comma VI n. 1 c.p.c., a ciò deputate, la domanda è stata ulteriormente specificata: "l'integrale risarcimento in favore dell'attore di tutte le voci di danno richiamate agli atti, di natura patrimoniale, di natura non patrimoniale in tutte le loro componenti e aspetti pregiudizievoli, che a titolo di esempio vengono indicati in danno biologico, morale, esistenziale, per violazione di tutti i diritti di natura e valenza costituzionale lesi oltre al danno da perdita di chances…ed ancora tutti gli ulteriori…secondo i criteri di accertamento e valutazione, per gli esiti che si avranno in corso di causa nella misura accertata". E ha poi specificato: "L'anastomosi praticata durante l'intervento consente il verificarsi di un reflusso digiuno-biliare che è causa di colangiti ricorrenti e sepsi frequenti; inoltre vi è un danno estetico da cicatrice chirurgica (eccedente rispetto a quella prevista nel programmato intervento laparoscopico)".

La domanda volta a tenere conto del fatto che l'inadeguata esecuzione dell'intervento avrebbe dato luogo ad una cicatrice

che in caso di intervento laparoscopico non sarebbe residuata, appare tempestivamente proposta.
La Corte di legittimità ha infatti da tempo chiarito che la "modificazione della domanda ammessa dall'art. 183, comma 6, c.p.c. può riguardare uno o entrambi gli elementi oggettivi della medesima (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, per ciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, o l'allungamento dei tempi processuali" (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 23975 del 06/09/2024).
Inoltre, come chiarito dalla Corte: "**va escluso che, in ambito di responsabilità professionale sanitaria, l'accertamento demandato al giudice sia rigidamente vincolato alle iniziali prospettazioni compiute dall'attore (quanto all'individuazione delle specifiche condotte costituenti la causa del danno), dovendosi invece ritenere che l'oggetto del giudizio sia costituito dall'accertamento della responsabilità dei convenuti in relazione al danno lamentato dall'attore e che, entro tale cornice, possa ben pervenirsi all'accoglimento della domanda in base al concreto riscontro di profili di responsabilità diversi da quelli originariamente ipotizzati dall'attore. Tale conclusione si impone a fronte dell'alto tasso "tecnico" che connota le controversie in materia di responsabilità sanitaria e della inesigibilità della specifica individuazione ex ante, da parte dell'attore, di elementi tecnico/scientifici che - di norma - possono acquisirsi compiutamente soltanto all'esito dell'istruttoriae con l'espletamento di una c.t.u.; invero, ove si opinasse diversamente, si finirebbe col gravare l'attore di un onere di preventiva individuazione delle cause del danno e delle condotte colpose (anzichè di mera allegazione della derivazione del danno dall'inesatto adempimento dell'obbligazione) che si tradurrebbe in un limite ingiustificato all'esercizio del suo diritto di azione**." (Cass. 20/03/2018, n. 6850).
Peraltro è bene chiarire che anche nella prospettazione di parte attrice il danno in esame non deve essere oggetto di valutazione e risarcimento autonomi, bensì deve essere valutata nell'ambito della quantificazione del danno biologico complessivo.
Nel caso in esame, infatti, a fronte delle iniziali doglianze attoree, la consulenza ha evidenziato che alcun intervento avrebbe dovuto essere eseguito sul paziente. La circostanza che l'intervento non fosse necessario rende evidentemente computabile ai fini della quantificazione del biologico la cicatrice residuata e del tutto irrilevante ogni considerazione sul fatto che anche un intervento in laparoscopia avrebbe dato luogo ad una lesione cicatriziale, posto che l'intervento in esame non era necessario, nè indicato.
Occorre pertanto procedere alla quantificazione dei danni.
Nello specifico, il danno alla salute viene ordinariamente liquidato con il metodo c.d. tabellare in relazione a un "barème" medico legale che esprime in misura percentuale la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione presumibilmente riverbera sullo svolgimento delle attività comuni ad ogni individuo. Espressa la percentuale di invalidità derivata al soggetto leso, le tabelle giudiziali (pubblicate dagli Osservatori sulla Giustizia Civile e basate sul sistema del punto variabile in funzione di età e grado di invalidità, ossia con crescita da punto a punto in misura più che proporzionale) consentono di convertire in termini monetari la lesione accertata.
Quanto al danno non patrimoniale, da tempo la giurisprudenza di legittimità, con decisione a Sezioni Unite, ha unificato la categoria del danno non patrimoniale affermando il principio per cui: "**Il danno non patrimoniale da lesione della salute costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, nella cui liquidazione il giudice deve tenere conto di tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, ma senza duplicare il risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici. Ne consegue che è inammissibile, perché costituisce una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione alla vittima di lesioni personali, ove derivanti da reato, del risarcimento sia per il danno biologico, sia per il danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, il quale costituisce necessariamente una componente del primo (posto che qualsiasi lesione della salute implica necessariamente una sofferenza fisica o psichica), come pure la liquidazione del danno biologico separatamente da quello c.d. estetico, da quello alla vita di relazione e da quello cosiddetto esistenziale**" (Cass. Sez. U, Sentenzan.26972del 11/11/2008).
Gli insegnamenti della Suprema Corte mirano ad evitare superflue duplicazioni nella liquidazione del danno ed indicano la necessità di una liquidazione unitaria che contemperi tutti gli elementi costitutivi del danno.
Pur tenendo conto dell'unitarietà del danno, si deve dare atto che secondo i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità: "**il giudice deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale) quanto quello dinamico-relazione (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto**" (Cass. Civ., Sez. 3, sent. n. 2788 del 31.01.2019).
In particolare, in ordine alla liquidazione del danno morale, la Suprema Corte ha precisato che: "il danno morale deve formare oggetto di allegazione prima e di prova poi e non può essere considerato esistente in re ipsa sicchè la prova presuntiva per affermare l'esistenza del menzionato danno si può utilizzare solo in presenza di una adeguata allegazione fattuale degli elementi costitutivi del danno reclamato" (Cass. Civ., sez. 3, sent. 907 del 17.1.2018)
Al fine di determinare il quantum del risarcimento - da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 cod. civ. -, deve attingersi ai valori determinati dal Tribunale di Milano, avuto riguardo agli insegnamenti della Suprema Corte di legittimità, finalizzati a garantire continuità e unitarietà ai criteri di liquidazione del danno non patrimoniale: "**nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale - e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. -, salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono. L'applicazione di diverse tabelle, ancorché comportante liquidazione di entità inferiore a quella che sarebbe risultata sulla base dell'applicazione delle tabelle di Milano, può essere fatta**

valere, in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge, solo in quanto la questione sia stata già posta nel giudizio di merito" (Cass. Sez. 3, Sentenza n.12408del 07/06/2011).

Come detto, la consulenza ha stimato la percentuale del danno biologico riconducibile ai fatti di causa "danno estetico cicatriziale addominale (da laparotomia), piccola ernia paramediana epi-mesogastrica, disturbi digestivi; bilio-digiuno anastomosi con stent per stenosi, episodi colangitici recidivanti e necessità di restrizioni alimentari) nella misura del 24%, escluse e separatamente stimate le patologie pre-esistenti (sindrome da reflusso gastro-esofageo e diverticolosi del colon, la cui valutazione può essere definita nell'ordine del 10%).

Debbono condividersi le risultanze della consulenza tecnica nella parte in cui escludono che debba giungersi ad un aggravamento del danno biologico in ragione delle patologie pregresse, ritenute sostanzialmente irrilevanti nell'ambito della valutazione complessiva del danno "iatrogeno".

Per il resto non si rinviene la necessità di ulteriore personalizzazione del danno, avuto riguardo anche alle deduzioni dei CCTTU. In argomento, è d'uopo richiamare il più recente orientamento giurisprudenziale secondo cui **può ipotizzarsi una personalizzazione del danno solo qualora nella specificità del caso concreto si rinvenga la verificazione di pregiudizi ulteriori, peculiari rispetto a quelli ordinariamente ricollegabili ad un danno del tipo di quello accertato e liquidato e non ricompresi nella percentuale di danno biologico sub specie di invalidità permanente e di inabilità temporanea riconosciuta (cfr. sul punto, di recente, Cass. n. 25164/2020, per cui gli elementi rilevanti ai fini della c.d. personalizzazione del danno "devono consistere, secondo il più recente insegnamento di questo giudice di legittimità, in circostanze eccezionali e specifiche, sicché non può essere accordata alcuna variazione in aumento del risarcimento standard previsto dalle "tabelle" per tenere conto di pregiudizi che qualunque vittima che abbia patito le medesime lesioni deve sopportare, secondo l'id quod plerumque accidit, trattandosi di conseguenze già considerate nellaliquidazione tabellare del danno** (cfr. Cass. n. 7513/2018, Cass. n. 10912/2018, Cass. n. 23469/2018, Cass. n. 27482/2018 e, da ultimo, Cass. 28988/2019)"). Tale indirizzo è confermato dalla più recente Cassazione (sez. III, 27/07/2024, n.21062) la quale ha affermato, "con la fondamentale ordinanza 27 marzo 2018, n. 7513, che **in tema di danno non patrimoniale da lesione della salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno dinamico - relazionale, atteso che con quest'ultimo si individuano pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale). Non costituisce invece duplicazione la congiunta attribuzione del danno biologico e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico - legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico - legale del grado di percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore...Di conseguenza, ha concluso l'ordinanza n. 7513 cit., "soltanto in presenza di circostanze "specifiche ed eccezionali", tempestivamente allegate dal danneggiato, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età, è consentito al giudice, con motivazione analitica e non stereotipata, incrementare le somme dovute a titolo risarcitorio in sede di personalizzazione della liquidazione**".

Nella concreta fattispecie per cui è lite manca, prima ancora della prova (e richiesta di prova), la stessa puntuale allegazione di siffatti pregiudizi ulteriori legati alla peculiarità della vicenda occorsa, al vissuto personale del danneggiato o altro, sì da poter dire che residui "quel qualcosa in più" in termini di percentuale aggiuntiva rispetto a quanto abbia già trovato spazio nell'indicazione delle percentuali di danno biologico ad opera dei CCTTU.

Occorre pertanto procedere alla liquidazione del danno da invalidità temporanea tenendo conto dei giorni di ricovero ospedaliero, riconoscibili nella loro integralità (15 giorni) in ragione dell'errore diagnostico e prognostico che ha indotto i sanitari all'intervento e conseguentemente al ricovero. La liquidazione della invalidità temporanea per il periodo di ricovero deve essere liquidata secondo valori massimi in misura pari ad Euro 2.595,00.

Quanto alla liquidazione del danno permanente, accertato nella misura del 24% in un soggetto di 39 anni (ai tempi dell'intervento) lo stesso deve quantificarsi nella misura di Euro 116.721,00 (a titolo di danno non patrimoniale risarcibile con incremento standard di cui alle Tabelle milanesi per la sofferenza soggettiva, senza ulteriore incremento per la personalizzazione del danno) cui deve aggiungersi il danno da invalidità temporanea per una complessiva somma di Euro 119.316,00.

Tale somma, sulla scorta del criterio di cui alla Cass. civ. S.U. 17 febbraio 1995 n. 1712, giusta devalutazione ai tempi della lesione e successiva rivalutazione ad oggi, ammonta a complessivi Euro 152.720,35 oltre interessi dalla presente decisione e fino al saldo.

Occorre infine esaminare il profilo della responsabilità della convenuta in relazione al profilo del consenso informato.

Sulle modalità di erogazione dell'informazione e sulla acquisizione del consenso occorre avere riguardo ai principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ragione dei quali nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge. Il paziente ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo adeguato riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, affinché possa determinarsi ad accettare o rifiutare il trattamento sanitario.

In proposito la giurisprudenza della Suprema Corte ha più volte ribadito l'assoluta inadeguatezza dell'informazione fornita attraverso moduli prestampati dal contenuto generico e comunque in maniera indistinta a prescindere dalle caratteristiche dell'interlocutore ("**in tema di attività medico-chirurgica, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico**" Cass. Sez. 3, Sentenza n.23328del 19/09/2019).

Da un lato, dunque, nessun trattamento sanitario può essere eseguito senza un consenso e dall'altro, tale consenso deve essere acquisito in maniera tale da rilevare l'assoluta contezza delle implicazioni del trattamento. Il dovere del sanitario di informare adeguatamente il paziente consta, tra l'altro, nella comunicazione "in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità (v. Cass. n. 15698/2010). L'obbligo di informazione, che deve essere particolarmente dettagliato al fine di garantire lo scrupoloso rispetto del diritto di autodeterminazione del paziente, non si estende ai soli rischi imprevedibili…che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit…ma a tutte le informazioni scientificamente possibili sull'intervento chirurgico, che intende eseguire, sulle conseguenze normalmente possibili sia pure infrequenti (tanto da apparire "straordinari"), sul bilancio rischi/vantaggi dell'intervento." (Cass. Civ. sez. 3, sent. n. 27751 del 11/12/2013).

Invero nel caso in esame è pacifico che il paziente non abbia sottoscritto un modulo contenentel'informativa sui trattamenti sanitari cui è stato sottoposto.

La parte convenuta si è limitata a sostenere in termini generici la possibilità di acquisizione orale del consenso. Ebbene occorre chiarire che la giurisprudenza di legittimità dubita che il consenso possa essere valdiamente espresso oralmente (Cass. Civ. sez. 3, sentenza n. 19212 del 29/09/2015), ma nel caso in esame la struttura sanitaria non ha comunque dimostrato che detto consenso sia stato mai acquisito neppure oralmente, né ha specificato quali informazioni sarebbero state rese al paziente e in quali circostanze.

Né può dubitarsi che incomba sulla struttura sanitaria fornire la prova di avere informato il paziente e di avere acquisito un consenso adeguato e consapevole.

Nel caso in esame, peraltro, non è neppure necessario approfondire il tema delle conseguenze della violazione del diritto all'autodeterminazione e delle relative conseguenze pregiudizievoli, avuto riguardo al fatto che nel caso di specie vi è stato un errore diagnostico in ragione del quale è stato posto in essere un intervento non necessario nel corso del quale, per imperizia, sono state causate ulteriori lesioni.

La più recente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che "**nell'ambito della responsabilità medico-chirurgica, ai fini della risarcibilità del danno inferto sia alla salute (per inadempiente esecuzione della prestazione sanitaria), sia al diritto all'autodeterminazione (per violazione degli obblighi informativi) possono verificarsi distinte ipotesi" e precisato che laddove ricorrono "a) il dissenso presunto (ossia può presumersi che, se correttamente informato, il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'atto terapeutico), b) il danno iatrogeno (l'intervento ha determinato un peggioramento delle condizioni di salute preesistenti), c) la condotta inadempiente o colposa del medico nell'esecuzione della prestazione sanitaria" come nel caso in esame, deve ritenersi risarcibile non soltanto il danno biologico ma altresì "il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente**" (Cass. Sez. 3, Ordinanza n.16633del 12/06/2023).

Ritenuta la sussistenza, pertanto, anche di una lesione del diritto di autodeterminazione dell'attore, concretizzatosi nella mancata prestazione di una adeguata informazione ai fini dell'acquisizione del suo consenso all'effettuazione degli interventi sanitari per cui è causa, occorre procedere alla quantificazione del danno relativo.

In merito alla liquidazione del danno, stante la sua natura non patrimoniale e l'assenza di parametri oggettivi di quantificazione, non può che procedersi ad una valutazione equitativa, ai sensi dell'art.1226 c.c., sulla base dei range di riferimento delle tabelle del Tribunale di Milano del 5 giugno 2024.

Le linee guida in questione sono rese sulla scorta della disamina delle motivazioni da un campione di oltre 200 sentenze (di cui 100 circa di accoglimento), nell'ambito di controversie di colpa medica - su domande di risarcimento del danno da mancato/carente consenso informato. In tutte le sentenze i giudici motivavano la liquidazione del danno in esame secondo equità, giusta l'assenza di parametri liquidatori stabiliti dal legislatore. Come rileva il Tribunale di Milano, tra l'altro, "dalle sentenze analizzate da un lato, è emerso che non vi è un rapporto diretto tra entità della lesione del bene-salute ed entità della lesione del diritto all'autodeterminazione, dall'altro lato, tuttavia, si è riscontrato che le sentenze che liquidano un danno all'autodeterminazione di lieve/media entità più frequentemente hanno ad oggetto un danno alla salute contenuto e, del pari, sentenze che liquidano un danno all'autodeterminazione di grave/notevole entità riguardano anche un pregiudizio all'integrità psicofisica del paziente consistente/gravissimo se non addirittura il decesso del paziente (p. 95 delle Tabelle).

In particolare, e per quanto è di rilievo nella presente trattazione, "tra le 35 sentenze che liquidano il danno all'autodeterminazione da Euro 9.001,00 ad Euro 20.000,00, 6 sentenze riguardano trattamenti (nonpreceduti da consenso) che hanno avuto come conseguenza postumi micro-permanenti/solo IT, mentre 15 sentenze riguardano postumi per la salute macropermanenti (sino al 90%) e 3 sentenze il decesso del paziente" (p. 96 delle Tabelle). Il danno in questione, dunque, sulla base di parametri appena indicati, e giusta la rivalutazione secondo gli indici ISTAT viene qualificato quale danno all'autodeterminazione di grave entità: liquidazione da Euro 10.461,00 ad Euro 23.245,00, si ritieneequamente liquidabile nella somma di Euro 12.000,00, oltre rivalutazione e interessi in ragione della gravità data dalla totale assenza di informativa unitamente alla mancata aquisizione del consenso in forma scritta.

Spetta pertanto all'attore, a titolo di risarcimento dei danni alla persona per lesione del diritto di autodeterminazione, la somma di Euro 12.000,00, devalutata e rivalutata secondo gli standard di riferimento. Trattandosi di debito di valore detto importo deve essere, dunque, maggiorato di rivalutazione e interessi per corrispondenti Euro 15.322,28 (capitale devalutato e poi rivalutato più interessi), su cui spetteranno, ulteriormente gli interessi legali dalla data di pubblicazione della sentenza al saldo.

Deve pertanto essere complessivamente liquidato un danno pari a 168.042,63 (152.720,35 + 15.322,28) oltre interessi dalla presente pronuncia e fino al saldo.

Occorre infine esaminare l'istanza volta ad ottenere la condanna della convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, quale sanzione scaturente dalla mancata partecipazione alla mediazione senza un valido e giustificato motivo.

L'art. 8, comma 4-bis del D.Lgs. n. 28 del 2010 (applicabile ratione temporis), in ordine alla mancata partecipazione alla mediazione stabilisce che "…Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma

di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.".
La convenuta, nel primo atto difensivo, eccepiva di non avere partecipato alla mediazione in quanto aveva ricevuto indicazioni in tal senso dalla Compagnia che l'assicurava con copertura senza franchigia e assunzione totale del rischio. Ha pertanto ritenuto giustificata l'omessa comparizione per essersi rimessa "integralmente alle decisioni assunte sul punto" dalla compagnia di assicurazione.
La ricostruzione di parte convenuta in merito all'aver reso idonea giustificazione, non pare, invero, condivisibile. Le problematiche della copertura assicurativa della parte convenuta non giustificano in alcun modo l'omessa partecipazione alla mediazione, onere previsto dalla Legge. Peraltro l'andamento del giudizio - che ha visto il fallimento della compagnia assicurativa che non è più in causa - rende evidente l'inconferenza della tesi di parte convenuta.
In tal senso il Tribunale di Verona, con argomentazioni che qui si condividono, ha chiarito che "per andare esente dall' applicazione della sanzione prevista della norma, la parte deve allegare e comprovare la sussistenza di un impedimento oggettivo alla sua comparizione dinanzi al mediatore, non rilevando a tal fine giustificazioni attinenti al diverso profilo relativo alla ritenuta utilità o menodel tentativo di mediazione…La giustificazione addotta dalla Azienda convenuta, quindi, non è certo idonea a giustificare la sua mancata comparizione dinanzi al mediatore, sicché a carico della stessa va applicata la sanzione di cui alla norma sopra citata." (Tribunale Verona sez. II, 21/05/2019, ud. 21/05/2019, dep. 21/05/2019).
Tanto premesso, poichè il tenore della disposizione di legge non consente margini di discrezionalità al giudice, deve ritenersi che - una volta ravvisata la mancanza di un motivo oggettivo che giustifichi l'assenza di una parte al procedimento di mediazione laddove esso sia previsto, come nel caso di specie, quale condizione di procedibilità - debba trovare applicazione la sanzione di cui al citato comma 4 bis.
In mancanza di motivi oggettivi idonei a giustificare la mancata presenza alla procedura di mediazione deve pertanto trovare accoglimento la richiesta di condanna al pagamento all'erario della somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.
Le spese di lite, ivi comprese quelle della consulenza tecnica, seguono la soccombenza e debbono essere poste integralmente a carico della parte convenuta.
Le spese devono essere liquidate ai sensi del D.M. n. 147 del 2022, in ragione del valore della domanda e tenuto conto dell'attività difensiva concretamente svolta e della complessità della materia trattata, secondo valori prossimi ai massimi indicati nella tabella allegata al DM citato per i giudizi di cognizione di valore compreso tra Euro 52.001,00 ed Euro 260.000,00 quanto alla fase di studio e introduttiva (avuto riguardo alla complessità delle questioni in esame), medi quanto alla fase istruttoria e decisoria, per complessivi Euro 15.000,00 (3.200+2.000+5.600+4.200, oltre spese generali e accessori di legge, somme da corrispondersi in favore del difensore antistatario che ha dichiarato di averle anticipate.

P.Q.M.
Il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione,
1) dichiara tenuta e condanna la A. - A.T.S., (P. IVA (...)) - già A.C., in persona del legale rappresentante p.t., al risarcimento in favore dell'attore della somma complessiva di Euro 168.042,63, oltre interessi dalla data della presente decisione e fino al saldo;
2) pone definitivamente a carico della parte convenuta le spese delle consulenze tecniche, come già liquidate in corso di causa;
3) dichiara tenuta e condanna la parte convenuta alla rifusione delle spese di lite in favore dell'attrice, che liquida in Euro 15.000,00 quanto a compensi professionali, oltre 518,00 Euro per spese esenti, spese generali e accessori di legge, con distrazione in favore del difensore dichiaratosi antistatario;
4) dichiara tenuta e condanna la parte convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, pari ad Euro 518,00, quale sanzione scaturente dalla mancata partecipazione alla mediazione obbligatoria ex D.Lgs. n. 28 del 2010.
Così deciso in Cagliari, il 9 dicembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 9 dicembre 2024.

Malpractice medica, la morte del paziente quale fatto plurioffensivo

CORTE D'APPELLO di Caltanissetta, sezione Unica, sentenza 9 dicembre 2024, n. 444; Pres. De Gregorio; Rel. Sole

La morte di un neonato come conseguenza di malpractice medica posta è, di per sé, un fatto suscettibile di determinare l'insorgere di una pluralità di conseguenze dannose astrattamente risarcibili. Ciascuno di tali danni - che specificamente assolvono alla funzione di delimitare in maniera più specifica l'unitaria figura del danno non patrimoniale – è la diretta conseguenza della lesione inferta al parente prossimo, la quale rileva dunque come fatto plurioffensivo, che ha vittime diverse, ma egualmente dirette, ragion per cui non v'è motivo di ritenere questi pregiudizi soggetti ad una prova più rigorosa degli altri, e dunque insuscettibili di essere dimostrati per presunzioni.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
... Omissis ...

Infondato è anche il terzo motivo di appello principale, inerente alla mancata riduzione del danno in violazione della regola generale di cui all'art. 1227 c.c.
In punto di diritto giova evidenziare che costituisce orientamento consolidato che: "**In tema di responsabilità civile, se la vittima di un fatto illecito ha concorso, con la propria condotta, alla produzione del danno, l'obbligo risarcitorio del responsabile si riduce proporzionalmente ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., anche nel caso in cui la vittima (minore di età) sia incapace di intendere e di volere al tempo del fatto; ciò in quanto l'espressione "fatto colposo" che compare nel citato art. 1227 c.c. non va intesa come riferita all'elemento psicologico della colpa, che ha rilevanza esclusivamente ai fini di una affermazione di responsabilità, la quale presuppone l'imputabilità, ma deve intendersi come sinonimo di comportamento oggettivamente in contrasto con una regola di condotta, stabilita da norme positive e/o dettata dalla comune prudenza. L'accertamento in ordine allo stato di capacità naturale della vittima e delle circostanze riguardanti la verificazione dell'evento, anche in ragione del comportamento dalla stessa vittima tenuto, costituisce "quaestio facti" riservata esclusivamente all'apprezzamento del giudice di merito**." (Cass. Civ., Sez. 3, ord. n. 2483 del 1.2.2018; in senso conforme: Cass. Civ. Sez. 3, ord. n. 4178 del 19.2.2020; Cass. Civ., Sez. 3, sent. n. 14548 del 22.6.2009.
Ciò posto mette conto evidenziare come la giurisprudenza della S.C. sia pacifica nel ritenere che la regola sul concorso di colpa del danneggiato risponda ad una logica intrinsecamente causale, che fa sì che ognuno risponda della porzione di danno eziologicamente riconducibile alla propria condotta (cfr. tra le più recenti Cass. n. 23804 del 04/09/2024: "**Il concorso di colpa della vittima nella causazione del danno da essa sofferto va determinato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227, comma 1, c.c., mediante la comparazione della colpa della vittima con quella dell'offensore e la valutazione, in via ipotetica e con giudizio controfattuale, di quale tra le due sia stata più grave in riferimento all'altra e di quale tra le due condotte colpose abbia apportato il contributo causale prevalente rispetto all'avverarsi del danno**").
Nondimeno, in ordine ai criteri di valutazione dell'apporto causale di comportamenti astrattamente idonei a determinare l'evento, la S.C. ha chiarito con orientamento che può ritenersi granitico che "**In presenza di fatti imputabili a più persone, coevi o succedutisi nel tempo, deve essere riconosciuta a tutti un'efficacia causativa del danno, ove abbiano determinato una situazione tale che, senza l'uno o l'altro di essi, l'evento non si sarebbe verificato, mentre deve attribuirsi il rango di causa efficiente esclusiva ad uno solo dei fatti imputabili quando lo stesso, inserendosi quale causa sopravvenuta nella serie causale, interrompa il nesso eziologico tra l'evento dannoso e gli altri fatti, ovvero quando il medesimo, esaurendo sin dall'origine e per forza propria la serie causale, riveli l'inesistenza, negli altri fatti, del valore di concausa e lireleghi al livello di occasioni estranee**." (così Cass. n. 18094 del 12/09/2005; in senso conforme tra le più recenti cfr. Cass. n. 92 del 04/01/2017; Cass. n. 8778 del 03/04/2024).
Ebbene, alla luce dell'intero compendio probatorio acquisito nel corso del giudizio, al di là dell'aspetto inerente alla rimproverabilità della condotta posta in essere dalle odierne parti appellate-appellanti incidentali, non può non ritenersi l'efficacia assorbente, sotto un profilo prettamente eziologico, della condotta posta in essere dall'odierno appellante.

... Omissis...

Vanno a questo punto trattati congiuntamente, in quanto strettamente connessi dal punto di vista logico giuridico, il secondo e quarto motivo di appello principale nonché il primo motivo di appello incidentale.
Difatti, a ben vedere, la tematica sottesa ai suindicati motivi di gravame attiene alla individuazione delle conseguenze risarcibili determinate dall'evento dannoso, la cui sussistenza ed imputabilità all'appellante sono fatti definitivamente acquisiti in forza della pronuncia che ha affermato la responsabilità penale del F., ormai passata in autorità di cosa giudicata. Ed invero "la sentenza del giudice penale che, accertando l'esistenza del reato …, abbia altresì pronunciato la condanna definitiva dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio, spiega, in sede civile, effetto vincolante in ordine alla "declaratoria iuris" di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni, ferma restando la necessità dell'accertamento, in sede civile, della esistenza e della entità delle conseguenze pregiudizievoli derivate dal fatto individuato come "potenzialmente" dannoso e del nesso di derivazione causale tra questo e i pregiudizi lamentati dai danneggiati" (Cass. Civ., Sez. 3, ord. n. 30992 del 7.11.2023); in senso conforme: Cass. Civ. Sez. 3, ord. n. 23960 del 2.8.2022); Cass. Civ. Sez. 3, ord. n. 8477 del 5.5.2020).
Orbene, alla luce di tale principio di diritto il Tribunale, a fronte della domanda spiegata dalle odierne appellanti incidentali, era chiamato a verificare la sussistenza delle

diverse voci di danno risarcibile richieste dalle parti appellate e del nesso di causalità (giuridica) tra l'evento dannoso le predette voci di danno, risultando coperto dal giudicato l'accertamento della responsabilità del medico e, precisamente, la sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e l'affermazione che l'imputato lo ha commesso (sul punto, si veda Cass. Civ., Sez. 3, ord. n. 20786 del 20.8.2018).

Il primo passaggio da cui prendere le mosse attiene, dunque, all'individuazione delle conseguenze dannose riconducibili all'evento dannoso posto in essere dal sanitario.

Ora è evidente che il tragico evento accaduto (la morte di un neonato come conseguenza della malpractice medica posta in essere) è, di per sé, un fatto suscettibile di determinare l'insorgere di una pluralità di conseguenze dannose astrattamente risarcibili: ed invero, costituisce affermazione consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte, quella per cui **la lesione del rapporto parentale - al pari della definitiva perdita dello stesso - può produrre ed anzi, di regola produce, diversi pregiudizi, scaturenti dalla lesione all'integrità psicofisica della persona, ovvero che possono porsi su un piano non prettamente biologico, pur meritando egualmente ristoro, perché apprezzabili come "sofferenza eventualmente patita, sul piano morale soggettivo", ovvero "in termini dinamico-relazionali", per l'incidenza che quella lesione ha avuto "sui percorsi della vita quotidiana attiva del soggetto" interessato (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. 11 novembre 2019, n. 28989). Ciascuno di tali danni - che specificamente assolvono alla funzione di delimitare in maniera più specifica l'unitaria figura del danno non patrimoniale - è, peraltro, solo impropriamente definito "riflesso", enfatizzandosi la circostanza che esso risulta "subito per una lesione inferta non a sé stessi, ma ad altri", mentre, in realtà, esso è pur sempre "la diretta conseguenza della lesione inferta al parente prossimo, la quale rileva dunque come fatto plurioffensivo, che ha vittime diverse, ma egualmente dirette", ragion per cui non "v'è motivo di ritenere questi pregiudizi soggetti ad una prova più rigorosa degli altri, e dunque insuscettibili di essere dimostrati per presunzioni" (cfr., sempre in motivazione, Cass. Sez. 3, ord. 7748 del 2020). Si tratta, dunque, di danni che "possono essere dimostrati per presunzioni, fra le quali assume rilievo il rapporto di stretta parentela esistente fra la vittima ed i suoi familiari che fa ritenere, secondo un criterio di normalità sociale, che essi soffrano per le gravissime lesioni riportate dal loro prossimo congiunto" (così, sempre in motivazione, Cass. Sez. 3, ord. n. 13540 del 2023), sicché è proprio "in tale quadro che emergerà, con intuitiva evidenza, il significato e il valore dimostrativo dei meccanismi presuntivi che, al fine di apprezzare la gravità o l'entità effettiva del danno, richiamano il dato della maggiore o minore prossimità formale del legame parentale (coniuge, convivente, figlio, genitore, sorella, fratello, nipote, ascendente, zio, cugino)"** (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, sent. n. 28989 del 2019).

La Cassazione ricorda, dunque, che in tale ambito la sola questione rilevante è, in definitiva, solo quella della prova del danno. Difatti, chi agisce per il suo ristoro, "secondo i principi generali - e dunque anche per via presuntiva - ha l'onere di dimostrare che è stato leso dalla condizione del congiunto, per cui ha subito un danno non patrimoniale parentale, ferma restando la possibilità, per la controparte, di dedurre e dimostrare l'assenza di un legame affettivo, perché la sussistenza del predetto pregiudizio, in quanto solo presunto, può essere esclusa dalla prova contraria, a differenza del cd. "danno in re ipsa", che sorge per il solo verificarsi dei suoi presupposti senza che occorra alcuna allegazione o dimostrazione - danno che non trova cittadinanza nel nostro ordinamento, giusta l'insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte" (così, Cass. Sez. 3, ord. n. 13540 del 2023, che richiama Cass. S.U., sent. 11 novembre 2008, n. 26492).

Tanto premesso, questa Corte ritiene che siano fondate le ragioni di doglianza di cui al quarto motivo di gravame principale, inerenti all'insussistenza nel caso di specie di un danno di natura propriamente parentale.

Ed invero, tale voce di danno presenta, quale suo presupposto intrinseco, la sussistenza di un rapporto parentale tra la vittima e il congiunto che agisce per ottenere il risarcimento del danno. Ebbene, la specificità del caso in esame non consente di ritenere provata l'esistenza di un siffatto rapporto tra il neonato e le odierne appellate principali, non potendo trovare applicazione, alla luce delle peculiarità del caso, gli ordinari meccanismi presuntivi che facilitano in tale ambito il raggiungimento della prova del danno: difatti, da un lato, non può non evidenziarsi come la pacifica inconsapevolezza della gestante (e della di lei nonna) circa l'esistenza di una gravidanza non può che determinare l'assenza di una aspettativa di maternità. In altri termini, essendo incontestata la circostanza che entrambe le appellate ignorassero lo stato di gravidanza della C. non è possibile affermare che tra la vittima e le danneggiate si fosse già creata una dimensione affettiva la cui lesione avrebbe potuto determinare il sorgere del diritto al risarcimento del danno. Ciò vale certamente per la madre, ed a maggior ragione per la bisnonna del neonato.

D'altro canto, l'immediatezza della morte del bambino esclude che tra la madre (ed a maggior ragione la bisnonna), e il neonato possa essersi istantaneamente instaurato quel legame affettivo tipico che lega i componenti di un medesimo nucleo familiare, la cui specificità consiste proprio nella comunanza di una dimensione di vita che si sviluppa nel corso di un apprezzabile lasso di tempo.

Tale soluzione trova peraltro conferma in due recenti pronunce della Corte di Cassazione, con le quali la S.C. in relazione al diverso caso inerente al diritto al risarcimento del danno morale e parentale asseritamente subito da un neonato, in un caso per la morte, nell'altro per una grave lesione del nonno, ha negato la risarcibilità del danno proprio perché in questi casi non può ipotizzarsi né la sussistenza di una sofferenza da parte dell'infante, né la lesione di un rapporto parentale poiché mai instauratosi, con ciò dovendosi confermare l'insussistenza di qualsiasi automatismo in subiecta materia (cfr. Cass. n. 12987 del 26/04/2022 e Cass. n. 13540 del 17/05/2023).

Peraltro, questa Corte non può non evidenziare che la stessa C. ha allegato di aver subito (al di là dei danni propriamente biologici, sui quali ci si soffermerà a breve), in conseguenza dei fatti di causa, "un turbamento ed uno stato di prostrazione e di dolore causato dal trauma che sul piano individuale si presenta come una modifica della personalità e dell'assetto psicologico nel suo adattamento".

Similmente, la N. lamentava (anch'essa al di là dei danni propriamente biologici) di essersi trovata "ad assistere impotente alla terribile vicenda subita dalla nipote, affidata alle sue cure" dolendosi inoltre di aver subito un'umiliazione conseguente alla ingiusta detenzione subita per sei giorni.

In altri termini, dal tenore testuale dell'atto introduttivo - al di là della genericità della formulazione delle richieste conclusive, di cui si è detto allorché si è motivato in ordine

all'infondatezza del motivo di gravame sull'extrapetizione - si evince chiaramente come la C. e la N. abbiano prevalentemente incentrato la propria narrazione sul fatto di aver patito un'intensa sofferenza soggettiva, consistita nello strazio e nell'angoscia per i momenti vissuti.
A ben vedere tale tipologia di danno, certamente sussistente nel caso in esame, tenuto conto della tragicità degli accadimenti occorsi, appare più correttamente inquadrabile sotto la specola del cd. danno morale soggettivo: difatti, nel caso di specie, è innegabile, secondo le regole di comune esperienza: a) che la C., pur inconsapevole del proprio stato di gravidanza, abbia patito una intensa sofferenza morale per la contestuale scoperta della propria gravidanza e l'immediata successiva perdita del nascituro; sentimenti ragionevolmente accompagnati da successiva vergogna, disistima di sé, paura, disperazione; b) che la N. abbia potuto subire un inteso shock conseguente all'essersi trovata ad assistere impotente la nipote, a lei affidata, in una vicenda tragica come quella concretamente avvenuta, provando sofferenza sia come riflesso per l'intenso dolore provato dalla congiunta sia per la frustrazione conseguente al fatto di non essere riuscita a prestare soccorso a lei ed al nascituro.
Peraltro, con specifico rifermento alla N., mette conto evidenziare come la S.C. abbia chiarito che "**Ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno non patrimoniale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto dell'art. 1223 c.c., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire "iure proprio" contro il responsabile. La liquidazione di tale tipologia di danno deve avvenire in via equitativa, in forza di una sua valutazione complessiva, potendosi ricorrere a presunzioni sulla base di elementi oggettivi, forniti dal danneggiato, quali le abitudini di vita, la consistenza del nucleo familiare e la compromissione delle esigenze familiari**" (Cass. n. 14392 del 27/05/2019).
Per tali motivi, questa Corte ritiene insussistente, in capo ad entrambe le appellate, il lamentato danno da perdita del rapporto parentale, dovendosi ritenere provata la sussistenza di un danno non patrimoniale qualificabile in termini di danno morale soggettivo.

... Omissis...
P.Q.M.
La Corte d'Appello di Caltanissetta definitivamente pronunciando sull'appello proposto da E.F.A. avverso la sentenza del Tribunale di Gela n. 221/2020 pubblicata il 15.05.2020 e, in parziale riforma della stessa, così provvede:
1) condanna E.F.A. e A.D.C., in solido, al pagamento in favore di C.C. dell'importo di Euro 117.689,14 oltre interessi legali dalla pubblicazione della presente pronuncia al soddisfo;
2) condanna E.F.A. e A.D.C., in solido, al pagamento in favore di N.C. dell'importo di Euro 22.066,74 oltre interessi legali dalla pubblicazione della presente pronuncia al soddisfo;
3) condanna E.F.A. e A.D.C., in solido alla refusione della quota del 50% delle spese processuali del primo grado di giudizio in favore di C.C. e N.C., spese liquidate (per l'intero) in Euro 2.430,00 per la fase studio, Euro1.550,00 per la fase introduttiva, Euro 3.780,00 per la fase istruttoria ed Euro4.050,00 per la fase decisionale, oltre iva, cpa e rimborso forfetario spese generali al 15%, da distrarsi in favore del procuratore antistatario, restando compensata tra le parti la residua quota del 50%;
4) condanna E.F.A. e A.D.C., in solido alla refusione della quota del 50% delle spese processuali de del presente grado di giudizio in favore di C.C. e N.C., spese liquidate (per l'intero) in Euro 2.977,00 per la fase studio, Euro1.911,00 per la fase introduttiva, ed Euro 5.103,00 per la fase decisionale, oltre iva, cpa e rimborso forfetario spese generali al 15%, da distrarsi in favore del procuratore antistatario, restando compensata tra le parti la residua quota del 50%;
5) pone definitivamente le spese di CTU a carico di E.F.A. e A.D.C., per la quota del 50% ed a carico di C.C. e N.C. per la rimanente quota del 50%, con il vincolo della solidarietà tra tutte le parti;
Così deciso in Caltanissetta, nella camera di consiglio del 2 dicembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 9 dicembre 2024.

Malpractice medica, danneggiato e prova del nesso causale

TRIBUNALE di Potenza, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2009; Giud. Valitutti

Nella malpractice medica, dal punto di vista del danneggiato, la prova del nesso causale - quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo (che si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose, finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria) - si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che sarà rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento, o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato.

... Omissis ...

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con atto di citazione, notificato in data 27/11/2019, V.A. conveniva in giudizio il dott. G.P. dinanzi all'intestato Tribunale, per ivi sentir accertare e dichiarare "la grave colpa medica nella quale esso è incorso nelle terapie mediche e chirurgiche a cui ha sottoposto V.A. a causa della sua imperizia e negligenza e, per l'effetto, dichiarare il Dr. G.P. responsabile dei danni subiti da V.A. causati dalla sua negligenza, imperizia e grave colpa medica e, per l'effetto, condannare G.P. al risarcimento in favore di V.A. dei danni dallo stesso patiti e quantificati in Euro 89.868,00, oltre interessi e rivalutazione a partire dal 2007 e fino all'effettivo soddisfo, o alla somma maggiore o minore che sarà accertata dal Giudice in corso di causa, con vittoria di spese e competenze".

1.1. In punto di fatto, l'attore esponeva che: 1) nel 2007 si recava presso il dott. G. al fine di risolvere l'edentulia superiore destra attraverso l'estrazione di alcuni elementi dentali all'arcata superiore con il successivo inserimento di protesi in metallo ceramica, mentre per la mala occlusione che portava il V. a sporgere il mento, il Dr. G. non praticava alcun tipo di terapia, ritenendo tale difetto non emendabile; 2) nel periodo tra il 2008 ed il 2011, poiché la sintomatologia dolorosa perdurava, il sig. V. veniva sottoposto dal Dr. G. a nuova terapia estrattiva e al successivo inserimento di una protesi in metallo ceramica anche nell'arcata inferiore destra, ritenendo, il dentista, che non era possibile effettuare altra terapia meno invasiva; 3) nel periodo tra il 2010 ed il 2015 il paziente vedeva aggravarsi il problema estetico, oltre a lamentare cefalee ricorrenti e sanguinamento gengivale in prossimità delle zone protesizzate; 4) a fronte del perdurare di dolori e cefalea, anche nel corso del 2016 il dott. G. lo rassicurava sulla perfetta allocazione del manufatto protesico, prescrivendo terapia antibiotica in assenza di esami radiografici; 5) preoccupato per la propria condizione, effettuava una radiografia che, comparata con quella del 2007, evidenziava un deciso peggioramento dei denti e della mandibola, imputabile agli interventi eseguiti dal convenuto, i quali avevano aggravato la salute dentale del V. che, pur avendo subito in giovanissima età interventi altamente invasivi che comportanti l'incapsulamento in protesi metallo ceramica di ben 11 denti perfettamente sani, non giungeva a risolvere in alcun modo né il problema legato alla cefalea e al dolore ai denti né quello estetico; 6) veniva espletata una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696 bis c.p.c. dinanzi al Tribunale di Potenza (R.G. n. 3234/2017) conclusasi con il deposito dell'elaborato peritale a firma del dott. L., che riscontrava le doglianze attoree, di cui nella presente sede veniva chiesto il ristoro.

2. Con comparsa di costituzione e risposta, depositata il 04/09/2020, si costituiva in giudizio il convenuto G.P., avversando la domanda attorea, di cui chiedeva il rigetto, e chiedendo l'autorizzazione alla chiamata in causa della compagnia assicurativa I.A. S.p.A., spiegando richiesta di manleva nei confronti di quest'ultima.

3. L'assicurazione terza chiamata, con comparsa depositata il 25/01/2021, si costituiva in giudizio eccependo a vario titolo l'inoperatività della polizza richiamata dal convenuto (polizza I.A. S.p.A. "R.C. Professioni Sanitarie" n. (...) "R.C. Professioni Sanitarie"), concludendo per il rigetto della richiesta di manleva.

4. Istruita attraverso l'espletamento delle prove testimoniali e per interpello richieste dalle parti, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni e, all'udienza del 13/09/2024, veniva rimessa in decisione, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

5. Così brevemente ricostruita la vicenda processuale e prima di passare al merito, appare opportuno, in ordine alla sussistenza ed alla qualificazione del rapporto intercorso tra le parti del giudizio, alla natura delle obbligazioni assunte, al tipo di responsabilità che ne consegue ed alla ripartizione dei relativi oneri probatori, preporre quanto segue.

5.1. Allorquando viene azionata - come nel caso di specie - la responsabilità di un medico in relazione all'esercizio di attività di tipo sanitario (all'infuori del personale di una struttura sanitaria e in assenza di uno specifico contratto di prestazione d'opera professionale), secondo l'impostazione giurisprudenziale ampiamente consolidatasi nella vigenza della disciplina normativa applicabile ratione temporis, la stessa, ancorché non fondata su di un contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che dal contratto - o dal "contatto sociale", appunto - sorge un rapporto che ha ad oggetto obblighi di comportamento diretti a garantire che siano tutelati gli interessi del paziente che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (cfr., per tutte, Cass. n. 9085/06).

Di modo che l'obbligazione ricadente sul professionista sanitario non si modella diversamente a seconda che nasca dal contratto o dal contatto sociale, essendo al medico richiesto pur sempre quel "facere" con perizia, che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento.

5.2. E val la pena precisare che deve considerarsi ininfluente, in questa sede, la promulgazione della L. n. 24 del 2017 - che, all'art. 7, comma 3, prevede che il professionista che operi all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata risponda del proprio operato ex art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente - non

potendo tale legge applicarsi a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore, in ragione della regola generale di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. (cfr., in argomento, Trib. Avellino 12/10/17, n. 1806).

Tale conclusione, già sostenuta dalla prevalente giurisprudenza di merito, risulta avvalorata dal recente arresto di Cass. n. 28994/2019, secondo cui le norme sostanziali contenute nella L. n. 24 del 2017, tra cui l'art. 7 co. 3, non hanno portata retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore. Per quanto attiene, invece, alle disposizioni della L. n. 189 del 2012, di conversione del D.L. n. 158 del 2012 (cd. decreto Balduzzi), si è già da tempo precisato in giurisprudenza che l'art. 3, co. 1, di tale legge - nel prevedere che "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", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile" - non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve (Cass. n. 27391/14; Cass. n. 8940/14).

5.3. Sicché, ricondotta anche la responsabilità del singolo sanitario, per fatti antecedenti all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, nell'ambito della disciplina di tipo contrattuale (ex art. 1173 c.c.), deve altresì soggiungersi che, trattandosi di obbligazione professionale, la misura dello sforzo diligente necessario per il relativo corretto adempimento è quella rafforzata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.

Tale diligenza si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico - con impiego delle energie, dei mezzi e delle tecniche obiettivamente necessari od utili in relazione alla natura dell'attività esercitata - finalizzato all'adempimento della prestazione dovuta, al soddisfacimento dell'interesse creditorio e ad evitare possibili eventi dannosi (v., in termini similari, Cass. n. 12995/06). La misura dello sforzo dovuto dal debitore, inoltre, deve essere calibrata (oltre che in relazione al tipo di attività imposta per il soddisfacimento dell'interesse creditorio) sul grado di specializzazione del professionista, nonché sul grado di efficienza della struttura in cui il primo opera. Sicché, dal medico altamente specializzato ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione o inserito in una struttura meno avanzata (cfr. Cass. n. 17143/12).

Il normale esito della prestazione dipenderà, allora, da una pluralità di fattori, quali il tipo di intervento, le condizioni generali del paziente, l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche (stato dell'arte), l'organizzazione dei mezzi adeguati al raggiungimento degli obiettivi in condizioni di normalità, e risponderà dunque ad un giudizio relazionale di valore, in ragione delle circostanze del caso concreto.

5.4. La riconduzione dell'obbligazione professionale del sanitario nell'ambito di un modello di "tipo contrattuale", e della eventuale responsabilità che ne consegua nell'ambito di quella da inadempimento ex artt. 1218 ss. c.c., ha, poi, i suoi corollari anche sotto il profilo probatorio. Ove, infatti, sia dedotta una responsabilità del sanitario per l'inesatto adempimento della prestazione, secondo la giurisprudenza di legittimità da ultimo consolidatasi, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del "contatto") e dell'evento dannoso, nonché, anche tramite presunzioni, del nesso di causalità, secondo il criterio del "più probabile che non", con l'azione o omissione dei sanitari, per essere anche l'eziologia parte del fatto costitutivo dedotto che l'attore deve provare (in tali termini, Cass. n. 18392/2017), restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile, e dunque inevitabile con l'ordinaria diligenza (cfr. Cass. n. 10050/2022; Cass. n. 26907/2020; Cass. n. 18102/2020; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 28989/2019; Cass. n. 3704/2018; Cass. n. 29315/2017; Cass. n. 18392/2017; Cass. n. 11789/2016).

Precisamente, dal punto di vista del danneggiato, la prova del nesso causale - quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo (che, peraltro, si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose, finalizzata a delimitare, a valle, i confini della già accertata responsabilità risarcitoria) - si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che sarà rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento, o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato (cfr., in tali termini, Cass. 20904/13).

Viceversa, provato il nesso di causalità tra condotta del danneggiante e danno, da parte del danneggiato, spetterà al primo (il danneggiante) dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che abbia reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (così, in motivazione, Cass. n. 18392/17).

5.5. In sintesi, in tema di responsabilità di tipo contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo, invece, a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (cfr. Cass. n. 24073/2017, n. 975/2009, n. 577/2008 e n. 11488/2004).

6. Posta, in diritto, la premessa che precede, non è revocabile in dubbio l'attrazione della responsabilità del convenuto nell'alveo di tipo contrattuale, sia che si consideri intercorso un vero e proprio rapporto di prestazione d'opera ex artt. 2229 e ss. c.c. (il quale, come noto, non richiede la forma scritta, si veda in motivazione Corte di Cassazione, sezione VI, sentenza 29 aprile 2016, n. 8484) sia che si qualifichi il rapporto tra le parti in termini di contatto sociale qualificato.

Ciò implica l'applicazione della prescrizione decennale della pretesa risarcitoria, evidentemente non decorsa tra l'inizio dei trattamenti praticati (2007) e l'instaurazione del procedimento ex art. 696 bis c.p.c. (2017).

Peraltro, laddove si ponga mente al fatto che - come anche riscontrato dal CTU in sede di consulenza tecnica preventiva - i lamentati danni hanno trovato scaturigine

nell'insieme degli interventi praticati tra il 2007 e il 2016, appare ancora più lampante l'insussistenza della prescrizione eccepita dal convenuto.

7. Superate le questioni preliminari, e venendo propriamente al merito della controversia, si ritiene validamente raggiunta (attraverso le prove testimoniali espletate) la prova circa l'effettiva sussistenza del rapporto di cura tra l'attore e il convenuto: le dichiarazioni dei testi escussi all'udienza del 12/04/2023, infatti, convergono nel confermare che, tra il 2007 e il giugno 2016, l'attore ha intrapreso un ciclo di cure odontoiatriche presso il dott. G. (precisamente V.M., escussa nella data suindicata, ha dichiarato di aver accompagnato più volte l'attore presso lo studio medico, e altrettanto ha dichiarato M.R.), confermando, inoltre, l'avvenuta (e plurima) installazione di protesi e l'insorgenza delle lamentate dolenzie. Analoghe dichiarazioni si ricavano dall'udienza istruttoria del 14/06/2023, nella qual sede la teste L.M. ha anche dichiarato di aver personalmente conferito con il dott. G. circa le problematiche di V.A. e gli interventi da effettuarsi.

Né vale ad inficiare l'utilizzabilità delle testimonianze raccolte, a fronte dell'univocità, della coerenza e della convergenza delle dichiarazioni, il mero fatto che i testi attorei fossero legati da un rapporto di parentela con l'istante, essendo oramai pacifico che "In materia di prova testimoniale, non sussiste alcun principio di necessaria inattendibilità del testimone che abbia vincoli di parentela o coniugali con una delle parti ..., l'attendibilità del teste legato da uno dei predetti vincoli non può essere esclusa aprioristicamente in difetto di ulteriori elementi dai quali il giudice del merito desuma la perdita di credibilità" (così, in motivazione, Cass. n. 2295 del 02/02/2021; nello stesso senso Cass. nr. 25358 del 2015 con i richiami ivi effettuati a Cass. nr. 1109 del 2006; conformi Cass. nr. 12365 del 2006 e Cass. nr. 4202 del 2011; cfr. anche Cass. nr. 25549 del 2007).

8. Acclarata la sussistenza del rapporto di tipo contrattuale (con tutte le conseguenze in termini di onere probatorio di cui si è detto supra), deve prendersi atto che la consulenza tecnica espletata in seno al procedimento ex art. 696 bis c.p.c. (R.G. n. 3234/2017), le cui risultanze risultano opponibili alle parti che siano state validamente evocate nel procedimento di istruzione preventiva (Cass. Ordinanza n. 24981 del 09/11/2020), e dunque al convenuto, ha effettivamente avallato le ragioni attoree, confermando la sussistenza di profili di responsabilità a carico del sanitario. 8.1. In particolare, il consulente ha evidenziato che "il Sig. V.A. dal 2007 al 2017 veniva sottoposto dal dr. P.G. a terapia odontoiatrica estrattiva e ricostruttiva con protesi fisse metallo-ceramica non tenendo conto dell'età dell'attore, all'epoca di 17 anni e non programmando alcun intervento ortodontico correttivo" in contrasto con "Le linee guida delle principali società odontoiatriche", le quali "indicano di trattare prima la malocclusione e poi di effettuare la terapia protesica fissa, se necessaria, aspettando la fine della crescita ossea che per i soggetti maschi è valutata intorno ai 20-21 anni" (pag. 11 CTU allegata al fascicolo di parte attrice).

Inoltre, il consulente ha evidenziato che il dott. G., ricorrendo a "terapia odontoiatrica di tipo tradizionale con perdita dell'elemento 47 e 46, a terapia canalare 11, 14, 15, 23, 25. 47 ed alla preparazione protesica di elementi in metallo-ceramica degli elementi 11, 14, 15, 23, 25, 27 45, 47, che erano sani", (…) "In realtà danneggiava i denti contigui con l'utilizzo di protesi di appoggio invece di utilizzare la tecnica implantologica", laddove, invece, "avrebbe dovuto prima, quando il Omissis aveva 17 anni, ricorrere a provvisori mobili o fissi fino al raggiungimento della giusta età scheletrica (20 anni) e poi effettuare terapia implantologica per sostituire alcuni elementi mancanti in arcata o non recuperabili. Mentre per risolvere la malocclusione sarebbe stato necessario un intervento maxillo-facciale sul mascellare superiore di espansione della sutura mediana, da eseguirsi a fine crescita, in concomitanza al montaggio di un espansore rapido del palato e apparecchiatura fissa" (pag. 11 CTU).

In seguito, il perito ha affermato la ricorrenza di tutti i criteri necessari per il riconoscimento del nesso di causalità materiale tra l'operato del dr. P.G. e la menomazione del V., affermandone la piena riconducibilità al trattamento odontoiatrico scorretto effettuato dal dr. P.G. dal 2007 al 2017.

8.2. Concludendo, il consulente d'ufficio ha chiarito che "le lesioni riportate da V.A., con particolare riferimento al loro stato attuale, siano costituite da 15 terapia canalare non congrua con perno autofilettante, 14-13-11 terapia canalare parziale, ponte di tre elementi 21 carie, .3-24-25-26-27 ponte in metallo. ceramica e terapia canalare parziale di 23 e 25 con ampie lesioni radiotrasparenti apicali, 32 carie, 35-37 residuo radicolare, 45-46-47 ponte metallo-ceramica, terapia endocanalare parziale del 47, 45 non trattato endodonticamente", e che tali lesioni hanno comportato "un periodo di inabilità temporanea di 30 giorni da considerare al 50%, indispensabili per poter effettuare le adeguate terapie odontoiatriche" e postumi permanenti che, pur con adeguate terapie odontoiatriche, residuano nella misura del 5%.

Infine, il CTU ha verificato che "L'ammontare delle spese mediche da sostenere per le cure odontoiatriche sia pari ad Euro 28.000,00; vadano riconosciute anche le spese future necessarie negli anni per il controllo e rifacimento di parte degli impianti pari ad ulteriori Euro 28.000,00 in considerazione della giovane età del V.".

9. Acclarata la ricorrenza dell'an debeatur, occorre procedere alla liquidazione monetaria del pregiudizio patito, e a tal fine pare opportuno operare una breve premessa sistematica.

Invero, la più recente e prevalente giurisprudenza di legittimità (cfr., in particolare, Cass. n. 7513/18) ha enucleato, in ambito risarcitorio, diversi principi di diritto, che possono essere, per quanto interessa in questa sede, così sintetizzati:

I) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale. Il secondo è disciplinato dall'art. 2059 c.c., che, in un'ottica costituzionalmente orientata (cfr. Cass. S.U. n. 26972/08), va interpretato come norma di rinvio sia alle leggi che espressamente prevedono i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale (a titolo esemplificativo, art. 185 c.p. nell'ipotesi di reato, art. 2 L. n. 89 del 2001 in tema di ragionevole durata del processo, etc.), sia ai principi costituzionali che tutelano i diritti inviolabili della persona (cd. ingiustizia costituzionalmente qualificata), e, pertanto, nell'ambito di tale norma, sono riconducibili sia il danno biologico inteso come lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), secondo la specifica definizione normativa contenuta negli artt. 138 e 139 D.Lgs. n. 209 del 2005, sia il danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto (artt. 2, 29 e 30 Cost.), sia, inoltre, il danno conseguente alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, quali diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità (artt. 2 e 3 Cost.);

II) il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomenologicamente) unitaria, nel senso che qualsiasi

pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223, 1226, 2056, 2059 c.c.). Tuttavia, la selezione degli interessi risarcibili, da effettuare a livello normativo (negli specifici casi determinati dalla legge) o in via di interpretazione da parte del giudice (chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria), non basta per ottenere il risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, essendo indispensabile valutare anche la gravità dell'offesa, nel senso che il diritto tutelato deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone pur sempre un grado minimo di tolleranza, da accertare secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (Cass. n. 20615/16, n. 16133/14);

III) nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato, prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito, e, dall'altro, evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici;

IV) in sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarvisi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio. Invero, il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce sempre danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato (giurisprudenza ormai consolidata sul punto, cfr. Cass. S.U. nn. 576, 581, 582 e 584 del 2008; Cass. nn. 8827 e 8828 del 2003). In particolare, per quanto concerne i mezzi di prova, per il danno biologico la vigente normativa (artt. 138 e 139 D.Lgs. n. 209 del 2005) richiede l'accertamento medico-legale, che tuttavia il giudice può anche non disporre qualora ritenga di poter porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo. Per gli altri pregiudizi non patrimoniali diversi dal danno biologico potrà farsi ricorso alla prova documentale, testimoniale e, soprattutto, presuntiva, la quale potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (Cass. n. 9834/02); V) in presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente, quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale, ovvero il danno dinamico-relazionale. Sono altresì inclusi nel danno biologico, se derivanti da lesione dell'integrità psicofisica, sia il pregiudizio da perdita o compromissione della sessualità (Cass. n. 2311/07), sia il pregiudizio consistente nell'alterazione fisica di tipo estetico (Cass. n. 21716/13), sia il danno da lesione della "cenestesi lavorativa", consistente nella maggiore usura, fatica e difficoltà incontrate nello svolgimento dell'attività lavorativa, non incidenti, neanche sotto il profilo delle opportunità, sul reddito della persona offesa (Cass. n. 17411/19);

VI) in presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento (Cass. n. 28988/19);

VII) in presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione);

VIII) ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dalla L. n. 124 del 2017, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale");

IX) il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente alla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nel caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con se stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso. Nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria;

X) in via di principio, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del "danno biologico" e del c.d. "danno esistenziale", appartenendo tali categorie (o voci) di danno alla stessa area protetta dall'art. 32 Cost., mentre, come già detto, non costituisce duplicazione risarcitoria la differente ed autonoma valutazione compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal danneggiato in conseguenza della lesione del diritto alla salute (Cass. n. 23469/18).

10. Orbene, in applicazione dei suesposti principi ermeneutici, può senz'altro liquidarsi, in favore dell'attrice, il risarcimento funzionale al ristoro del danno biologico, nella sua componente temporanea e in quella permanente (in quest'ultima voce, peraltro, sono da ritenersi ricompresi anche i pregiudizi di tipo dinamico-relazionale).

10.1. A tale scopo, in base ai principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità nella ricostruzione della natura e del contenuto del danno non patrimoniale, nonché sulla scorta di quanto stabilito dalla CTU, per la liquidazione del danno

biologico ritiene questo giudice di poter adottare come riferimento la Tabella delle micropermanenti di cui all'ultimo D.M. 16 luglio 2024. In proposito, è opportuno rammentare che, in tema di risarcimento del danno da cd. micropermanente, l'art. 139, co. 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 209 del 2005 deve essere ancora interpretato, pur dopo la modifiche introdotte dalla L. n. 124 del 2017 e la pronuncia della sentenza n. 98 del 2019 della Corte costituzionale, nel senso che la prova della lesione e del postumo non deve essere data esclusivamente con un referto strumentale poiché, in ogni caso, è l'accertamento medico legale corretto, riconosciuto dalla scienza medica, a stabilire se tale lesione sussista e quale percentuale del detto postumo sia ad essa ricollegabile, dovendosi tenere conto, però, che possono esservi situazioni nelle quali solo il menzionato accertamento strumentale è idoneo a fornire la dimostrazione richiesta dalla legge (Cass. n. 7753/2020).

10.2. Ebbene, sulla scorta di quanto rilevato dal CTU, che ha quantificato il danno biologico permanente (ovvero residuante all'esito degli interventi riparatori) nella percentuale del 5% e ha indicato in giorni 30 l'I.T.P. al 50%, considerata l'età dell'attore al momento degli interventi (17 anni), in applicazione delle menzionate tabelle spetta all'attore la somma di Euro 6.856,08 a titolo di risarcimento del danno biologico permanente e l'importo di Euro 828,60 a titolo di danno biologico temporaneo.

A tali importi può applicarsi l'aumento tabellarmente previsto per il danno morale (da sofferenza soggettiva), il quale, sebbene bisognevole di accertamento e valutazione autonoma rispetto al danno biologico (cfr. Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 9006 del 21/03/2022) ben può liquidarsi secondo gli importi previsti dalla Tabella con aumento percentualmente riconnesso al pregiudizio biologico (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 7892 del 22/03/2024); tanto in quanto, nel caso di specie, la sofferenza soggettiva può dirsi presuntivamente comprovata dalla peculiare localizzazione del pregiudizio fisico (arcata dentale e mascellare) tale da comportare numerosi e impattanti pregiudizi nel modo di essere della persona e della sua percezione di sé, anche in considerazione del lungo lasso di tempo nel quale si è concretizzata la problematica di salute (che abbraccia un lasso di tempo decennale, dal 2007 al 2017) e della giovane età del danneggiato all'insorgere delle problematiche.

10.3. In definitiva, considerato l'aumento tabellare del 33,33% a titolo di danno morale (per l'importo di Euro 2.561,30), all'attore spetta, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, l'importo complessivo di Euro 10.245,98 (Euro 6.856,08 + Euro 828,60 + Euro 2.561,30).

10.4. Quanto al danno per ritardato pagamento, trattandosi di debito di valore ed essendo stata effettuata la liquidazione di cui sopra all'attualità, sulla somma anzidetta (Euro 10.245,98), devalutata alla data dell'illecito, ovvero al 31/12/2010 - essendo emerso, dalla lettura della CTP allegata al fascicolo di parte attrice e soprattutto della CTU, nella quale si è dato conto che il paziente, oltre che nel 2007, ha subito ulteriori interventi estrattivi nell'anno 2010, ed è all'esito di questi ultimi (posto che in seguito risultano praticate terapie soltanto medicinali) che può ritenersi definitivamente assestato il danno biologico - e rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai, sono dovuti, in adesione all'orientamento della S.C. (S.U. n. 1712/1995), gli interessi legali al tasso p.t. vigente, a partire dal 31/12/2010 fino alla pubblicazione della presente sentenza; da tale ultima data sono dovuti i soli interessi legali sulla somma complessivamente liquidata all'attualità fino al soddisfo.

11. Infine, per quel che concerne il danno patrimoniale, che è riferito agli effetti economici che conseguono alla lesione subita dal danneggiato, che comprende il danno emergente, ossia le spese sostenute o da sostenersi a seguito della lesione, ed il lucro cessante, ossia la perdita o riduzione della capacità lavorativa specifica (essendo la menomazione della capacità lavorativa generica già ricompresa nel danno biologico, cfr. Cass. 2311/07, n. 15187/04), dev'essere accordato il risarcimento del danno (in termini di danno emergente, v. Cassazione civile, sez. III, 22/09/2023, n. 27099) per la voci dei costi necessari per la rimozione delle conseguenze dell'illecito, quantificati dal CTU nell'importo complessivo di Euro 28.000,00 (a sostanziale avallo degli importi riportati nel quadro riepilogativo delle terapie depositato dall'attore nella seconda memoria ex art. 183 c.p.c., a sua volta sostanzialmente conforme - in disparte un esiguo scarto economico - con quanto riscontrato anche dal CTP di parte attrice).

Al pagamento di tale somma va condannato il convenuto S.A., in uno con gli interessi legali sull'importo indicato (Euro 28.000,00) dalla pubblicazione della sentenza sino al soddisfo.

11.1. Può, da ultimo, riconoscersi anche l'ulteriore importo di Euro 28.000,00 richiesto a titolo di danno futuro.

Al riguardo, è da rammentarsi che, al fine di procedere alla liquidazione di un danno patrimoniale futuro, ovvero non ancora verificatosi al momento della decisione, ma che si determinerà ragionevolmente in seguito, occorre fare ricorso a criteri probabilistici e astratti (Cassazione civile sez. III, 13/11/2024, n.29307), ovvero alla prova presuntiva e alla liquidazione in via equitativa (Cassazione civile, sez. III, 22/10/2024 n. 27353); il risarcimento è riconoscibile purché risulti provata o comunque incontestata l'esistenza di un danno risarcibile (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6109 del 01/06/1993) che appaia, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto, come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocabilmente sintomatici della relativa probabilità (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 14446 del 24/05/2023).

Occorre, pertanto, che dagli atti risultino elementi oggettivi di carattere lesivo, la cui proiezione futura nella sfera patrimoniale del soggetto sia certa e che si traducano in un pregiudizio economicamente valutabile ed apprezzabile, che non sia meramente potenziale o possibile, ma che appaia invece - anche semplicemente in considerazione "dell'id quod plerumque accidit" - connesso all'illecito in termini di certezza o, almeno, con un grado di elevata probabilità (cfr. Sez. 1, Sentenza n. 17677 del 29/07/2009).

11.2. Orbene, nel caso di specie, premesso il pieno accertamento dell'illecito e delle sue conseguenze, la documentazione offerta dall'attore con la seconda memoria ex art. 183 c.p.c. (il diario di fine cura, in cui, oltre al resoconto degli interventi eseguiti, si rappresenta la necessità futura di un rifacimento degli impianti) conforta il rilievo, operato dal CTU, circa la necessità di controlli, revisioni e rifacimenti delle terapie eseguite dall'attore, che dunque può equitativamente liquidarsi nell'importo espresso dal CTU, ovvero Euro 28.000,00.

A ciò si aggiunga, per tuziorismo, che l'importo quantificato dall'attore a titolo di danno futuro non è stato oggetto di una puntuale contestazione da parte del convenuto, limitatosi sul punto a difese meramente generiche, il ché avvalora ulteriormente la fondatezza della relativa pretesa.

11.3. Su tale somma, inoltre, trattandosi di un debito di valore, andranno riconosciuti rivalutazione e interessi, conformemente a quanto enucleato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "anche chi causa un danno futuro è in mora dal giorno del fatto illecito, ai sensi dell'art. 1219 cod. civ., per il pagamento del relativo risarcimento; tale mora andrà calcolata sul credito risarcitorio scontato e reso attuale, ma andrà pur sempre calcolata con decorrenza dalla data dell'illecito" (così, in motivazione, Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 9985 del 10/04/2019, che richiama la motivazione espressa da Cass. Sez. 3, sent. 21 luglio 2017, n. 18049).
Si tratta, infatti, pur sempre di un credito di "valore" da illecito aquiliano, soggetto - come tale - a "cumulo" di rivalutazione ed interessi, attesa la loro diversa funzione economica, prima ancora che giuridica, essendo "reintegratoria", quella della prima, e "risaricitoria" (del danno da ritardo nella percezione di quanto dovuto a titolo di risarcimento) quella assicurata dai secondi (in tal senso già Cass. Sez. Un., sent. 17 febbraio 1995, n. 1712).
Di conseguenza, sull'importo indicato (Euro 28.000,00), devalutato alla data dell'illecito, e precisamente alla data del 31/12/2010 - in ragione di quanto supra evidenziato - e rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai, sono dovuti, in adesione all'orientamento della S.C. (S.U. n. 1712/1995), gli interessi legali al tasso p.t. vigente, a partire dal 09/06/2017 fino alla pubblicazione della presente sentenza; da tale ultima data sono dovuti i soli interessi legali sulla somma complessivamente liquidata all'attualità fino al soddisfo.
12. A questo punto, acclarata la responsabilità del convenuto e il consequenziale obbligo risarcitorio, occorre esaminare la domanda di manleva dispiegata nei confronti della compagnia assicurativa I.A. S.p.A., fondata polizza n. (...) del 9.10.2019, a copertura dei rischi professionali connessi alla responsabilità civile.
Orbene, il Tribunale ritiene di dover rigettare la domanda di manleva in ragione del profilo, assorbente di ogni ulteriore eccezione in applicazione del principio della ragione più liquida, dell'assenza di copertura in relazione al periodo in cui si è verificato il danno, in ragione del disposto rinvenibile nell'art. 17 delle Condizioni di Assicurazione modello 55173 di cui alla suindicata Polizza, rubricato (INIZO E TERMINE DELLA GARANZIA), il quale prevede l'operatività della garanzia per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato e da lui denunziate alla I.A. S.p.A. durante il periodo di validità del contratto purché relative a comportamenti colposi posti in essere nonantecedentemente a due anni della data di stipula del contratto stesso.
12.1. Tale clausola rientra nel novero delle cd. clausole "claims made", o a richiesta fatta, le quali, come da ultimo chiarito dai giudici della nomofilachia, non sono soggette al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., comma 2, che riguarda soltanto i contratti atipici; al contrario, esse sono soggette ad una verifica ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 1 (Cass. S. U. 22437/2018; Cass. Ord. 8894/2020; Cass. Ord 11905/2020), ovvero di rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione di detta clausola, ai limiti imposti dalla legge, onde accertare se, in concreto, sussista uno squilibrio nell'assetto sinallagmatico del rapporto. (da ultimo Cassazione civile, sez. III, 14/11/2024 n. 29437).
Ciò posto, non si rinvengono, nella specie, profili di criticità della clausola, che non pare alterare in modo significativo l'equilibrio sinallagmatico del rapporto, apparendo piuttosto coerente con la struttura propria del contratto di assicurazione contro i danni, in cui l'operatività della copertura - pur se fatta dipendere da una scelta di un terzo - è valida allorché dipenda da fatto non dell'assicurato (Cassazione civile sez. III 15/11/2024 n. 29483, la quale ha chiarito che non può essere affetta da nullità, ex art. 2965 c.c. , la clausola claims made perché fa dipendere la decadenza dalla scelta di un terzo, giacché l'atteggiarsi della richiesta del terzo, quale evento futuro, imprevisto ed imprevedibile, è del tutto coerente con la struttura propria del contratto di assicurazione contro i danni (nel cui ambito è da ricondursi la polizza con clausola claims made) in cui l'operatività della copertura deve dipendere da fatto non dell'assicurato).
12.2. Non frapponendosi ostacoli all'applicabilità di tale clausola (la cui validità, del resto, non è stata nemmeno contestata dal convenuto chiamante), ne deriva l'esclusione dell'operatività della polizza, in ragione del fatto che i "comportamenti colposi" evocati dall'art. 17 delle condizioni contrattuali (i quali, per rientrare nella copertura assicurativa, dovevano essere posti in essere non antecedentemente a due anni dalla data di stipula del contratto stesso, ovvero non prima della data del 9.10.2011, posto che il contratto è entrato in vigore il 9.10.2013) risultano effettuati negli anni 2007 e 2010 (essendo quest'ultimo l'anno in cui, alla luce della documentazione di causa e dell'allegazione attorea, risultano praticati gli ultimi interventi estrattivi comportanti il danno biologico).
Di conseguenza, la richiesta di manleva va rigettata, in quanto infondata.
13. Quanto alle spese di lite, le stesse vanno poste a carico della parte convenuta soccombente, sia in favore della parte attrice che della terza chiamata (attesa l'infondatezza della domanda di manleva) e vanno liquidate in dispositivo facendo applicazione dei valori minimi (in forza dell'attività processuale concretamente svolta e dell'assenza di profili di particolare complessità della controversia) di cui al D.M. n. 55 del 2014 parametrati al decisum (scaglione da Euro 52.001 a Euro 260.000).

P.Q.M.

Il Tribunale di Potenza, Sezione Civile, in persona del Giudice dott. Generoso Valitutti, definitivamente pronunciando sulle domande proposte nell'ambito del giudizio n. 3696/2019 R.G., ogni contraria istanza ed eccezione rigettata e/o disattesa, così provvede:
1. accoglie per quanto di ragione la domanda, e per l'effetto condanna il convenuto G.P. al pagamento, in favore dell'attore V.A., delle somme di Euro 10.245,98 a titolo di danno non patrimoniale, Euro 28.000,00 a titolo di danno patrimoniale emergente ed Euro 28.000,00 a titolo di danno patrimoniale futuro, oltre rivalutazione e interessi su tali somme come indicati in motivazione;
2. rigetta la domanda di manleva azionata dal convenuto G.P. nei confronti della terza chiamata I.A. S.p.A.;
3. condanna il convenuto G.P. al pagamento, in favore dell'attore V.A., delle spese di lite, che si liquidano in Euro 7.052,00 per competenze legali ed Euro 518,00 per spese vive, oltre iva, cpa e rimborso per spese generali nella misura e sulle voci come per legge;
4. condanna il convenuto G.P. al pagamento, in favore della terza chiamata I.A. S.p.A., delle spese di lite, che si liquidano in Euro 7.052,00 per competenze legali, oltre iva, cpa e rimborso per spese generali nella misura e sulle voci come per legge.
Così deciso in Potenza, il 6 dicembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 10 dicembre 2024.

Violazione del consenso informato e risarcimento del danno

TRIBUNALE di Messina, sezione II, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2792; Giud. Petrolo

In tema di omessa acquisizione del consenso medico informato, qualora risulti accertato, con riferimento alla sottoposizione di uno tra due coniugi ad intervento chirurgico, un peggioramento della salute inerente la sfera sessuale, rientrante nel rischio dell'intervento, sebbene non imputabile a cattiva esecuzione dello stesso, l'altro coniuge che risenta in via immediata o riflessa del danno, in quanto incidente sulla sfera relazionale e sulla vita di coppia, ha diritto al risarcimento del danno che sia conseguenza della condotta di violazione della regola del consenso informato in danno del paziente.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione
… Omissis…

Preliminarmente, è necessario precisare che l'azione di risarcimento dei danni formulata dagli attori rientra nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.
Invero, la Suprema Corte di Cassazione ha definito il rapporto contrattuale corrente tra il paziente e la struttura rispetto ai terzi (i congiunti), con particolare riferimento all'azione risarcitoria a questi ultimi spettante e, collocata l'azione risarcitoria da perdita del rapporto parentale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, si è soffermata sugli oneri probatori gravanti sulle parti.
Quanto al primo profilo, la Suprema Corte ha ricordato che il rapporto contrattuale fra paziente e struttura ospedaliera o medico non produce, di regola (fatta eccezione per le prestazioni sanitarie riguardanti la procreazione), effetti protettivi in favore dei terzi, dovendosi applicare il principio generale di cui all'art. 1372, 2 co., c.c..
In questa prospettiva, l'inadempimento dell'obbligazione sanitaria può essere fatto valere come responsabilità contrattuale unicamente dal creditore paziente che ha stipulato il contratto atipico di spedalità o assistenza sanitaria (in base appunto alla regola per cui il contratto ha efficacia solo fra le parti); mentre i terzi congiunti, per i danni da essi subiti iure proprio quale conseguenza dell'inadempimento della struttura sanitaria, potranno far valere unicamente l'azione di responsabilità extracontrattuale; con le connesse ricadute in tema di onere della prova.
In applicazione dei principi sottesi alla responsabilità aquiliana, la Cassazione ha, quindi, stabilito che incombe sugli attori l'onere di fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità della struttura, vale a dire: il fatto colposo, il danno (ossia il pregiudizio che da questo fatto è conseguito alla defunta) ed il nesso causale tra il fatto colposo e il danno; mentre sulla struttura sanitaria la prova di aver esattamente adempiuto la prestazione richiesta ovvero la prova della causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatto adempimento.
Nello specifico, si riporta quanto statuito dal Supremo Giudice laddove prescrive che "La responsabilità della struttura sanitaria per i danni da perdita del rapporto parentale, invocati iure proprio dai congiunti di un paziente deceduto, è qualificabile come extracontrattuale, dal momento che, da un lato, il rapporto contrattuale intercorre unicamente col paziente, e dall'altro i parenti di quest'ultimo non rientrano nella categoria dei "terzi protetti dal contratto", potendo postularsi l'efficacia protettiva verso i terzi del contratto concluso tra il nosocomio ed il paziente esclusivamente ove l'interesse, del quale tali terzi siano portatori, risulti anch'esso strettamente connesso a quello già regolato sul piano della programmazione negoziale" (Cass. Civ. Sent. del 05/02/2024, n. 3267).
Come accennato in narrativa, gli attori hanno agito iure proprio, chiedendo il risarcimento del danno subito per la perdita del rapporto parentale.
È noto che il danno da perdita del rapporto parentale spetta iure proprio ai congiunti per la lesione della relazione parentale che li legava al defunto. E. è risarcibile se sia provata l'effettività e la consistenza di tale relazione, ma non anche e necessariamente il rapporto di convivenza, non assurgendo quest'ultimo a connotato minimo di relativa esistenza (Cass. civ. 30 agosto 2019, n. 21837): infatti, il rapporto parentale riconducibile all'articolo 29 Cost. non attiene alla c.d. famiglia nucleare, ben potendo il danneggiato non convivente "provare in concreto l'esistenza di rapporti costanti di reciproco affetto e solidarietà con il familiare defunto" (Cass. civ. 20 ottobre 2016 n. 21230; Cass. civ. 7 dicembre 2017 n. 29332). La Suprema Corte ha poi condivisibilmente affermato che il giudice è tenuto a verificare, in base alle evidenze probatorie acquisite, se sussistano uno o entrambi i profili di cui si compone l'unitario danno non patrimoniale subito dal prossimo congiunto e, cioè, l'interiore sofferenza morale soggettiva e quella riflessa sul piano dinamico-relazionale, nonché ad apprezzare la gravità ed effettiva entità del danno in considerazione dei concreti rapporti col congiunto, anche ricorrendo ad elementi presuntivi quali la maggiore o minore prossimità del legame parentale, la qualità dei legami affettivi (anche se al di fuori di una configurazione formale), la sopravvivenza di altri congiunti, la convivenza o meno col danneggiato, l'età delle parti ed ogni altra circostanza del caso (Cass. civ. n. 28989/2019, Cass. n. 14655/2017). Tale danno va liquidato in via equitativa (ed anche per presunzioni, fra le quali assume rilievo il rapporto di stretta parentela esistente fra la vittima ed i suoi familiari che fa ritenere, secondo un criterio di normalità sociale, che essi soffrano per le gravissime lesioni riportate dal loro prossimo congiunto: Cass. 8 aprile 2020, n. 7748). Tuttavia, diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all' integrità psico-fisica, è stato affermato recentemente (Cass. 14 novembre 2019, n. 29495) che le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscano concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale, però, qualora il giudice scelga di applicare quei parametri tabellari, che, com'è noto, offrono, a forbice tra un minimo e un massimo, una quantificazione del danno subito dai congiunti per lesione o perdita del rapporto parentale, tenendo conto altresì del tipo di legame familiare su cui il rapporto si fonda, l'eventuale personalizzazione del

risarcimento non può discostarsi dalla misura minima ivi prevista, a meno che non vi siano circostanze eccezionali di cui dare adeguatamente conto.

Sul punto, la Suprema Corte ha recentemente chiarito, seguendo il proprio orientamento ormai consolidato, che "**la prova del danno non patrimoniale da sofferenza interiore per la perdita del familiare può essere fornita mediantepresunzione fondata sull'esistenza dello stretto legame di parentela riconducibile all'interno della famiglia nucleare, superabile dalla prova contraria, gravante sul danneggiante, imperniata non sulla mera mancanza di convivenza (che, in tali casi, può rilevare al solo fine di ridurre il risarcimento rispetto a quello spettante secondo gli ordinari criteri di liquidazione), bensì sull'assenza di legame affettivo tra i superstiti e la vittima nonostante il rapporto di parentela**" (Cass. Civ, sent. n. 10335/2023).

In caso di perdita del rapporto parentale, fermo restando l'onere di allegazione basato anche su presunzioni, ciascuno dei famigliari superstiti ha diritto a una liquidazione comprensiva dell'intero danno non patrimoniale patito, da determinarsi seguendo una tabella basata sul "sistema a punti", che preveda l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto per l'indicazione dei relativi punteggi, quali il rapporto di parentela, anche a prescindere dal rapporto di convivenza, la durata e l'intensità del vissuto, l'età della vittima e del superstite, le caratteristiche del nucleo familiare superstite, provate anche in via presuntiva e secondo nozioni di comune esperienza, spettando all'altra parte la prova contraria di situazioni che compromettano l'unità, la continuità e l'intensità del rapporto familiare (per es. l'assenza di un saldo vincolo affettivo, l'esistenza di dissapori intrafamiliari, l'anaffettività del superstite nei confronti del defunto).

Nel caso di specie, si rammenta, inoltre, quanto espresso in sede di legittimità, laddove si prevede che **il rispetto o meno da parte del sanitario delle linee guida - pur costituendo un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa poiché di norma una condotta conforme alle linee guida non è connotata da imperizia, mentre lo è una condotta da esse difforme - non esime il giudice dal valutare, nella propria discrezionalità, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta, ben potendo le particolarità del caso di specie (come ad esempio, nell'ipotesi in cui le linee guida prescrivano la somministrazione di un farmaco verso il quale il paziente abbia una conclamata intolleranza) condurre a ritenere colposa una condotta conforme alle linee guida o non colposa una condotta da esse difforme (v. ex multis Cass. 30998/2018), ed è onere della struttura sanitaria e/o del medico fornire un'adeguata spiegazione e prova della sussistenza di condizioni che nel caso concreto suggerissero o imponessero di discostarsi dalle linee guida** (v. Cass.24037/2017, Cass. 15749/2018 e Cass. 11208/2017).

Da ultimo, si precisa che **gli eredi del paziente deceduto a causa della condotta inadempiente dei sanitari nell'esecuzione della propria prestazione professionale sanitaria non possono far valere il diritto al risarcimento del "danno da perdita della vita" o "danno tanatologico" del paziente deceduto, trattandosi, conformemente all'orientamento espresso anche a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione, di un danno non autonomamente risarcibile. L'irrisarcibilità deriverebbe dall'assenza, nel momento in cui si verifica la perdita del bene "vita", del soggetto al quale tale perdita sia collegabile e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio da poter far valere. Il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute del paziente, nel caso in cui la morte sia sopravvenuta dopo un intervallo di tempo apprezzabile dalla lesione, tale da consentire il consolidamento dei postumi prima del decesso, con particolare apprezzamento della componente di sofferenza psichica (c.d. "danno morale catastrofale" o "danno morale da lucida agonia"), presente quando la vittima, cosciente nell'intervallo tra le lesioni e la morte, abbia percepito l'imminenza della propria fine, può essere fatto valere, iure hereditatis, dai suoi eredi, i quali, considerata la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, devono provare il rapporto contrattuale tra la struttura sanitaria ed il paziente (c.d. contratto di spedalità), allegare l'inadempimento dettagliato dei sanitari e dimostrare il nesso di causalità tra tale inadempimento e il danno, incombendo, invece, sulla struttura sanitaria, l'onere di provare, per sottrarsi a tale responsabilità, l'esatto adempimento della prestazione o l'impossibilità della stessa derivante da causa ad essa non imputabile. Il diritto al risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, da considerarsi provato nell'an, sia pure presuntivamente, in considerazione dello stretto vincolo parentale e della circostanza, non contestata, della convivenza con il paziente deceduto sino al momento della morte, può essere fatto valere dai congiunti del paziente deceduto, iure proprio, dimostrando la responsabilità, che ha natura non contrattuale ma extracontrattuale, della struttura sanitaria nella causazione dell'evento dannoso, poiché il rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria produce normalmente i suoi effetti soltanto tra le parti del contratto**.

In punto di liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, va segnalato il recente orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale "le tabellepredisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale"; che "il giudice a quo avendo fatto ricorso nel caso in questione alle tabelle del Tribunale di Milano per liquidare il danno non patrimoniale da morte, piuttosto che alla tabella di Roma, sarebbe incorso nella violazione di diritto, perché la tabella utilizzata a proposito della liquidazione del danno non patrimoniale da morte risulterebbe oltremodo generica, limitandosi a indicare un ampio range di riferimento all'interno del quale il giudice di merito gode di ampio margine di discrezionalità, mentre invece la tabella di Roma consentirebbe di prevedere esattamente il quantum risarcibile sulla base di una adeguata ponderazione di tutte le circostanze del caso concreto"; che "al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno

senza fare ricorso a tale tabella"; così, di fatto, accordandola preferenza alle tabelle romane in tutti i casi di liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale (Cass. nn. 7770/2021, 26300/2021, 10579/2021, 11719/2021, 33005/2021).

Ciò premesso appare utile e conducente nella illustrazione dei fatti di causa oggetto di richiesta di risarcimento iure proprio per il danno da perdita del rapporto parentale, che va qui accolta nei termini di seguito indicati, con rigetto della domanda avanzata iure successionis per il danno tanatologico.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno per la perdita del rapporto parentale si rileva quanto segue.

Nel caso di specie, parte attrice ha provato per tabulas l'esistenza del rapporto con la struttura convenuta ed ha fornito la prova del nesso di causalità, relativamente all'avvenuto decesso del congiunto.

In particolare, con riferimento alle ragioni del decesso, all'esistenza di eventuali comportamenti colposi dei sanitari ed all'esistenza di un nesso eziologico tra tali comportamenti e la morte, la causa può essere decisa sulla base della CTU espletata in corso di causa, pienamente condivisibile, che ha adeguatamente replicato ai rilievi delle parti e dalla quale il Giudicante non ha motivo di discostarsi in quanto frutto di un iter logico ineccepibile e privo di vizi, condotto in modo accurato ed in continua aderenza ai documenti agli atti ed allo stato di fatto analizzato.

Sul punto, in ordine alla valenza processuale del supporto fornito dalla CTU medico-legale, è d'uopo precisare che qualora il giudice del merito aderisca al parere del consulente tecnico d'ufficio, non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni poiché l'accettazione del parere, delineando il percorso logico della decisione, costituisce adeguata motivazione, non suscettibile di censure in sede di legittimità, ben potendo il richiamo, anche per relationem dell'elaborato, implicare una compiuta positiva valutazione del percorso argomentativo e dei principi e metodi scientifici seguiti dal consulente (Cass. n. 12445/2020). Per la Suprema Corte, infatti, "il **giudice del merito non è tenuto a giustificare diffusamente le ragioni della propria adesione alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio, ove manchino contrarie argomentazioni delle parti o esse non siano specifiche, potendo, in tal caso, limitarsi a riconoscere quelle conclusioni come giustificate dalle indagini svolte dall'esperto e dalle spiegazioni contenute nella relativa relazione, ma non può esimersi da una più puntuale motivazione, allorquando le critiche mosse alla consulenza siano specifiche e tali, se fondate, da condurre a una decisione diversa da quella adottata. In particolare il giudice di merito, quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento, e non deve necessariamente soffermarsi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte, che, sebbene non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili, senza che possa configurarsi vizio di motivazione, in quanto le critiche di parte, che tendono al riesame degli elementi di giudizio già valutati dal consulente tecnico, si risolvono in mere argomentazioni difensive**" (Cass. n. 11081/2020).

Nello specifico, sulla scorta della documentazione sanitaria prodotta in atti e della CTU medico legale, che qui s'intende integralmente condivisa e acquisita sotto l'aspetto diagnostico e tecnico valutativo, per come motivata sotto il profilo logico-espositivo e metodologico, si evincono profili di responsabilità della struttura per il comportamento del sanitario coinvolto nel trattamento del paziente, laddove con un comportamento connotato dalla diligenza richiesta per la prestazione professionale resa e in linea con le buone pratiche assistenziali, tenuto soprattutto conto delle condizioni di fragilità note del paziente, non si sarebbe verificato l'evento per cui è causa, avendo il Collegio rilevato un comportamento quantomeno imprudente nella cura del paziente.

Segnatamente, il Collegio peritale incaricato accertava che "sarebbe stato più prudente da parte del sanitario Dott. C. un approfondimento diagnostico delle condizioni cardiologiche del paziente prima di procedere alla somministrazione del farmaco E..", specificando che trattasi di "Morte nel cui determinismo hanno comunque svolto ruolo concausale le preesistenti morbilità di cui risultava essere affetto il Gentile", segnatamente osservando che "Quanto infine al ruolo concorsuale che le preesistenti condizioni morbose del Gentile possono avere svolto nel determinismo dell'evento morte correlato - come già esposto - alla imprudente somministrazione di Iloprost, effettivamente questo collegio, nell'evidenziare tale ruolo, non ne ha determinato l'incidenza ed in tal senso i CTU ritengono che le patologie di cui risultava essere affetto il Gentile hanno svolto ruolo concausale di non trascurabile rilievo, avendo contribuito al decesso con una incidenza pari a circa il 50%."

Evidenziato quanto espresso in sede di CTU, quale fonte tecnica oggettiva di convincimento, conforme al mandato, si ritengono individuati in capo alla struttura sanitaria profili di responsabilità della stessa per l'operato del sanitario, laddove si riscontra che "prima di iniziare la terapia vasoattiva, poteva essere effettuata una maggiore stratificazione del rischio cardiologico, ad esempio procedendo con un ecocardiogramma di recente esecuzione. Esame questo che dalla cartella clinica esaminata risulta essere stato programmato - in regime di ricovero il 1 di aprile - ma poi non eseguito prima dell'inizio della somministrazione della terapia vasoattiva. Tale indagine avrebbe consentito di verificare peraltro la fattibilità di un eventuale trattamento chirurgico o endovascolare, ed evitare così i rischi del farmaco vasodilatatore la cui somministrazione ha poi determinato il problema ipotensivo e verosimilmente anche la patologia ischemica coronarica responsabile della morte del soggetto."

In particolare, il Collegio peritale ha rilevato che "Proprio nelle condizioni di estremacompromissione clinica del paziente Gentile andava ricercata la controindicazione all'utilizzo primario dell'Iloprost, soprattutto senza aver prima escluso le altre possibilità terapeutiche".

Dagli accertamenti eseguiti in punto di riconducibilità eziologica del decesso al trattamento sanitario del deceduto, si considera qui osservato il principio formulato in sede di legittimità, in ordine al criterio di ricostruzione del nesso di causalità, laddove la Suprema Corte ha precisato come "**In tema di responsabilità civile, il criterio del "più probabile che non" costituisce il modello di ricostruzione del solo nesso di causalità - regolante cioè l'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi - mentre la valutazione del compendio probatorio (nella specie, con riferimento ad un determinato comportamento in tema di responsabilità medico-sanitaria) è informata al criterio della attendibilità - ovvero della più elevata idoneità rappresentativa e congruità logica degli elementi di prova assunti - ed è rimessa al discrezionale apprezzamento del giudice di merito, insindacabile, ove motivato e non abnorme, in sede di legittimità**" (Cass. 26304/2021).

Ancora, ad integrazione della relazione già svolta, si evince che i CCTTUU hanno espressamente chiarito che "Il primo evento di "arresto cardio respiratorio" è avvenuto durante la somministrazione del farmaco (E.). Il paziente, a quanto risulta dalla cartella clinica, non era collegato ad un monitor per la valutazione seriata dei parametri vitali (frequenza, saturazione ematica dell'ossigeno e pressione arteriosa sistemica) e l'ultimo controllo dei parametri risale al mattino (vedi scheda parametri). Ne deriva che il nesso di causalità tra la somministrazione del farmaco vasodilatatore (E.) ed il decesso di G.C. è da ammettersi in base al criterio del "più probabile che non"".

Si ritiene che gli anzidetti accertamenti medico-legali, che qui sono integralmente richiamati, basati su un attento esame della documentazione clinica prodotta in atti, resi all'esito di un'accurata valutazione della stessa, appaiono coerenti e scevri da vizi logici e devono, pertanto, essere condivisi.

Ciò posto, il Giudicante aderisce alle risultanze della consulenza tecnica espletata in sede processuale, rese in puntuale risposta ai quesiti giudiziali formulati e alle specifiche contestazioni mosse in giudizio dalle parti, in ordine alle quali il Collegio ha ribadito le conclusioni in termini di responsabilità.

Nel caso di specie, i convenuti riconducono sostanzialmente l'evento del decesso al concorso delle preesistenti condizioni di fragilità del paziente. E tanto ricostruito, la CTU ha osservato la rilevanza causale pari al 50% delle comorbilità preesistenti, riconoscendo in ogni caso una responsabilità della struttura ospedaliera in relazione al sopravvenuto decesso del paziente, essendo configurabili il nesso causale tra la condotta negligente ed il decesso, secondo la regola del "più probabile che non", e non essendovi, pacificamente, diversi fattori alternativi, suscettibili di aver condotto in via autonoma il medesimo alla morte, diversi cioè dalle particolari e precarie condizioni che la convenuta avrebbe avuto comunque il dovere di valutare e soppesare attentamente, adeguando ad esse le modalità del trattamento ed il successivo comportamento medico/sanitario, e dunque, nessun fattore idoneo a recidere il ridetto nesso di causalità.

Quindi, ricondotta la causalità civile al criterio del 'più probabile che non', resta irrilevante determinare l'esatto processo eziologico: l'individuazione di una causa probabile (vale a dire, di un fatto che appartiene a un genere di fatti a cui è noto conseguire, con una qualche significatività in termini di regolarità statistica, un altro fatto del genere di quello che costituisce l'evento di danno) esaurisce, allora, l'onere del danneggiato, e sarà allora onere del convenuto dimostrare che vi è stata un'altra causa più probabile.

Ai fini dell'accertata responsabilità non ha alcun rilievo la circostanza che il paziente fosse soggetto in condizioni di salute compromesse in quanto tale stato di salute non incide in alcun modo sull'an della responsabilità (anche ritenendo che le patologie preesistenti abbiano avuto un rilievo concausale, il principio della equivalenza delle cause non consentirebbe di escludere o ridurre la responsabilità).

Non può, pertanto, condividersi la tesi dei convenuti per i quali si esclude la sussistenza di detto nesso causale trattandosi di decesso di paziente portatore di patologie pregresse.

Nella fattispecie in esame deve trovare applicazione l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di concause naturali e umane, che ha preso le mosse dalla sentenza 21.7.2011, n. 15991 della Corte di cassazione. **È noto che detta pronuncia ha risolto l'importante problema in tema di nesso di causalità, e cioè se il concorso di cause umane e cause naturali alla produzione dell'evento possa giustificare una riduzione percentuale del grado di colpa del danneggiante e, di conseguenza, della misura del risarcimento. In primis, occorre tenere distinti i due diversi nessi di causalità: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (cd. causalità materiale, disciplinata dall'art. 40 c.p.), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (cd. causalità giuridica, disciplinata dall'art. 1223 c.c.). Pertanto, in caso di responsabilità derivante da colpa del medico, occorre in primo luogo stabilire se dall'azione od omissione del medico sia derivata una lesione della salute; in caso affermativo, occorre accertare quali conseguenze dannose ne siano derivate. Ebbene, la Cassazione nella pronuncia richiamata ha precisato che qualora un paziente sia portatore di patologie pregresse, ciò non possa mai comportare il c.d. "frazionamento" del nesso di causalità tra condotta e danno. Confermata così la teoria del all or nothing deve concludersi nel senso che il nesso di causalità materiale o c'è o manca, senza che sia possibile in fatto alcuna graduazione percentuale dello stesso. Le pregresse condizioni di salute del paziente - e più in generale il concorso di concause naturali alla produzione del danno - vengono invece in rilievo nel momento della liquidazione del danno: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano giuridicamente risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c..**

Limitando l'analisi della citata pronuncia agli aspetti che attengono alla fattispecie oggetto di causa, si evidenzia che il danneggiato, già affetto da uno stato patologico non idoneo (di per sé e nell'immediatezza) a produrre esiti mortali, decede in conseguenza del trattamento operato medico: in tal caso lo pregresso non potrà rilevare quanto ai danni risarcibili iure proprio ai congiunti.

Per quanto sopra osservato, sussiste il nesso di causalità tra la condotta contestata ed il decesso a prescindere dall'esistenza delle pregresse patologie; la domanda va, pertanto, accolta.

Sul punto la Suprema Corte ha precisato come "**In tema di responsabilità medica e professionale, le condizioni patologiche preesistenti devono essere riguardate come concause dell'evento, che, secondo insegnamento da tempo acquisito, sono irrilevanti agli effetti della determinazione e commisurazione della responsabilità**" (Cass. Ord. 8 novembre 2023 n. 31058). In base al principio dell'equivalenza causale l'autore del comportamento imputabile risponderà, infatti, per intero delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo, ancorché a quest'ultimo abbia concorso la causa naturale preesistente (principio del nothing or all o thin skull rule), laddove le pregresse situazioni patologiche del paziente sono prive di efficacia interruttiva del rapporto eziologico.

Nel caso di specie, la condotta contestata costituisce una concausa che ha determinato, insieme con le condizioni patologiche preesistenti, l'evento; si tratta però di una concausa di rilievo determinante e le condizioni preesistenti, da riguardare quali concause dell'evento, secondo insegnamento da tempo acquisito, sono irrilevanti agli effetti della determinazione e commisurazione della responsabilità.

Secondo la Cassazione, dunque, **qualora l'evento dannoso sia dovuto al concorso fra una causa naturale (come uno stato patologico pregresso del danneggiato) ed una causa umana (come un errore professionale medico), il giudice non può ridurre l'obbligo risarcitorio del danneggiante in**

proporzione alla parte di danno rapportabile alla concausa naturale.

Il ragionamento della Suprema Corte si basa sugli effetti negativi che la responsabilità proporzionale provocherebbe, dal momento che essa darebbe luogo ad inestricabili difficoltà di gestione degli ambiti di "causalità incerta". **In fattispecie del tipo di quella esaminata, quindi, il giudice non procederà ad alcuna diminuzione del quantum debeatur, posto che un'opposta soluzione condurrebbe ad affermare l'intollerabile principio per cui persone che, per loro disgrazia (e non per colpa imputabile ex art. 1227 c.c.), siano, per natura e per vicissitudini di vita, più vulnerabili di altre, dovrebbero irragionevolmente appagarsi di una tutela risarcitoria minore rispetto a quella riservata ad altri soggetti "affetti da normalità".**

La Corte ha così richiamato il principio dell'equivalenza causale, in virtù del quale l'autore del comportamento imputabile risponderà per intero delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo, ancorché a quest'ultimo abbia concorso, sia pure con rilievo preponderante, la causa naturale preesistente.

Ciò detto, in ordine alla prova del danno richiesto si aggiunge che l'escussione dei testi come sopra riportati hanno posto in evidenza lo stretto rapporto corrente con il deceduto e non risulta in atti fornita dai convenuti alcuna prova contraria circa la relazione affettiva esistente.

Quindi, anche alla luce della più recente giurisprudenza (Cass. Civ., 30.01.2024,n. 2776), **si ritiene raggiunta la prova necessaria ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, ricorrendo a presunzioni, indici del rapporto di parentela, che fanno presumere la sofferenza del familiare superstite, quale conseguenza del decesso, vista la serietà ed apprezzabilità del pregiudizio, senza che sia necessario che sconfini in un radicale ed eccezionale sconvolgimento delle abitudini di vita, si ritiene di accogliere la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale**.

Quanto alle doglianze relative alla mancata prestazione del consenso alle cure, la relativa richiesta risarcitoria non può essere accolta.

Sul punto la Suprema Corte ha precisato come "**In tema di omessa acquisizione del consenso medico informato, qualora risulti accertato, con riferimento alla sottoposizione di uno tra due coniugi ad intervento chirurgico, un peggioramento della salute inerente la sfera sessuale, rientrante nel rischio dell'intervento, sebbene non imputabile a cattiva esecuzione dello stesso, l'altro coniuge che risenta in via immediata o riflessa del danno, in quanto incidente sulla sfera relazionale e sulla vita di coppia, ha diritto al risarcimento del danno che sia conseguenza della condotta di violazione della regola del consenso informato in danno del paziente**" Cass. 26728/18.

Ciò evidenzia come nel caso in esame non vi sia spazio per il risarcimento di tale voce di danno.

Quanto alla domanda di manleva formulata dal sanitario nei confronti dell'A.E. Limited, la stessa va accolta per quanto di ragione.

Nello specifico, la Compagnia assicurativa deduceva l'inoperatività della polizza sulla scorta del fatto che il medico risultava dipendente di struttura medica convenzionata/accreditata con il SSN (Responsabile dell'Unità di Cardiologia dell'Istituto O. F.S. di M. del G.G.) contrattualmente garantito ai sensi del CCNL (artt. 25 e 26) mediante adeguata polizza assicurativa accesa dalla struttura sanitaria, e sul fatto che l'articolo 10, ultimo comma, della Polizza (Oggetto della copertura assicurativa) prevede che la stessa operi unicamente a manleva e garanzia per la sola ipotesi di azione di rivalsa o di surrogazione esperite nei confronti dell'assicurato per colpa grave dello stesso, ove però la colpa grave venga accertata con sentenza passata in giudicato della Corte dei Conti o da altra Autorità Giudiziaria competente a pronunciarsi in merito alla stessa.

Alla luce della giurisprudenza ormai uniforme, affinché un contratto di assicurazione possa operare a secondo rischio rispetto ad un'altra polizza è necessario che i due contratti coprano il medesimo rischio. Non così nel caso di specie; l'assicurazione personale stipulata da un medico operante nel nosocomio è volta difatti a coprire la responsabilità civile del medico stesso, avendo ad oggetto evidentemente un rischio diverso rispetto a quello coperto dall'assicurazione della Struttura ospedaliera.

Ed inoltre, la compagnia ha sollecitato un approfondimento, nel caso di accoglimento della domanda, delle rispettive quote di responsabilità, nell'ipotesi in cui venga accertata una responsabilità del medico assicurato da parte di altra Autorità Giudiziaria competente a pronunciarsi nel merito della stessa.

Quanto alla domanda di regresso formulata dalla G. s.p.a. nei confronti del dott. C., la stessa non può trovare accoglimento.

Nello specifico, la struttura ha domandato, in via subordinata che, in caso di accoglimento della domanda attorea, il dott. C. fosse condannato a tenerla indenne.

Preliminarmente si osserva che tale domanda deve essere qualificata come domanda riconvenzionale trasversale, posto che è stata formulata da un convenuto nei confronti di altro convenuto del medesimo giudizio.

Nel merito, tale domanda deve essere rigettata.

La Suprema Corte ha precisato come "**In tema di rapporti interni tra la struttura sanitaria ed il medico di cui la prima si è avvalsa, il principio in forza del quale la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere, di regola, ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e (...), comma 3, c.c. (salvo che la struttura dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile, e oggettivamente improbabile, devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute) trova applicazione anche quando l'azienda sanitaria abbia affidato la logistica, oltre ad alcuni distinti supporti assistenziali, ad altra struttura, perché il medico, rispetto alla prestazione relativa al paziente, resta ausiliario della prima anche se questa si sia accordata, in accertata esternalizzazione, con altri enti, per i mezzi materiali**"Cass.34516/2023.

Nel caso in esame nessun elemento probatorio, nel senso evidenziato dalla Suprema Corte, risulta allegato dalla struttura.

Alla luce di quanto sopra, la domanda proposta dagli attori va accolta e - secondo le Tabelle di Milano, sulla base dell'età dei congiunti (32 e 36 anni) al momento del decesso, quale figlio della vittima (di anni 71) - disposta la condanna:

- della G. s.p.a., C.F.N. e A.E. Limited in solido tra loro al pagamento in favore di G.A., a titolo di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, della somma pari ad Euro 200.000,00;
- di C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro, (stante la rinuncia nei confronti della G. spa) al pagamento in favore di G.D., a titolo di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, della somma pari ad Euro 200.000,00.

Sulle somme sopra indicate devono riconoscersi, altresì, gli interessi legali come di seguito specificato: l'attuale credito

innanzi determinato deve essere devalutato all'epoca della causazione del danno - 03.04.2014 - e rivalutato anno per anno secondo gli indici Istat ad un saggio equivalente agli interessi legali, con esclusione degli interessi sugli interessi (cfr. Cass. sez. III n.23225/2005).
Successivamente alla pubblicazione della presente sentenza, sulla somma come sopra liquidata sono dovuti gli interessi nella misura legale fino all'effettivo soddisfacimento del credito.
Quanto alle spese di giudizio, le stesse seguono la soccombenza e sono liquidate in favore di G.A. e G.D., in conformità al D.M. n. 55 del 2014 con riguardo ai giudizi innanzi al Tribunale, secondo l'insegnamento della Suprema Corte "In materia di spese processuali, la regola contenuta nell'art. 5 del D.M. n. 140 del 2012, secondo cui il valore della causa, nei giudizi per pagamento di somme, anche a titolo di danno, va fissato sulla base della somma attribuita alla parte vincitrice e non di quella domandata, ha lo scopo di calmierare le liquidazioni a favore di chi abbia richiesto importi eccesivi rispetto al dovuto, mantenendo a carico di chi agisce i possibili maggiori costi di difesa cagionati da una pretesa esorbitante rispetto a quanto spettante; ne consegue che, in un giudizio di appello introdotto perrivendicare importi superiori a quelli riconosciuti e definito con pronuncia di rigetto, il valore è pari all'importo domandato e dunque, nella specie, alla differenza tra quanto preteso in sede di gravame e quanto già liquidato, non avendo alcun legame con il giudizio di secondo grado la fissazione del valore sulla base di quanto attribuito e non più in discussione" (Cass. 30999/2023), ai valori medi, con compenso unitario stante la coincidenza delle difese, per un importo pari ad Euro 14.103,00 oltre rimborso forfettario, IVA, CPA se dovute, come per legge e contributo unificato nei limiti di quanto effettivamente pagamento, che la G. s.p.a, C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro, dovranno corrispondere in favore degli attori (nei termini indicati in dispositivo).
Quanto alle spese della CTU, già poste provvisoriamente a carico degli attori con separato provvedimento, le stesse devono essere definitivamente poste a carico della G. s.p.a, C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro.

P.Q.M.
Il Tribunale di Messina, Seconda Sezione Civile, in persona del Giudice Unico Dott. Paolo Petrolo, uditi i procuratori delle parti, definitivamente pronunciando sulla domanda, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattese, così provvede:
- accoglie la domanda per le causali di cui in parte motiva e per l'effetto condanna:
- G. s.p.a., C.F.N. e A.E. Limited in solido tra loro al pagamento in favore di G.A. della somma complessiva di Euro 200.000,00;
- C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro, (stante la rinuncia nei confronti della G. spa) al pagamento in favore di G.D. della somma complessiva di Euro 200.000,00;
- condanna G. s.p.a., C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro, al pagamento in favore degli attori delle spese del giudizio che si liquidano complessivamente nella somma di Euro 14.103,00 oltre rimborso forfettario, IVA, CPA se dovute come per legge e contributo unificato nei limiti dell'importo pagato;
- pone definitivamente a carico di G. s.p.a., C.F.N. e A.E. Limited, in solido tra loro, le spese di CTU, già liquidate come da separato provvedimento;
sentenza provvisoriamente esecutiva per legge.
Così deciso in Messina, il 10 dicembre 2024.

Depositata in Cancelleria il 10 dicembre 2024.

Situazione di insuperabile compromissione dell'integrità fisica del paziente ed errore medico

TRIBUNALE di Terni, sentenza 10 dicembre 2024, n. 975; Giud. Iacone

Allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

… Omissis…

Il ricorso è fondato per i motivi di seguito illustrati.

Il presente procedimento è stato instaurato dall'odierna ricorrente in seguito ad un procedimento ex art. 696 bis R.G. 1721/2020 e concerne il danno subito dalla sig.ra P. a seguito dell'intervento chirurgico effettuato presso il presidio ospedaliero di Terni in data 7.7.2015.

Nello specifico, la ricorrente, in data 1.7.2015, si è ricoverata presso l'Ospedale S.M. di T. per problematica dispnoica su base coronaropatica, in particolare, era affetta da cardiopatia ischemica cronica con correlato clinico di angina instabile per coronaropatia trivasale severa, rilevata strumentalmente, ad indicazione chirurgica.

A seguito dell'intervento effettuato in data 7.7.2015, quindi, è emersa una problematica disventilatoria che i successivi accertamenti hanno ricondotto a natura restrittiva per relaxatio diaframmatica da paresi del nervo frenico sinistro.

La CTU effettuata nel procedimento di ATP ha chiarito che, in esito all'intervento di by-pass, la situazione cardiocircolatoria è migliorata in virtù della rivascolarizzazione miocardica in CEC (secondo lo schema A.I., V.M.), tuttavia, si è manifestata una ipodiafania basale sinistra per falda di versamento pleurico iconograficamente rilevata, legata a disventilazione restrittiva dovuta all'innalzamento dell'emidiaframma sinistro per paresi del nervo frenico omolaterale. In relazione al consenso informato sottoscritto dalla paziente, i consulenti hanno specificato che la modulistica fornita comprendeva le più comuni complicanze, tra le quali anche l'insufficienza respiratoria, potendosi definire sufficientemente "informata".

Il trattamento cardiochirurgico prescelto è risultato adeguato al caso clinico di specie, pienamente indicato alla diagnosi precedentemente e correttamente formulata e i sanitari che lo hanno eseguito erano in possesso della necessaria competenza professionale stante la loro specializzazione.

Tuttavia, i consulenti hanno rilevato che il confronto clinico-radiologico tra l'ante ed il post-cardiochirurgia consente di ascrivere al tempo operatorio una lesione del nervo frenico sinistro, rivelata pressoché nell'immediatezza dell'intervento stesso, il cui esatto meccanismo fisiopatologico non è individuabile con certezza, salvo potersi escludere - dalla descrizione dell'intervento - la causa dell'ipotermia; meccanismo fisiopatologico che peraltro non può prevedere negligenza, ma più verosimilmente individuarsi in un momento di dismanualità chirurgica per imperizia/imprudenza legato alla contiguità anatomica tra arteria mammaria interna e nervo frenico di sinistra, la cui identificazione ed il cui isolamento non risultano nella descrizione dell'intervento ed emergendo con solare evidenza lo sviluppo della relaxatio diaframmatica nell'immediato post-chirurgico. Si precisa, quindi, che non vi possono essere cause alternative della lesione rispetto a quella legata ad imperizia/imprudenza per dismanualità chirurgica, non essendoci preesistenze in grado di determinare tale conseguenza.

Concludono, dunque, i consulenti che a causa dell'evento avverso di natura iatrogena, la P. ha versato in una condizione di inabilità temporanea assoluta maggiore di quanto avrebbe comunque avuto per effetto dell'intervento cui era destinata per gg. 15, e per pari durata ha sofferto una inabilità temporanea parziale al 50%; per quanto attiene la valutazione del danno biologico permanente, quello di natura "iatrogena" può essere valutato nella misura del 10% ma tale danno deve essere considerato "differenziale" rispetto ad una preesistente patologia cardiaca di natura coronarica, attualmente valutabile in II classe N., e perciò meritevole di un 20% in quanto misura mediana nel range previsto per tale condizione dalle Linee Guida della S.; sicché il danno iatrogeno del 10% dovrà essere calcolato dal 21 al 30%, danno che risulta stabilizzato ed inemendabile.

Infine, viene accertato che la consapevolezza dell'evento avverso patito a seguito dell'intervento che doveva essere migliorativo della condizione patologica anteriore abbia indotto una sofferenza psichica con riverbero in ambito relazionale, la cui gradazione può definirsi lieve, avuto riferimento alla modesta documentazione relativa, alla considerazione che l'intervento cardiochirurgico ha comunque apportato un netto miglioramento della prognosi quoad vitam della donna, ed infine per confronto con altri "life events" di maggiore gravità.

Le conclusioni raggiunte dai c.t.u. nominati nel procedimento di ATP, quindi, sono pienamente condivisibili poiché, dopo aver sottoposto a visita la ricorrente e dettagliatamente analizzato la documentazione in loro possesso, hanno ricostruito in maniera puntuale e convincente l'iter clinico subito e i postumi riportati a causa dello stesso.

Va a tal proposito ricordato che, nel prestare adesione al parere del c.t.u., il giudice del merito non è tenuto ad esporne in modo specifico le ragioni se non quando - e nella misura in cui - i consulenti di parte e/o i difensori abbiano avanzato alle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio critiche specifiche e circostanziate, sulla cui infondatezza il giudice ha il dovere di motivare in maniera puntuale e dettagliata (v.

Cass. 7024/2020, Cass. 15147/2018, Cass. 23594/2017, Cass. 12703/2015, Cass. 25862/2011, Cass. 10688/08, Cass. 4797/07 e Cass. 10668/05).

Alla luce di quanto appena detto, quindi, si può ritenere che la condotta dei sanitari del polo ternano abbia cagionato alla ricorrente un danno biologico differenziale.

Come è noto, il danno biologico differenziale è un aggravamento dello stato di salute del paziente che sia causato da negligenza, imprudenza o imperizia del personale sanitario e deve essere inteso come un aggravamento di una lesione preesistente dovuta ad una colpa ascrivibile al personale sanitario.

In pratica, il danno si pone in essere essendo diretta conseguenza di una complicanza dovuta a responsabilità medica, con esclusione di quei postumi che si sarebbero comunque verificati per la natura stessa di una pregressa patologia, circostanza che impone una attenta valutazione in sede di liquidazione.

Nel procedere all'accertamento e alla liquidazione di questa tipologia di danno, in primo luogo, il giudice del merito deve accertare, sul piano della causalità materiale, l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento, in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita anche in presenza di concause etiologicamente efficienti alla sua produzione, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica, allo scopo di evitare l'attribuzione all'autore della condotta, responsabile tout court sul piano dell'imputazione dell'evento, di un obbligo risarcitorio che comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì alla pregressa situazione patologica del danneggiato (Cass. 21 luglio 2011 n. 15991; Cass. 3893/2016; Cass. 20829/2018).

Ascritta, sul piano probabilistico, alla condotta del danneggiante la responsabilità della determinazione dell'evento sotto il profilo della causalità (o della con-causalità) materiale, l'eventuale compresenza di concause naturali pone il problema della selezione dei pregiudizi risarcibili, onde valutare se e quale sia la misura e la rilevanza delle singole conseguenze direttamente riconducibili al fatto lesivo della salute del danneggiato ascrivibile al sanitario.

La questione si riflette, sul piano funzionale, sulle regole di liquidazione del danno, che non possono prescindere dal rilievo che assume la situazione preesistente alla luce di due concorrenti criteri:

1. non può individuarsi, in via del tutto automatica, un obbligo risarcitorio incrementato da fattori estranei alla condotta, come accadrebbe attraverso una applicazione meccanica delle tabelle con punto progressivo ("più che proporzionale", secondo la definizione legislativa), computato a partire, sempre e in ogni caso, dal livello di invalidità preesistente;
2. la liquidazione deve necessariamente seguire ad una concreta verifica, caso per caso, secondo le allegazioni delle parti, delle conseguenze negative "incrementative" subite dalla parte lesa.

Si coglie, anche sotto tale profilo, la necessità di una distinzione tra il frazionamento (contra legem: art. 41 c.p.) della causalità materiale e quello (legittimo: art. 1223 c.c.) della causalità giuridica.

Se, difatti, dovesse ritenersi applicabile il primo, erroneo modello di frazionamento, ne deriverebbe l'applicazione, erroneamente automatica, sempre e in ogni caso, del computo tabellare a partire dal grado di invalidità pari a 0.

Il frazionamento della causalità giuridica, di converso, consente al giudice la corretta e compiuta valutazione, nel singolo caso sottoposto al suo esame, di tutte le conseguenze derivanti dall'intervento, valutando equitativamente l'incidenza della condotta umana e quella della causa naturale, senza ritenersi vincolato né alla percentuale indicata dal CTU, né alla collocazione tabellare di tale percentuale (che ben potrebbe non risultare dalla sottrazione aritmetica dei valori dianzi indicati), volta che:

- non sempre la percentuale di invalidità finale comporta conseguenze da valutarsi come ricomprese automaticamente tra i due valori tabellari rappresentati dalla preesistenza della situazione patologica e dalla invalidità finale;
- il valore tabellare potrà, di volta in volta, essere conseguentemente ricondotto ad un qualsivoglia segmento valutativo (0/10 ovvero 10-20, 20-30 ecc.), poiché il principio di "progressività maggiorata" che informa le tabelle risarcitorie presuppone che l'intero danno sia stato conseguenza della condotta colpevole del danneggiante, ma nulla dice (né potrebbe) sull'eventuale frazionamento causale delle conseguenze invalidanti.

A fronte di una invalidità cagionata da una condotta che si innesta su di una autonoma e preesistente vicenda patologica (che può riguardano lo stesso organo, in caso di lesioni concorrenti, ovvero organi diversi, in caso di lesioni coesistenti), non appare, pertanto, predicabile il ricorso ad un rigido schema liquidatorio che attui, sempre e comunque, una liquidazione per differenza aritmetica tra diversi gradi di invalidità (si pensi, ad esempio, ai diversi effetti che possono determinarsi a seconda che la complessiva invalidità sia la risultante della somma di lesioni coesistenti che colpiscono diverse funzionalità, ovvero che la condotta del sanitario abbia determinato una concorrente lesione che incide sulla medesima preesistente disfunzionalità: distinzione, anche questa, non sempre risolutiva ove si consideri che anche fatti negativi riguardanti funzionalità diverse possono risolversi non in una mera sommatoria di distinti effetti negativi - da valutarsi in via autonoma ai fini risarcitori - ma possono comportare un effetto pregiudizievole sinergico, tale da incidere sulla concreta conduzione di vita della parte lesa, a seconda dell'età, del tipo di vita, della sua condizione familiare, ecc.).

La liquidazione relativa alla misura differenziale di un danno alla salute, pertanto, deve essere rimodulata in considerazione della concreta vicenda clinica e della specifica situazione concreta della parte lesa, e deve tenere conto di tutti i riflessi sull'integrità fisica e di ogni ulteriore aspetto che concorra a descrivere il danno non patrimoniale (sulla base delle risultanze e delle allegazioni offerte dalla parte).

Pertanto, se la preesistenza di malattie non ha concausato la lesione, né ha aggravato o è stata aggravata dalla menomazione sopravvenuta (c.d. menomazioni "coesistenti"), di esse non dovrà tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente.

Da ultimo, occorre precisare che resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove l'applicazione rigida del calcolo, effettuato applicando la progressività delle tabelle, conduca a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto.

Procedendo quindi ad applicare tali principi al caso di specie, risulta accertato sulla base delle risultanze della CTU che il ricorrente abbia riportando dei danni significativi alla salute a seguito delle condotte tenute dai sanitari del polo ospedaliero ternano.

Tuttavia, la sussistenza di condizioni patologiche pregresse impone di scomputare dal danno risarcibile quei postumi che si sarebbero comunque verificati a prescindere dall'errore dei sanitari, in quanto, come già evidenziato, viene in rilievo il principio secondo cui**, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario** (v. Cass. 6341/2014).

In altri termini, **il danno va liquidato calcolando la differenza tra il valore monetario per l'invalidità complessivamente accertata e quello corrispondente all'invalidità preesistente al trattamento del medico e/o indipendente dalla sua condotta colposa** (v. da ultimo Cass. 26117/2021, nonché, nella giurisprudenza di merito, Trib. Cosenza 25 gennaio 2021, Trib. Ferrara 25 gennaio 2021, Trib. Spoleto 18 gennaio 2021, Trib. Mantova 11 gennaio 2021, Trib. Velletri 7 ottobre 2020, App. Napoli 24 settembre 2020, Trib. Napoli 31 ottobre 2019, Trib. Catania 26 aprile 2019, Trib. Rieti 4 aprile 2018, App. Venezia 16 ottobre 2017).

Ne consegue che **il calcolo deve essere effettuato applicando le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, le quali garantiscono uniformità di trattamento su tutto il territorio nazionale** (v. ex multis Cass. 1553/2019, Cass. 17018/2018, Cass. 11754/2018, Cass. 9950/2017, Cass. 3505/2016, Cass. 20895/2015, Cass. 5243/2014 e Cass. 12408/2011), nella versione vigente al momento della presente decisione (v. Cass. 8508/2020, Cass. 2167/2016, Cass. 19211/2015 e Cass. 5254/2014).

... Omissis...

P.Q.M.

Il Tribunale di Terni, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando tra le parti in causa, ogni altra difesa, eccezione ed istanza disattesa o assorbita, così provvede:

- condanna l'AZIENDA O.S.M. DI T. al pagamento in favore di P.F. della somma di Euro 82.988,00, oltre al pagamento degli interessi legali applicati sulla sorte capitale devalutata alla data del fatto, ovvero il 7.7.2015, rivalutata anno per anno sino alla pubblicazione della presente sentenza;
- condanna l'AZIENDA O.S.M. DI T. alla rifusione in favore degli avv.ti ALESSANDRO ACCARDI E FILIPPO TOSTI, procuratori antistatari ex art. 93 c., delle spese processuali della presente fase, che liquida in Euro 8.433,00 per compensi e Euro 3.800 per il procedimento di ATP 1721/2020, oltre spese forfettarie (15%), CPA e IVA se dovuta;
- condanna l'AZIENDA O.S.M. DI T. alla rifusione in favore della sig.ra P.F. delle spese processuali per il procedimento di ATP 1721/2020, che liquida in Euro 3.800, per compensi, oltre spese forfettarie (15%), CPA e IVA se dovuta;
- pone a carico di parte convenuta (nei rapporti interni tra le parti) i compensi liquidati ai consulenti nel giudizio ATP 1721/2020.

Così deciso in Terni, il 10 dicembre 2024.

Depositata in Cancelleria il 10 dicembre 2024.

Cassazione penale

a cura di Francesco Giuseppe Catullo
Avvocato e docente di Diritto giurisprudenziale nell'Università *Lumsa* di Roma

---

*** Omettere la corretta diagnosi è errore del sanitario**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 1 febbraio 2024, udienza 13 dicembre 2023, n. 4326; Pres. Ciampi; Rel. Bruno

*** Lo spazio valutativo in cui il medico decide**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 8 marzo 2024, udienza 21 novembre 2023, n. 9894, Pres. Dovere; Rel. Micciché

*** Insorgenza della malattia e decorso della prescrizione del delitto di lesioni colpose**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 14 marzo 2024, udienza 13 febbraio 2024, n. 10658, Pres. Ciampi; Rel. Cirese

*** Negare la visita domiciliare può essere rifiuto di atti di ufficio**
CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 15 marzo 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 11085, Pres. Villoni; Rel. Di Nicola Travaglini

*** Il capo dell'equipe chirurgica è responsabile anche del decorso postoperatorio**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 3 aprile 2024, udienza 18 ottobre 2023 n. 13375, Pres. Di Salvo; Rel. Dawan

*** L'odontotecnico non può rilevare le impronte dentarie**
CASSAZIONE PENALE, sezione V, sentenza 24 aprile 2024, udienza 25 marzo 2024, n. 17164, Pres. Pezzullo; Rel. Scarlini

*** Le linee guida devono essere flessibili e adattabili alla specificità del caso concreto**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 6 maggio 2024, udienza 14 marzo 2024, n. 17678, Pres. Di Salvo; Rel. Mari

*** Correlazione tra accusa e difesa nel giudizio sulla colpa medica**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 10 maggio 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 18366, Pres. Di Salvo; Rel. Calafiore

*** Le acque reflue provenienti da una clinica non possono essere considerate "domestiche"**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 16 maggio 2024, udienza 10 aprile 2024, n. 19391, Pres. Ramacci; Rel. Corbetta

*** Il contenuto della cartella clinica non può offendere la reputazione**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 31 maggio 2024, udienza 9 aprile 2024, n. 21869, Pres. Scarlini; Rel. Francolini

*** Maltrattamento di animali tramite somministrazione di antinfiammatorio**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 19 giugno 2024, udienza 15 febbraio 2024, n. 24257, Pres. Ramacci; Rel. Noviello

*** Alcune precisazioni sull'attività medica svolta in *intra moenia* per non incorrere nel peculato**
CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 21 giugno 2024, udienza 24 aprile 2024, n. 24717, Pres. Di Stefano; Rel. Gallucci

*** Che cosa prova la cartella clinica?**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 18 luglio 2024, udienza 7 marzo 2024, n. 29150, Pres. Dovere; Rel. Micciché

*** È inoffensiva la condotta dell'infermiere che si appropria di qualche compressa di antibiotico**
CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 18 settembre 2024, udienza 4 luglio 2024, n. 35031, Pres. Di Stefano; Rel. Tripiccione

*** L'accertamento del nesso causale nella condotta colposa del medico**
CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 4 ottobre 2024, udienza 18 settembre 2024, n. 36942, Pres. Piccialli; Rel. Pezzella

*** Reati tributari e trattamenti di carattere estetico**

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 10 ottobre 2024, udienza 18 luglio 2024, n. 37239, Pres. Liberati; Rel. Gai

*** L'elasticità delle linee guida nei reati colposi del medico**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 4 novembre 2024, udienza 24 settembre 2024, n. 40316, Pres. Galtiero; Rel. Gai

*** Attività terapeutica libidinosa**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 12 novembre 2024, udienza 9 ottobre 2024, n. 41427, Pres. Sarno; Rel. Di Stasi

*** Violenza sessuale con abuso di autorità del medico**
CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 30 dicembre 2024, udienza 15 ottobre 2024, n. 47582, Pres. Di Nicola; Rel. Corbo

Omettere la corretta diagnosi è errore del sanitario

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 1 febbraio 2024, udienza 13 dicembre 2023, n. 4326; Pres. Ciampi; Rel. Bruno

L'esercente la professione sanitaria che omette approfondimenti necessari in presenza di una sintomatologia idonea a prospettare una diversa diagnosi può essere chiamato a rispondere per colpa da imperizia e negligenza.

…Omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza emessa in data 7 giugno 2023, la Corte d'appello di Napoli ha confermato la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata, che ha condannato Io.Gr. alla pena di anni uno di reclusione per il reato di lesioni colpose in danno del minore Io.Fa..
Era contestato all'imputata di avere, in qualità di medico in servizio presso il Pronto Soccorso dell'ospedale (*Omissis*), per colpa generica, cagionato lesioni personali al minore, consistite nella necrosi del testicolo sinistro, che comportava un indebolimento permanente dell'organo riproduttivo.
I giudici di merito, nelle due sentenze conformi, ritenevano dimostrata la penale responsabilità dell'imputata, individuando nella condotta serbata dal sanitario profili di colpa riconducibili a negligenza e imperizia, avendo la stessa omesso di effettuare i dovuti accertamenti strumentali - ecocolordoppler ed ecografia - che avrebbero consentito di pervenire ad una diagnosi precisa della causa del malessere accusato dal minore (torsione del testicolo) e ad un intervento risolutivo.
2. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per cassazione l'imputata ed il responsabile civile ASL NA 3 Sud, articolando i seguenti motivi di doglianza. Per Io.Gr.
2.1 Violazione degli artt. 42 e 590 cod. pen.; mancanza di colpa.
La motivazione della sentenza impugnata sarebbe fortemente carente e insoddisfacente.
I passaggi motivazionali lacunosi e incoerenti riguarderebbero la individuazione dei sintomi presenti nel minore all'atto dell'ingresso al pronto soccorso e la circostanza che un esame strumentale avrebbe rilevato la presenza della patologia, scongiurando l'indebolimento dell'organo. Sarebbe stato travisato il contenuto della deposizione della madre del minore circa i sintomi accusati dal bambino.
I consulenti tecnici nominati dal P.M. hanno chiarito che la torsione del funicolo spermatico si manifesta con la comparsa di dolore scrotale e tumefazione della parte, con perdita della vitalità dell'organo in maniera rapida ed improvvisa. Tutto ciò non si è manifestato all'atto della visita in pronto soccorso.
I sintomi che hanno permesso di appurare la malattia sono comparsi all'improvviso, allorquando i genitori decisero il ricovero del minore presso l'ospedale (*Omissis*), a distanza di 50 ore dalla visita in pronto soccorso.
La ricorrente, dopo avere visitato il piccolo paziente, operò la scelta giusta, non essendo presenti i sintomi tipici di una torsione del testicolo nel bambino, sintomi che comparvero solo a distanza di due giorni.
La Corte di appello ha trascurato di considerare la testimonianza resa dai medici in servizio presso l'ospedale (*Omissis*) circa l'insorgenza improvvisa della malattia.
Tutto ciò avrebbe dovuto indurre i giudici di merito a mandare esente da responsabilità la ricorrente, avendo costei adottato decisioni in armonia con le condizioni cliniche del paziente all'atto della visita.
…omissis…

Considerato in diritto

l. I motivi di doglianza proposti dalla imputata ricorrente sono infondati, ad eccezione di quello riguardante il trattamento sanzionatorio, come si dirà meglio in seguito.
…omissis…
3. Nel merito, la Corte distrettuale ha esaurientemente vagliato le doglianze difensive, fornendo adeguata risposta ai rilievi prospettati nell'atto di appello.
In relazione alla causa delle lesioni ed alla condotta imperita e negligente del sanitario, la Corte di merito, soffermandosi sul tema dopo attenta disamina dello svolgimento dei fatti, ha condiviso le conclusioni a cui erano pervenuti i consulenti medici nominati dal P.M., i quali avevano sostenuto come la ricorrente fosse incorsa in un errore diagnostico, consistito nella mancata tempestiva individuazione della torsione del testicolo, pur in presenza di una sintomatologia che avrebbe dovuto orientare verso la suddetta patologia e che imponeva comunque immediati approfondimenti.
La diagnosi precisa e tempestiva, che avrebbe potuto essere effettuata attraverso un esame strumentale praticabile nella stessa struttura ospedaliera (ecocolordoppler), avrebbe consentito di intervenire immediatamente, scongiurando la conseguenza irreversibile della necrosi del testicolo.
Hanno precisato i giudici come le conclusioni a cui erano giunti i consulenti nominati dal P.M. fossero compatibili con i dati emergenti da tutta la documentazione acquisita in atti e con le testimonianze assunte nel corso della istruttoria.
Si è posto in evidenza come il certificato rilasciato dal sanitario, nel quale era riportata la diagnosi di una "sospetta orchite", con prescrizione di antibiotico, fosse stato accompagnato dal suggerimento rivolto alla madre del minore di effettuare una ecografia presso l'ospedale (*Omissis*). Tale circostanza rivelerebbe, alla stregua di quanto logicamente argomentato in sentenza, come la ricorrente avesse nutrito dubbi sulla correttezza della diagnosi posta all'esito della visita.
Si è parimenti evidenziato come la sintomatologia presente nel minore (dolore localizzato e difficoltà di deambulazione) avrebbe dovuto orientare verso una diagnosi differenziale, imponendo gli approfondimenti del caso. In tal senso depongono i pareri medici acquisiti dai consulenti esaminati nel giudizio, richiamati in sentenza. I consulenti nominati dal P.M., dottori In.@ e Ta.@, si legge in motivazione, hanno chiarito come la torsione del funicolo spermatico, in caso di dolore testicolare, rappresenti l'evento più frequente, facilmente riscontrabile con esami non invasivi come l'ecocolordoppler o l'ecografia. La patologia, al cospetto di sintomi come quelli presenti nel minore, andava immediatamente investigata per essere confermata o esclusa,

stante la veloce evoluzione verso forme irreparabili ("la torsione del funicolo spermatico è probabilmente quella di più frequente riscontro alla quale bisognerebbe inizialmente pensare"). A non dissimili conclusioni erano anche pervenuti i testi addotti dalla difesa, dottori De.Ve. e Ru.@, pediatri esperti, i quali avevano dichiarato che il dolore testicolare può essere sintomo rapportabile a varie patologie, dall'orchite alla torsione del funicolo spermatico, e che, sebbene i segni clinici non fossero inequivocabili, sarebbe stato comunque necessario praticare esami diagnostici per approfondire.

I giudici hanno ritenuto, di contro, che le obiezioni difensive circa la presenza di sintomi ambigui, non conducenti ai fini della corretta diagnosi, non potessero essere accolte.

Alla luce delle emergenze istruttorie, puntualmente richiamate in motivazione, la Corte di appello ha rimarcato che, anche laddove volesse accedersi alla prospettazione difensiva, in base alla quale, al momento della visita, non erano insorti nel piccolo paziente i sintomi tipici della torsione del testicolo (gonfiore ed iperemia), vi fossero comunque significative manifestazioni, quali dolore e difficoltà a camminare, che, secondo quanto espressamente chiarito dagli esperti, avrebbero dovuto indurre il medico a svolgere immediati esami strumentali idonei a consentire la corretta diagnosi.

4. Tutto ciò premesso, le ragioni di doglianza avanzate dalla difesa nel primo e secondo motivo di ricorso sono prive di adeguato confronto con le argomentazioni poste a fondamento della decisione e tendenti a sollecitare una non consentita rivalutazione delle emergenze probatorie.

Sulla sintomatologia presente nel piccolo paziente, riferita dalla madre e dalla stessa ricorrente, la Corte di merito si sofferma adeguatamente, mettendo in rilievo che, sebbene non fossero presenti al momento della visita segni di gonfiore e tumefazione, univocamente deponenti per la patologia di cui si tratta, il dolore accusato e la difficoltà di deambulazione, rappresentando segnali riconducibili, tra le altre cause, alla torsione del funicolo, dovevano essere adeguatamente investigati attraverso accertamenti strumentali.

L'omessa corretta diagnosi, dovuta al mancato approfondimento, ha determinato l'errore nel quale è incorso il sanitario, foriero delle conseguenze patologiche irreversibili.

Alla luce delle considerazioni svolte in motivazione, fondanti il giudizio di responsabilità a carico del sanitario nei termini fin qui rappresentati, non colgono nel segno le critiche difensive riguardanti il lasso di tempo trascorso fino al ricovero del minore, in occasione del quale, le conseguenze della patologia, già insorta all'epoca della visita e non diagnosticata, si mostrarono in tutta la loro gravità.

La difesa tende a richiamare l'attenzione sugli accadimenti che seguirono alla visita effettuata dalla ricorrente e sul comportamento serbato dai genitori del minore, trascurando di considerare le argomentazioni contenute nella sentenza, che hanno escluso, in modo logico, non censurabili in questa sede, ogni forma di corresponsabilità dei genitori nell'avvenimento. Si legge in motivazione che la madre si adoperò in maniera corretta e coerente rispetto all'esito della visita medica e delle conoscenze in suo possesso, avendo ricevuto rassicurazioni dal medico in ordine alla diagnosi dell'infezione, rassicurazioni accompagnate da un generico suggerimento di un approfondimento.

5. Il secondo motivo di ricorso è parimenti infondato. La Corte non ha trascurato di considerare l'avversa tesi del consulente di parte, ma ha escluso che la tesi difensiva potesse essere validamente sostenuta alla luce delle risultanze probatorie e delle conclusioni degli altri consulenti.

Secondo consolidato orientamento di questa Corte, il giudice, in virtù del principio del libero convincimento, può accordare preferenza alla tesi prospettata da un consulente tecnico purché, come in questo caso, dia conto delle ragioni di tale scelta (Sez. 4, n. 8527 del 13/02/2015, Sartori, Rv. 263435: "In tema di prova, in virtù del principio del libero convincimento, il giudice di merito, pur in assenza di una perizia d'ufficio, può scegliere tra le diverse tesi prospettate dai consulenti delle parti, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto con motivazione accurata ed approfondita, delle ragioni della scelta nonché del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti e, ove tale valutazione sia effettuata in modo congruo, è inibito al giudice di legittimità procedere ad una differente valutazione, trattandosi di accertamento di fatto, come tale insindacabile in sede di legittimità").

Risulta quindi correttamente applicato, nel caso in esame, il principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità per cui è responsabile, per imperizia e negligenza, il medico che, nell'accertamento della malattia, ometta approfondimenti necessari, in presenza di sintomatologia idonea a porre una diagnosi differenziale, e rimanga arroccato su una diagnosi inesatta, benché posta in forte dubbio dalla sintomatologia, dalla anamnesi e dalle altre notizie comunque pervenutegli, omettendo così di porre in essere la terapia più profittevole per la salute del paziente (Sez. 4, n. 26906 del 15/05/2019, Rv. 276341).

...omissis...

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio e rinvia sul punto ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli. Rigetta nel resto il ricorso di Io.Gr.. Visto l'art. 624 c.p.p. dichiara la irrevocabilità della sentenza in ordine all'affermazione della penale responsabilità dell'imputata. Rigetta il ricorso dell'ASL Napoli Tre Sud che condanna al pagamento delle spese processuali.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. n. 196/03 in quanto imposto dalla legge.

In Roma, così deciso il 13 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 1° febbraio 2024.

Lo spazio valutativo in cui il medico decide

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 8 marzo 2024, udienza 21 novembre 2023, n. 9894, Pres. Dovere; Rel. Miccichè

Nell'accertamento del grado della colpa del sanitario, deve tenersi conto della natura della regola cautelare trasgredita.

…Omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza emessa il 15 novembre 2022 la Corte di appello di Caltanissetta, in riforma della sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto pronunciata dal G.U.P. presso il Tribunale di E, ha dichiarato Ma.Va., medico in servizio presso l'Ospedale Umberto I di E, colpevole del reato di cui all'art 589 cod. pen. commesso in danno del piccolo De.Sa. e, concesse le attenuanti generiche, l'ha condannata alla pena di mesi quattro di reclusione, ridotta per il rito, oltre al pagamento delle spese processuali e al risarcimento danni in favore delle parti civili costituite (De.Fi. e Si.Fe.), in proprio e in qualità di eredi di De.Sa.
2. All'imputata è stato contestato il reato di cui agli artt. 113-589 cod. pen., perché, in cooperazione colposa con i medici Te. e La. (per i quali si procedeva separatamente con le forme del rito ordinario), in servizio presso l'UOC di Ginecologia ed ostetricia dell'Ospedale Umberto I di E, con condotta negligente, imprudente ed imperita, apprestando assistenza inadeguata ed inefficiente nei confronti della partoriente Si.Fe. e non eseguendo con tempestività il taglio cesareo, concorreva nel determinare gravissime lesioni personali al nascituro De.Sa. consistite in grave encefalopatia ipossico ischemica causata da sofferenza fetale acuta, determinandone il decesso in data 3 giugno 2016. In particolare, la Ma.Va., stabilendo di eseguire prima il parto di un'altra donna (tale Ca.Mi.), disponeva che nessuno dei presenti si allontanasse dalla sala operatoria per prestare assistenza al parto della Si.Fe., gestito da altro medico, dr.ssa Te., malgrado quest'ultima le avesse rappresentato l'urgenza di praticare il taglio cesareo; (fatto accaduto in E in data 23 aprile 2016).
…omissis…
…omissis…

Considerato in diritto

…omissis…
3. Sempre per motivi di priorità logica va esaminata la questione relativa alla sussistenza della posizione di garanzia, dedotta nel quarto motivo.
4. La Corte territoriale fonda la propria convinzione sulla sussistenza, in capo all'imputata, di una responsabilità apicale di tipo organizzativo, comportante la gestione di tutti i pazienti del reparto. Va rammentato, in proposito, che le norme in materia di dirigenza sanitaria (D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) attribuiscono la posizione apicale soltanto al primario della struttura, mentre i medici addetti al reparto sono tutti inquadrati come dirigenti medici di primo livello, senza alcun rapporto gerarchico al loro interno. Nel senso indicato, infatti, erano le deposizioni del primario e del direttore sanitario, che avevano affermato che la imputata non era gerarchicamente sovraordinata a nessuno. Tanto chiarito, va però rilevato che il tema della posizione di garanzia, nel caso di specie, e mal posto, essendo stata contestata all'imputata una condotta di tipo commissivo, ossia quella, descritta nel capo di imputazione ed esaminata nel processo, di aver stabilito di eseguire prima il parto della Ca.Mi., disponendo che nessuno dei membri dell'equipe sanitaria si allontanasse per prestare assistenza alia Si., malgrado l'intervento in corso sulla Ca.Mi., seppur difficoltoso, non richiedesse la presenza dei sanitari e parasanitari ivi impegnati. **Il reato commissivo colposo è infatti il reato commesso mediante una azione che abbia colposamente creato il pericolo concretizzatosi nell'evento: nella fattispecie esaminata, si rimprovera all'imputata di aver mantenuto tutta l'equipe di medici e paramedici disponibile impegnata nell'intervento Ca.Mi., per colpa consistita nella sottovalutazione della condizione della paziente Si. e nella erronea convinzione che tutto il personale medico e infermieristico fosse necessario per eseguire l'intervento Ca.Mi., così determinando il mancato tempestivo allestimento della seconda sala operatoria e il ritardo nella esecuzione del cesareo a seguito del quale era nato il piccolo De.Sa., poi deceduto**.
5. Ricostruita nella forma del reato commissivo colposo la condotta contestata alla ricorrente, ne consegue che non rileva, ai fini del presente giudizio, indagare sui profili tipici del reato omissivo colposo, quali appunto la sussistenza dell'assunzione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento in forza della posizione di garanzia a qualunque titolo rivestita. Ancora, ai fini della ricostruzione del nesso causale tra condotta ed evento, l'indagine da compiere attiene ai canoni della causalità commissiva, attinente ad un collegamento reale, e non meramente ipotetico, tra azione ed evento (senza, cioè, il noto meccanismo di "aggiunta mentale" della condotta doverosa omessa). In conclusione, dunque, deve accertarsi, sotto il profilo della colpa, se la valutazione della tempistica del parto cesareo della Si. fosse stata compiuta o meno correttamente, in considerazione delle informazioni in possesso dell'odierna ricorrente, anche in rapporto alla difficoltà che presentava il caso Ca.Mi., e se l'impiego dell'infermiere addetto alla predisposizione della seconda operatoria fosse necessario in considerazione della peculiarità del predetto caso. Una volta compiuto il giudizio in ordine all'elemento soggettivo, occorre dunque accertare, sotto il profilo della causalità, la sussistenza del collegamento causale diretto tra la condotta rimproverata alla dott.ssa Ma.Va., ossia aver mantenuto a disposizione dell'intervento Ca.Mi. anche l'infermiere addetto alla sala operatoria, e l'evento verificatosi.
6. Né sussiste l'adombrato difetto di correlazione tra accusa e sentenza derivante, a dire della ricorrente, dalla descrizione della condotta come commissiva, trattata nel corso del giudizio secondo i canoni del reato omissivo. Va ribadito che la violazione del principio di correlazione tra l'accusa e l'accertamento contenuto in sentenza si verifica solo quando il fatto accertato si trovi, rispetto a quello contestato, in rapporto di eterogeneità o di incompatibilità sostanziale tale da recare un reale pregiudizio dei diritti della difesa (Sez. 4, n. 4497 del 16 dicembre 2015, Addio ed altri, Rv. 265946; Sez. 1, n. 28877 del 4 giugno 2013, Colletti, Rv. 256785), ovvero

quando il capo d'imputazione non contiene l'indicazione degli elementi costitutivi del reato ritenuto in sentenza, né consente di ricavarli in via induttiva (Sez. 6, n. 54457 del 17 novembre 2016, Marchiafava ed altro, Rv. 268957; Sez. 6, n. 10140 del 18 febbraio 2015, Bossi ed altro, Rv. 262802). Tale principio trova la propria ratio nella necessita di garantire il diritto di difesa dell'imputato (ex multis, Sez. 6, n. 899 del 11 novembre 2014, Isolan, Rv. 261925), conseguendone che la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione (Sez. Un., n. 36551 del 15 luglio 2010, Carelli, Rv. 248051). Ciò chiarito in generale, la giurisprudenza di legittimità ha sempre affermato, con specifico riguardo alle contestazioni relative a delitti colposi, che non sussiste la violazione del principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza di condanna se la contestazione concerne globalmente la condotta addebitata come colposa, essendo consentito al giudice di aggiungere agli elementi di fatto contestati altri estremi di comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e, come tali, non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa (Sez. 4, n. 35943 del 7 marzo 2014, Denaro ed altro, Rv. 260161; Sez. 4, n. 51516 del 21 giugno 2013, Miniscalco ed altro, Rv. 257902). E, nel caso in esame, non vi è dubbio alcuno alla ricorrente sia stata contestata una precisa condotta e che quest'ultima abbia potuto, senza limitazione alcuna, esercitare tutte le proprie difese nel processo.

7. Tanto premesso, colgono nel segno le doglianze con la quale si lamenta la violazione dell'obbligo di motivazione rafforzata. È ormai principio acquisito che la sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello, e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati.

8. Orbene, la motivazione svolta della Corte territoriale non ottempera ai requisiti delineati dalla giurisprudenza, progressivamente affermatasi, di questa Corte di Cassazione per assolvere a quell'obbligo di motivazione rafforzata, atta in quanto tale a soddisfare il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio dettato all'art. 533 cod.proc.pen (Sez. 6 - n. 51898 del 11/07/2019, imputato P., Rv. 278056 - 01; Sez. 3 - n. 16131 del 20/12/2022. Rv. 284493 - 03), apparendo anzi sotto diversi aspetti meno dettagliata e più semplicistica di quella, anche quantitativamente più ampia, svolta dal Tribunale E. La sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve, infatti, confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati (Sez. 6, n. 39911 del 04/06/2014, P.G. e Scuto, Rv. 261589). In caso poi di acquisizione di ulteriore materiale probatorio oppure di valutazione di quello preesistente però sfuggito all'analisi del primo giudice, il giudice d'appello deve porlo in correlazione con quello vagliato nel primo grado di giudizio, al fine di offrire una nuova e compiuta struttura motivazionale che dia ragione delle difformi conclusioni assunte (Sez. 6, n. 46742 del 08/10/2013, P.G. in proc. Hamdi Ridha, Rv. 257332; Sez. 6, n. 1253 del 28/11/2013, PG in proc. Ricotta, Rv. 258005).

9. Non si rinvengono nella motivazione della decisione impugnata quei necessari passaggi argomentativi - uniti ad una ragionata valutazione di elementi probatori eventualmente pretermessi o alla evidenziazione di aspetti cruciali non considerati dal giudice di primo grado - atti a sostenere in maniera convincente il sovvertimento della decisione del Tribunale.

10. In ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo, la Corte nissena (cfr. pag. 18 della sentenza impugnata) fonda il giudizio di responsabilità sulla considerazione che gli indici di allerta del parto della Si. (le tre ore trascorse dal travaglio e gli episodi di collasso della gestante) erano stati rappresentati alla Ma.Va. la quale si sarebbe dovuta rendere conto dell'urgenza di procedere al parto Si., nonostante la rassicurazioni della collega dott.ssa Te. che i parametri delta madre e del feto erano ancora normali. La Corte di appello ritiene che "questo dato non avrebbe potuto ragionevolmente rassicurare uno scrupoloso sanitario", considerando mere "discettazioni nominalistiche" le questioni, affrontate dal giudice di primo grado, se gli indici fossero di allerta, urgenza o emergenza. Dette considerazioni non sono, all'evidenza, idonee a confutare i precisi passaggi motivazionali contenuti alla pag. 8 della sentenza di primo grado, che, riportando testualmente i punti salienti delle consulenze in atti, evidenzia che, secondo il quadro tracciato dai CT del PM, nel caso della paziente Si. vi era una urgenza in corso ma non una emergenza: si chiarisce, sul punto, che se vi è pericolo per la sopravvivenza del feto e della madre, si parla di emergenza in quanto sono compromessi i parametri vitali e occorrono interventi immediati per scongiurare il pericolo di vita. Nel caso Si. non vi era una situazione di emergenza, poiché i parametri vitali della madre e del bambino erano da considerarsi discreti: solo se si fosse verificata sofferenza fetale (che pacificamente non era stata riscontrata) l'intervento si sarebbe dovuto eseguire immediatamente. Il GUP da altresì atto che i CT del PM avevano ritenuto come, pur nella situazione di urgenza e non di emergenza, l'intervento si sarebbe dovuto eseguire nell'arco di venti minuti, atteso il prolungamento della fase espulsiva e i collassi materni. Prosegue la sentenza prendendo in considerazione le diverse valutazioni dei CT della difesa che avevano evidenziato, da un lato, la maggiore gravità del caso Ca.Mi., in cui era impegnata l'imputata, e dall'altro, che secondo le linee guida Nazionali del Ministero della Salute pubblicate nel gennaio 2012, aggiornate nel 2016, e le Linee guida Nice 2011, adottate nel presidio ospedaliero di E riguardo al percorso Tagli cesarei, le indicazioni a disposizione dell'imputata riguardo al caso Si. deponevano per un codice giallo, per il quale viene indicata una tempistica di intervento di 75 minuti, nel caso di specie rispettate. Sempre la sentenza di primo grado, alla pag. 13, conclude dunque che, stante l'osservanza delle linee guida adottate nel presidio ospedaliero nonché la circostanza della contemporanea gestione dei parto Ca.Mi., caratterizzato, in concreto, da una difficoltà e urgenza maggiori, in considerazione delle informazioni a disposizione della Ma.Va., alla predetta imputata fosse applicabile l'art. 3, comma 1, D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con

legge 8 novembre 2012, n. 189 (nota come legge Balduzzi), vigente ratione temporis all'epoca dei fatti e da considerare disciplina più favorevole in quanto realizza una ipotesi di parziale abolitio criminis e ricomprende le ipotesi, oltre che di imperizia, di negligenza e imprudenza (SU, 21 dicembre 2017, Mariotti, n. 8770, Rv. 272174; Sez. 4 - n. 36723 del 19/04/2018, Di Sa., Rv. 274326 - 01). Detta valutazione è esatta, in considerazione del fatto che - come specificato dai più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità - non è in discussione l'adeguatezza delta scelta delle linee guida (Sez. 4 -, n. 15258 del 11/02/2022, Agnello, Rv. 279242 - 02).

11. Come detto, la Corte territoriale non confuta né si confronta con le conclusioni che la sentenza di primo grado aveva tratto dal contenuto delle linee guida, definendole "mere discettazioni formalistiche" (p.18 della sentenza impugnata). Non vengono dunque individuate le indicazioni di carattere scientifico, in base alle quali la Ma.Va., in presenza di un'oggettiva, acclarata urgenza della Ca.Mi., paziente che stava assistendo, che aveva evidenziato sofferenza fetale sin dalle ore 10.30, poteva e doveva rappresentarsi che la situazione della paziente Si. avrebbe dovuto essere considerata più urgente. Richiamando le linee guida in materia, la sentenza di primo grado considera infatti che la situazione Si. non rappresentava necessita di intervento immediato presentando una cardiotocografia che non mostrava indici di sofferenza fetale, situazione che, in base alle linee guida citate, avrebbe consentito di attendere anche 75 minuti. Come esposto, la Corte territoriale fornisce, sul punto, una motivazione del tutto assertiva e apodittica, insufficiente a chiarire, al di là di ogni ragionevole dubbio, se la decisione di attendere, e di utilizzare il personale sanitario nella esecuzione del parto della paziente obesa, si possa comunque ascrivere ad un grado di colpa grave, configurabile se ed in quanto le peculiarità del caso concreto valutate alla luce del materiale istruttorio acquisito avrebbero comunque suggerito e imposto una anticipazione dei tempi di intervento della paziente Si.. Né, inoltre, risulta sufficientemente indagato e affrontato il tema, oggetto di contestazione, della sovrabbondanza del personale sanitario impiegato nel parto Ca.Mi.

12. In ogni caso, **riguardo alla responsabilità del sanitario, si è ribadita la centralità dell'esame alla luce delle linee guida, affermandosi il principio - cui la Corte territoriale non si è conformata - secondo cui giudice di merito, investito del compito di pronunciarsi in ordine alla responsabilità dell'esercente una professione sanitaria per l'evento infausto causato nel praticare l'attività, è tenuto a rendere una articolata motivazione, dovendo indicare, tra l'altro: 1) se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; 2) specificare di quale forma di colpa si tratti (se di colpa per imperizia, o per negligenza o imprudenza); 3) appurare se ed in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata dalle pertinenti linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali e più in generale quale sia stato il grado della colp**a. (Sez. 4, n. 37794 del 22/06/2018, De Renzo, Rv. 273463-01).

13. E proprio con un recente, significativo approdo della giurisprudenza di questa Corte (Sez. 4 - n. 15258 del 11/02/2020, Agnello, Rv. 279242 - 02) si è approfondito il tema dell'indagine da compiere in ordine all'accertamento del grado della colpa, in relazione al caso clinico regolato dalle linee guida. Si è opportunamente specificato che "la chiarificazione della relazione che le linee guida intrattengono con te regole cautelari e di estrema importanza. Tuttavia, sia che si ritenga che le linee guida contengono mere raccomandazioni, dal contenuto generico e defettibile, che sta al sanitario valutare come adeguate al caso specifico e/o adattare alle particolarità dello stesso; sia che le si consideri strutturate in varia guisa e talvolta quindi come vere e proprie regole cautelari rigide, altre volte come vere e proprie regole cautelari elastiche, quel che **viene implicitamente messo a fuoco è l'esistenza di uno spazio valutativo affidato per intero al sanitario, che in solitudine è chiamato a individuare l'agire doveroso**. Orbene, l'adempimento di questo dovere di riconoscimento della situazione di rischio e di individuazione della risposta cautelare più efficace, può risultare più o meno agevole; lo è in modo diverso a seconda che la raccomandazione/regola abbia carattere rigido e sia esaustiva o abbia carattere elastico, magari indicando presupposti definiti solo genericamente". Osserva quindi la Corte che **"nell'apprezzamento del grado della colpa del sanitario, deve tenersi conto della natura della regola cautelare la cui inosservanza gli si rimprovera, avendo incidenza sulla maggior o minore esigibilità della condotta doverosa che egli possa limitarsi a conoscere la regola ed applicarla o, al contrario, sia chiamato a riconoscere previamente le condizioni che permettono di individuare le direttive comportamentali, che rendono doverosa l'adozione della misura, che consentono di individuare quale misura adottare".**

14. Conclusivamente, va ribadito che **nella valutazione della gravità della colpa dovrà tenersi conto - oltre che delle specifiche condizioni del soggetto agente, del suo grado di specializzazione e della situazione specifica in cui si è trovato ad operare - della natura della regola cautelare violata, in quanto l'eventuale natura elastica della stessa, indicando un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, incide sulla esigibilità della condotta doverosa omessa, richiedendo il previo riconoscimento delle predette circostanze da parte dell'agente** (Sez 4 -, n. 15258 del 11/02/2022, Agnello, Rv. 279242).

15. Sotto il profilo della causalità, inoltre, la Corte territoriale non fornisce alcuna argomentazione dotata di forza idonea a disarticolare il ragionamento del giudice di prime cure secondo cui l'esclusiva condotta causativa dell'evento sia da ascrivere alla dott.ssa Te., la quale non aveva proceduto subito a chiamare l'anestesista reperibile, dando peraltro atto di avervi provveduto annotando sulla cartella clinica l'orario delle 00.20, quando, invece, gli atti di indagine avevano permesso di stabilire che l'anestesista reperibile era stato chiamato solo alle 00.52. Secondo le argomentazioni dei primo giudice la tempestiva chiamata dell' anestesista reperibile, ove avvenuta alle 00.20, avrebbe permesso l'esecuzione del cesareo a partire dalle ore 1.10 (orario in cui, terminata l'assistenza alla Ca.Mi. alle ore 1.00, la sala operatoria era stata allestita), e quindi tempestivamente, posto che secondo il consulenti del PM, la sofferenza fetale non si era manifestata fino a quell'ora, come era rilevabile dal tracciato, e quindi si era presumibilmente verificata nel lasso di tempo intercorso tra l'1.10 e l'1.35 (all'1.10 era stato staccato il monitoraggio tococardiografico, che fino a quell'ora non aveva manifestato segni di sofferenza fetale, all'1.35 era nato il piccolo Sa.). In proposito, la Corte territoriale precisa (pag. 20) che il taglio cesareo non si sarebbe potuto eseguire mancando medici e infermieri che per numero e specialità non erano disponibili per la Te., poiché trattenuti dalla Ma.Va. La sentenza del GUP da atto, sul punto, che, secondo la relazione della dott.ssa Te., il trasporto in sala

parto era avvenuto all'1.10, mentre l'anestesia era stata praticata all'1.20. Considera il GUP che, ove fosse stato presente l'altro anestesista, tempestivamente chiamato, l'anestesia si sarebbe potuta eseguire immediatamente anticipando così i tempi dell'intervento. Ancora, non risultano adeguatamente prese in considerazione ed adeguatamente esaminate smentite le risultanze dell'ispezione compita sul nosocomio di E, in particolare le considerazioni sulla gestione delle equipe mediche da parte del medico di guardia e delle conseguenze della presenza, all'interno dell'ospedale, di un medico al di fuori dell'orario di servizio, qual era la dott.ssa Te. (pag. 9 della sentenza di primo grado).

16. Le considerazioni esposte conducono all'annullamento della sentenza impugnata. Restano assorbiti i motivi relativi alle statuizioni civili relativi alla inosservanza o erronea applicazione degli artt. 538,539,540 cpp e alla richiesta di sospensione dell'esecuzione della provvisionale a norma dell'art. 612 cod.proc.pen, non senza ricordare (Sez. 2 - n. 44859 del 17/10/2019, Rv. 277773 - 02) che non è impugnabile con ricorso per cassazione la statuizione pronunciata in sede penale e relativa alla concessione e quantificazione di una provvisionale, trattandosi di decisione di natura discrezionale, meramente delibativa e non necessariamente motivata, per sua natura insuscettibile di passare in giudicato e destinata ad essere travolta dall'effettiva liquidazione dell'integrale risarcimento.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte d'appello di Caltanissetta, cui demanda la regolamentazione tra le parti delle spese di questo giudizio di legittimità.

Così deciso il 21 novembre 2023.

Depositato in Cancelleria il 08 marzo 2024.

Insorgenza della malattia e decorso della prescrizione del delitto di lesioni colpose

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 14 marzo 2024, udienza 13 febbraio 2024, n. 10658, Pres. Ciampi; Rel. Cirese

Nel reato di lesioni personali colpose riconducibili a responsabilità medica, la prescrizione inizia a decorrere dal momento dell'insorgenza della malattia in fieri, anche se non ancora stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente.

...omissis...

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza in data 15 marzo 2023 la Corte d'appello di Napoli ha confermato la sentenza con cui il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere il 29 novembre 2021 aveva ritenuto Fu.Gu., in qualità di farmacista, responsabile del reato di cui all'art. 590 cod.pen. ai danni di Vu.Da. e lo aveva condannato alla pena di mesi due di reclusione oltre che al risarcimento dei danni patiti dalla parte civile Vu.Da. da liquidarsi in separata sede.

2. I fatti oggetto del procedimento, come ricostruiti dalle sentenze di merito, sono i seguenti:

nel marzo del 2015 Vu.Si. si rivolgeva a Fu.Gu., titolare di una farmacia in P. M., e noto anche per l'esercizio di fatto dell'attività di dietologo, per intraprendere una dieta (benché avesse un peso di Kg. 60 per un'altezza di 1,72 m) il quale le assicurava che le avrebbe dato "un codice bello forte" che le avrebbe consentito un rapido dimagrimento.

In quell'occasione non venne fatta alcuna visita medica, né vennero ordinate analisi di laboratorio né venne stilata la classica dieta con l'indicazione dei pasti e delle relative quantità. Il trattamento dimagrante era costituito unicamente dalla somministrazione di pillole preparate dalla stesso Fu.Gu., la cui confezione costava circa euro 250,00 e che dovevano essere assunte prima dei pasti principali (quattro al mattino, quattro prima di pranzo e quattro prima di cena); tali pillole, a detta del farmacista, avrebbero eliminato le calorie introdotte con il cibo ed avrebbero assicurato il dimagrimento a prescindere da ciò che la paziente mangiava.

Sin da subito la Vu.Si. avvertiva una totale perdita dell'appetito, una continua sete nonché conati di vomito ed un senso di spossatezza che limitava notevolmente la qualità di vita al di là del dimagrimento registrato. Contattato il Fu.Gu. e rappresentatigli i disturbi, lo stesso le diceva di continuare la cura.

Successivamente i sintomi peggioravano in quanto, oltre alla perdita di appetito ed alla sete, erano aumentati dissenteria e vomito che si manifestavano anche alla guida ed era subentrata una paralisi agli arti inferiori che si era poi estesa alle mani e perfino alla testa; inoltre si erano verificati l'interruzione del ciclo mestruale e la perdita dei capelli che costringevano la Vu.Si. a ricorrere ad una parrucca.

Il 7 luglio 2015 la Vu.Si. veniva ricoverata alla Clinica Pineta Grande di C. da dove il giorno dopo, stante la gravità della situazione veniva trasferita all'Ospedale Cardarelli di Napoli dal quale veniva dimessa solo il 22 luglio.

Una volta dimessa, non era ancora in buone condizioni di salute; nel mese di settembre si recava per una consulenza dal Dott. Mo.Pa. il quale, dopo aver visionato la cartella clinica, acquisita il 14 dicembre 2015, esprimeva le sue valutazioni che poi confluivano nella relazione tecnica del 16.9.2016.

Nel corso dell'istruttoria venivano acquisite le copie delle cartelle cliniche delle due strutture sanitarie presso le quali la Vu.Si. era stata ricoverata.

Venivano altresì assunte le prove testimoniali (persona offesa nonché madre e sorella della medesima) ed acquisite le relazioni del consulente della Vu.Si., Dott. Mo.Pa., con l'incarico di ricostruire la sua vicenda clinica, del Dott. Le.Lu., consulente medico-legale della Procura; del Dott. De., consulente tossicologico della Procura e della dott.ssa Ra., consulente medico -legale della difesa.

Il Dott. Mo.Pa., in particolare, accertava che le pillole vendute dal Fu.Gu. contenevano oltre a diuretici e vitamine, efedrina (sostanza solitamente usata per la cura dell'asma ma che nelle diete agisce aumentando il metabolismo cellulare e stimolando la secrezione di catecolamine) e naxeltrone (che é un antagonista degli oppiacei e che riduce l'attività dei centri cerebrali che controllano la sensazione di piacere collegata all'ingestione del cibo ma che é anche fortemente epatotossico e va dunque somministrato solo in caso di assoluta necessità). Concludeva che si trattava di farmaci "off label", cioè utilizzati per scopi diversi da quelli consigliati, senza alcuna valutazione del rapporto tra costi e benefici, senza adeguata valutazione clinica, senza ricetta, al di fuori dei canoni previsti dalla legge 94/98 (c.d. legge Di Bella) e del Codice deontologico e peraltro da soggetto che, essendo farmacista, non era neanche abilitato a somministrarli.

3. Il giudice di primo grado, una volta verificato il profilo della procedibilità dell'azione, messo in discussione dalla difesa dell'imputato, ha ritenuto la sussistenza del reato contestato, ritenendo molteplici profili di colpa sia generica che specifica in capo all'odierno imputato.

Del pari ha ravvisato la sussistenza del nesso di causalità tra il trattamento somministrato dal Fu.Gu. e le lesioni patite dalla Vu.Si., come riconosciuto in termini di assoluta certezza da tutti i consulenti (ad eccezione della Ra. in termini tuttavia generici). La ipokalemia, e più in generale il grave squilibrio elettrolitico riscontrato nella Vu.Si., che l'aveva disadratata in modo pericoloso, non poteva che essere derivato dalla somministrazione spregiudicata ed in massicce quantità di molecole quali il bumetamide che, peraltro, sono state associate ad altre molecole che pure presentavano un grado di tossicità non trascurabile e che addirittura interagivano sui centri nervosi.

La persona offesa, giovane ed in buona salute, in soli tre mesi di trattamento, aveva visto compromesse le sue condizioni di salute in maniera così rilevante da dover essere ricoverata con pericolo tutt'altro che lieve per la sua salute.

4. L'impianto motivatorio della sentenza di primo grado veniva integralmente recepito dal giudice d'appello.

5. Avverso detta sentenza l'imputato, a mezzo del difensore di fiducia, ha proposto ricorso per cassazione articolato in quattro motivi.

Con il primo deduce la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) per inosservanza ed erronea applicazione della legge penale con riferimento alla violazione dell'art. 124 cod.pen. sul termine prescritto per presentare la querela da parte della persona offesa.
Rileva che l'eccezione di tardività della querela è stata evidenziata anche dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere a seguito dell'indagine che conduceva il Pubblico Ministero a chiedere l'archiviazione e successivamente eccepita dall'imputato sia in primo grado che in appello.
Si assume che la sequenza dei fatti dimostra che la persona offesa ebbe conoscenza dei fatti alla data del luglio-settembre 2015 quando l'ospedale napoletano ed i medici, in particolare il dermatologo cui si era rivolta, rappresentavano le probabili ipotesi circa le conseguenze manifestatesi.
Peraltro l'Ospedale Cardarelli di Napoli indicava una polmonite bilaterale che non aveva e non poteva avere alcuna specifica attinenza con l'assunzione di erbe/galenici del farmacista e la cartella clinica, ottenuta dalla Vu.Si. solo in data 15.12.2015, non riferiva nulla della causalità dell'evento e quindi detta cartella non certifica che la dieta fosse la causa di quanto lamentato.
Si assume inoltre che il Fu.Gu. non era un medico e che la somministrazione delle pillole non impediva al paziente di mangiare di talché non può parlarsi di colpa medica ma di mera vendita di prodotti galenici che comporta l'inapplicabilità della disciplina richiamata in tema di tardività della querela.
Con il secondo motivo di ricorso deduce la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e) per mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione per la mancata verifica/analisi del contenuto delle pasticche.
Lo stesso consulente del PM, Dott. De., ha chiaramente ammesso di non aver effettuato alcun esame sul contenuto delle pasticche essendosi rifatto alle sostanze riportate sul flacone.
Si assume che non è dimostrato che la Vu.Si. abbia assunto efedrina, natrexone e bumetanide anche perché il farmacista dimostrava al contrario che quelle sostanze non venivano utilizzate dalla farmacia.
Inoltre entrambi i giudici di merito hanno valorizzato solo alcuni aspetti della vicenda trascurandone altri, quali il fatto che l'Ospedale Cardarelli attestò che la Vu.Si. era affetta da polmonite bilaterale e che la ipokalemia era dovuta alla mancata assunzione di cibo da parte della paziente che aveva scelto di non alimentarsi.
Con il terzo motivo deduce la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b) per inosservanza ed erronea applicazione della legge penale con riferimento alla violazione degli articoli in tema di prescrizione del reato.
Rileva l'intervenuta e maturata prescrizione del reato prima della sentenza d'appello atteso che il delitto in esame si é consumato tra il marzo ed il luglio del 2015.
...omissis...

Considerato in diritto

1. Il ricorso è nel suo complesso inammissibile per le ragioni che si andranno di seguito ad analizzare.
1.1. Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato. La Corte di appello indica, con motivazione congrua e non manifestamente illogica, il giorno 14.12.2015 (data nella quale fu consegnata alla persona offesa la cartella clinica) come quello nel quale la persona offesa ebbe ad acquisire consapevolezza della riconducibilità del fatto lesivo alla imperizia dell'imputato e ciò in quanto solo allora la donna ebbe la possibilità di porre in relazione le lesioni patite con l'operato del professionista.
Ebbene, tale conclusione risulta assolutamente coerente con il consolidato principio per cui **il termine per proporre la querela per il reato di lesioni colpose determinate da colpa medica inizia a decorrere non già dal momento in cui la persona offesa ha avuto consapevolezza della patologia contratta, bensì da quello, eventualmente successivo, in cui la stessa sia venuta a conoscenza della possibilità che sulla menzionata patologia abbiano influito errori diagnostici o terapeutici dei sanitari che l'hanno curata** (Sez. 4, n. 35424 del 11/11/2020, Di Mario, Rv. 280076; Conf. N. 17592 del 2010 Rv. 247096, N. 13938 del 2008 Rv. 239255 , N. 21527 del 2015 Rv. 263855).
Pertanto, come ritenuto dalla Corte di appello, la querela proposta in data 14.3.2016 risultava tempestiva.
2. Il secondo motivo è del pari manifestamente infondato.
La mancata corrispondenza tra il contenuto delle pasticche somministrate e quanto riportato sul flacone è una circostanza meramente ipotizzata e priva di ogni riscontro probatorio; peraltro nel caso che ci occupa i farmaci somministrati alla Vu.Si. erano direttamente preparati e confezionati dall'odierno imputato, risultando del tutto congetturale e peraltro priva di giustificazione logica l'ipotesi della mancata corrispondenza tra la composizione delle pasticche e quanto indicato sul contenitore.
3. Il terzo motivo è manifestamente infondato.
Nel reato di lesioni personali colpose riconducibili a responsabilità medica, la prescrizione inizia a decorrere dal momento dell'insorgenza della malattia "in fieri", anche se non ancora stabilizzata in termini di irreversibilità o di impedimento permanente. (Sez. 4, n. 18347 del 29/04/2021).
Ebbene, nella specie tale momento può ricondursi all'acquisizione della cartella clinica avvenuta in data 14.12.2015 di talché la prescrizione, pari ad sette anni e sei mesi, risulta maturata in epoca successiva a quella della decisione qui impugnata.
...omissis...

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della cassa delle ammende.
Così deciso in Roma, il 13 febbraio 2024.
Depositata in Cancelleria il 14 marzo 2024.

Negare la visita domiciliare può essere rifiuto di atti di ufficio

CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 15 marzo 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 11085, Pres. Villoni; Rel. Di Nicola Travaglini

Integra il delitto di rifiuto di atti di ufficio la condotta del sanitario in servizio di guardia medica che, pur richiesto, decida di non eseguire l'intervento domiciliare urgente per accertarsi delle effettive condizioni di salute del paziente, nonostante gli venga prospettata una sintomatologia grave, trattandosi di un reato di pericolo per il quale a nulla rileva che lo stato di salute del paziente si riveli in concreto meno grave di quanto potesse prevedersi.

...omissis...

Ritenuto in fatto

1. Con la sentenza sopra indicata la Corte di appello di Bologna ha confermato la pronuncia con la quale il Tribunale di Bologna, previa assoluzione per il delitto di omicidio colposo, aveva condannato At.An. per omissioni in atti di ufficio, perché, nella qualità di medico di guardia dell'Ausl di Bologna, aveva rifiutato di eseguire una visita domiciliare presso il paziente Zu.Ge., nonostante le riferite gravi condizioni di salute (tra cui forte bruciore allo sterno accompagnato da irradiazione di dolore sulle braccia e sulle dita delle mani), limitandosi a diagnosticare telefonicamente una gastroenterite che, successivamente, risultava essere un infarto che portava al decesso dell'uomo.
2. Avverso tale sentenza ha presentato ricorso l'imputata, con atto sottoscritto dal suo difensore, deducendo i seguenti motivi.
2.1. Con il primo denunzia la violazione di legge e il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del reato di cui all' art. 328 cod. pen. mancando "l'indebito rifiuto". Infatti, ai sensi dell'art. 13 d. P.R. n. 41 del 1991 la scelta del medico di provvedere o meno a visita domiciliare costituisce un atto discrezionale, di cui la stessa perizia aveva escluso la necessità in base ai sintomi indicati nella telefonata, intercorsa tra la ricorrente e la convivente del paziente, sintomi dai quali non risultava né la natura infartuale, tanto da non imporre l'intervento di un'ambulanza né un inequivoco quadro clinico grave.
2.2. Con il secondo motivo denunzia la violazione di legge e il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza del dolo del reato di cui all' art. 328 cod. pen. in quanto la ricorrente, avendo colposamente errato la diagnosi, non era consapevole delle reali condizioni del paziente e, quindi, non si era rappresentata una situazione che imponesse il dovere di attivarsi, dimostrato dal non avere contattato l'ambulanza.
Peraltro, la sentenza ha travisato l'esame dell'imputata che si era limitata a confermare che i dolori al torace, con irradiazione al braccio, "sono anche sintomatici di un possibile arresto cardiaco" e non aveva affatto ammesso di aver pensato alla diagnosi di infarto, come scritto a pagina 8.
...omissis...

Considerato in diritto

1. Il ricorso è parzialmente fondato.
2.1 primi due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente in quanto riguardano la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo del delitto contestato alla ricorrente.
2.1. L'art. 13 d.P.R. n. 41 del 1991 stabilisce che il medico in servizio di guardia deve rimanere a disposizione "per effettuare gli interventi domiciliari a livello territoriale che gli saranno richiesti" e durante il turno "è tenuto ad effettuare al più presto tutti gli interventi che gli siano richiesti direttamente dagli utenti".
È di tutta evidenza che, in base alla norma citata, **la necessità e l'urgenza di effettuare una visita domiciliare spetti alla valutazione discrezionale del sanitario di guardia, sia sulla base della sintomatologia riferitagli che sulla base della propria esperienza. Tale valutazione, però, è sindacabile dal giudice di merito, in forza degli elementi di prova sottoposti al suo esame, per accertare se la valutazione del sanitario sia stata correttamente effettuata sulla base di dati di ragionevolezza, desumibili dallo specifico contesto e dai protocolli sanitari applicabili, oppure costituisca un pretesto per giustificare l'inadempimento dei propri doveri** (Sez. 6, n. 34535 del 29/07/2019, Gelfi; Sez. 6, n. 23817 del 30/10/2012, dep. 2013, Rv. 255715).
Costituisce, pertanto, consolidato orientamento interpretativo di questa Corte quello secondo il quale integra **il delitto di rifiuto di atti di ufficio la condotta del sanitario in servizio di guardia medica che, pur richiesto, decida di non eseguire l'intervento domiciliare urgente per accertarsi delle effettive condizioni di salute del paziente, nonostante gli venga prospettata una sintomatologia grave, trattandosi di un reato di pericolo per il quale a nulla rileva che lo stato di salute del paziente si riveli in concreto meno grave di quanto potesse prevedersi. In sostanza, il delitto è integrato ogniqualvolta il medico di turno, pubblico ufficiale, a fronte ad una riferita sintomatologia ingravescente e alla richiesta di soccorso, che presenti inequivoci connotati di gravità e di allarme, neghi un atto non ritardabile, quale appunto quello di un accurato esame clinico volto ad accertare le effettive condizioni del paziente** (Sez. 6, n. 29927 del 23/05/2023, Fiandra; Sez. 6, n. 23817 del 30/10/2012, dep. 2013, Rv. 255715; Sez. 6, n. 31670 del 05/06/2007, Rv. 236935).
2.2. Nel caso in esame, la motivazione della sentenza di secondo grado, da ritenersi integrata da quella conforme del giudizio di primo grado, dopo avere escluso che la condotta di tipo omissivo della ricorrente avesse causalmente determinato la morte del paziente, ha spiegato, con argomenti congrui e privi di qualsiasi vizio di logicità, fondati anche sull'esito di una perizia collegiale, come l'ostinato rifiuto di Attianese di eseguire la visita domiciliare andasse qualificato come rifiuto di atti di ufficio proprio alla luce della trascrizione del contenuto della telefonata, registrata in automatico dal servizio sanitario, intercorsa tra la ricorrente e la moglie del paziente (testualmente riportata a pag. 3 della sentenza di primo grado). Questa, infatti, dopo avere rappresentato di avere già contattato la guardia medica, aveva espressamente chiesto una visita domiciliare riferendo che il marito: a) aveva

"dolori fortissimi addominali" che si estendevano dal torace sino alle mani, anche con formicolio, e non passavano; b) aveva vomito e diarrea; c) era molto pallido e sudatissimo.
Nonostante la perizia disposta in primo grado avesse ritenuto che i menzionati sintomi dovessero indurre ragionevolmente a considerare la possibilità teorica che fosse in atto una patologia cardio-vascolare di natura ischemica (pag. 8 della sentenza di primo grado), la dottoressa At.An. aveva diagnosticato una semplice gastroenterite (ritenuta dai periti "francamente erronea"), fornendo consigli di natura alimentare, e non aveva ritenuto necessario eseguire la visita domiciliare sebbene solo il rilevamento di parametri obiettivi (quali la pressione arteriosa, la frequenza cardiaca, il ritmo cardiaco, la cianosi) avrebbe consentito di comprendere, in concreto, la patologia del paziente.
2.3. Quanto alla doglianza riguardante l'insussistenza del dolo del reato, premesso che il tema della colposa erroneità della diagnosi svolta dalla ricorrente ne è estraneo, le argomentazioni esposte dalla Corte di merito sono correttamente fondate sull'indebito e consapevole rifiuto della ricorrente di svolgere l'intervento domiciliare urgente, in assenza di altre esigenze del servizio (quali, ad esempio, contemporanee richieste di intervento urgente), a fronte dell' inequivoca gravità e chiarezza della sintomatologia esposta, per sincerarsi personalmente, pur nel dubbio, delle effettive condizioni del paziente e dell'eventuale situazione di pericolo in cui questi si trovava o meno, in base ad un esame clinico diretto.
D'altra parte, il delitto contestato rientra tra i delitti contro la pubblica amministrazione in quanto sanziona il rifiuto consapevole del medico di adottare atti, senza ritardo, per la tutela del diritto alla salute che, ai sensi dell'art. 32 Cost., costituisce "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" e, per questo, rende il sanitario portatore di funzioni pubbliche.
Ai fini della configurabilità dell'elemento psicologico del reato, costituito dal dolo generico, è dunque vero che non basta la generica negligenza, ma è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza che il proprio contegno omissivo violi i doveri impostigli (Sez. 6, n. 33565, del 15/06/2021, Rv. 281846) tra i quali rientrano quelli delineati nel sopracitato art. 13 d.P.R. n. 41 del 1991 la cui necessità va valutata secondo criteri di ragionevolezza desumibili dalla situazione in concreto rappresentata, come più diffusamente già evidenziato.
...omissis...

P.Q.M.
Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente al trattamento sanzionatorio, rideterminando la pena principale in quattro mesi di reclusione e quella accessoria in pari durata.
Dichiara inammissibile nel resto il ricorso.
Così deciso il 17 gennaio 2024.
Depositato in cancelleria il 15 marzo 2024.

Il capo dell'equipe chirurgica è responsabile anche del decorso postoperatorio

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 3 aprile 2024, udienza 18 ottobre 2023 n. 13375, Pres. Di Salvo; Rel. Dawan

Nel caso di intervento chirurgico in equipe, il medico che ne è a capo, laddove si presentino situazioni ad alto rischio, è tenuto, pur in mancanza di specifici segnali di allarme, ad adottare tutte le cautele del caso e, in particolare, a disporre un attento regime di monitoraggio del paziente, nonché l'effettuazione ad opera del personale qualificato di tutti i necessari controlli, onde evitare eventi lesivi (nella specie, la Corte ha riconosciuto la responsabilità tanto del ginecologo operante quanto dell'ostetrica, che aveva seguìto la puerpera durante l'intervento e nel decorso post-operatorio, per il decesso della paziente a seguito di atonia uterina manifestatasi alcune ore dopo il parto).

...omissis...

Ritenuto in fatto

1. Con la sentenza in epigrafe indicata, la Corte di appello di Salerno ha confermato la sentenza resa dal locale Tribunale nei confronti di Lo.Vi. e So.Ma., ritenuti responsabili del reato di omicidio colposo ai danni di Pi.Sa., deceduta il 23/01/12, presso l'ospedale Ruggì di Salerno, dopo alcuni giorni di agonia seguiti ad un disperato intervento riparativo per salvarle la vita.

2. Questa la ricostruzione dei fatti operata nei giudizi di merito: in data 16/01/2012, Pi.Sa., al nono mese di gravidanza, si ricoverò presso la Casa di cura "Tortorella" di Salerno per sottoporsi al programmato intervento di taglio cesareo e dare alla luce il suo quinto figlio. L'operazione fu eseguita nella stessa giornata, con inizio alle ore 17:00 e termine alle ore 17:50, e fu condotta dal dottor Lo.Vi., medico di fiducia della donna, assistito dal dottor Pi.Gi. e dall'ostetrica So.Ma.. Subito dopo l'intervento, intorno alle 18:00, e dopo un controllo soddisfacente dell'immediato post partum, la puerpera fu ricondotta nella stanza di degenza ordinaria, per trascorrervi la fase del puerperio. In tale fase, secondo quanto riportato in cartella clinica, furono eseguiti un rilevamento della temperatura corporea e della pressione arteriosa alle 18:30 e un controllo del chirurgo operatore alle 20:00, con riscontro di condizione buone e di utero contratto. Intorno alle 21:00, l'ostetrica So.Ma. allertava la dottoressa In.Em., medico interdivisionale della struttura sanitaria in quel momento di turno, per la verifica di un grave quadro di shock ipovolemico in atto. Dopo pochi minuti fu avvisato anche il medico di guardia di ginecologia, dott. La., il quale annotò in cartella i seguenti dati: dispnea, ipotensione, tachicardia, abbondanti perdite dai genitali esterni. Dopo un'infruttuosa terapia farmacologica, intorno alle 22:15 venne praticata una laparotomia esplorativa e, poco dopo, una laparoisterectomia, con diagnosi di atonia uterina postcesareo. Nel corso dell'intervento, tra le 23:20 e le 23:37, la donna ebbe un arresto cardiocircolatorio. Ripreso il ritmo cardiaco, la Pi.Sa. venne trasportata al reparto di rianimazione dell'ospedale principale di Salerno ove tuttavia decedeva in data 23/01/2012.

3. All'esito dei giudizi di merito e delle consulenze espletate in primo grado, non è emerso alcun dubbio sulla causa della morte, concordemente ritenuta da ricondurre alla negativa evoluzione di una emorragia post partum da atonia uterina. Parimenti, non oggetto di contestazione è stata la corretta esecuzione dei due interventi chirurgici presso la clinica "Tortorella" (programmato taglio cesareo e intervento d'urgenza per la rimozione dell'utero). In tutte le consulenze tecniche in atti alcun rilievo è mosso ai chirurghi e ai loro assistenti, con riferimento all'esecuzione di tali interventi. Le contestazioni mosse agli odierni ricorrenti riguardano, invece, la gestione e il monitoraggio della fase iniziale del puerperio, ovvero delle prime ore immediatamente successive al parto. Nell'imputazione, si rimprovera ai sanitari, nelle rispettive posizioni di garanzia, di non avere accuratamente monitorato le condizioni cliniche della Pi.Sa. nelle prime ore dopo il parto e, in particolare, di non aver verificato alcuni parametri (pressione arteriosa, frequenza cardiaca, contrazione dell'utero, livelli di emoglobina nel sangue) che avrebbero consentito una precoce diagnosi di atonia uterina e dell'emorragia post partum in corso e, in tal modo, di prevenire ed impedire la progressione della patologia nei termini infausti in cui si concluse.

4. Avverso la sentenza di appello ricorrono gli imputati, a mezzo dei rispettivi difensori.

...omissis...

Considerato in diritto

...omissis...

2. Tanto premesso, il precipuo dato di fatto da cui partire nella trattazione dei ricorsi è rappresentato dalla circostanza che la persona offesa era una paziente ad elevato rischio di complicanze quali quelle che si sono poi verificate. Le diverse consulenze tecniche (anche difensive), richiamate dai Giudici della cognizione, hanno invero evidenziato come la fase del post partum debba essere oggetto di attento monitoraggio da parte del personale sanitario, essendo tale attività di controllo precipuamente volta a rilevare, con tempestività, proprio i sintomi dell'emorragia post partum, causa principale di morte correlata alla gravidanza, responsabile del 30% di tutte le cause di morte materna; è infatti noto nella letteratura scientifica, nonché affermato da tutti i consulenti tecnici del presente procedimento, che il ritardo nell'intervenire, in caso di atonia uterina, porta, con estrema frequenza, al decesso della puerpera. Nel caso di specie, proprio perché al quinto parto cesareo, la donna si trovava maggiormente esposta al rischio di atonia uterina e alla conseguente emorragia. Attesa l'importanza del dato temporale rispetto al nesso causale e, in particolare, all'accertamento del momento in cui il corretto monitoraggio della paziente (attraverso il controllo della pressione arteriosa, la frequenza cardiaca, gli esami ematochimici, la palpazione dell'addome) avrebbe consentito la precoce diagnosi della atonia ed un intervento tempestivo per fermare l'emorragia, i Giudici di merito, nell'individuare il momento di insorgenza dell'emorragia uterina, sono pervenuti

ad affermare che, sebbene nell'immediato post operatorio non vi fosse stato un adeguato monitoraggio delle condizioni cliniche della paziente, in specie dei parametri vitali rilevanti in relazione alla più frequente delle complicazioni del puerperio (come sopra detto, di fatto risultano il rilievo della pressione arteriosa una sola volta, alle 18:30, e una verifica sulla contrazione dell'utero da parte del dott. Pi.Gi., collocabile temporalmente tra le 19:30 e le 20:00), nondimeno non vi fossero elementi certi dai quali inferire che la condizione patologica si fosse manifestata e potesse essere verificata attraverso i controlli clinici prima delle 19:45-20.00. Prima di tale segmento temporale, infatti, secondo lo stesso racconto della madre della puerpera, Pi.Gi., non si manifestarono sintomi evidenti di emorragia in atto: fino a quell'orario, ricorda il Giudice di primo grado, la madre descrive un quadro generale di malessere della figlia che non si discosta da quelle che sono le tipiche manifestazioni dolorose conseguenti ad un parto cesareo. Al riguardo, i Giudici di merito hanno osservato che diversi elementi, richiamati dalla sentenza dì primo grado (pp. 11-12), portano a ritenere che l'atonia uterina e la conseguente emorragia non abbiano avuto un'insorgenza immediata ed improvvisa, praticamente a ridosso di quanto scopre la dottoressa In.Em. intorno alle 21:15, ma che la genesi della patologia, rivelatasi fatale, sia riconducibile ad un intervallo di tempo non successivo alle 20:00 - 20:15.

2.1. Proprio alla luce degli anzidetti elementi fattuali, l'obbligo di garanzia, facente capo ad entrambi gli imputati, è rappresentato da un dovere di diligenza più pregnante che, nel caso specifico, si traduceva, per il Lo.Vi., nel dare, all'esito dell'intervento chirurgico, specifiche direttive per il monitoraggio del post partum: ciò anche in considerazione del fatto che il taglio cesareo fu eseguito, per necessità, in una zona più alta dell'utero che, in quanto maggiormente vascolarizzata, comporta una maggiore perdita ematica nell'immediato e di complicazione a lungo termine, nonché di un precedente episodio di tale patologia nel corso del primo parto**.** Egli era, infatti, il chirurgo a capo dell'equipe che eseguì il taglio cesareo ed anche il ginecologo di fiducia della Pi.Sa.. Il Collegio ritiene che la responsabilità del professionista - e dunque il perimetro entro il quale si sarebbe dovuta esprimere la sua posizione di garanzia - vada individuata, non tanto nell'ulteriore circostanza ascrittagli dal Tribunale, per la quale il medico sarebbe dovuto intervenire anche nel momento in cui ricevette la telefonata della madre della puerpera, temporalmente collocata intorno alle 20:00 o poco prima - risultando infatti che, a seguito della stessa, egli si fosse mosso da Battipaglia, dove risiedeva, per rientrare in Casa di cura - quanto nella mancata consegna di istruzioni su un monitoraggio costante e scrupoloso che, se effettuato, avrebbe evitato l'esito infausto. Il medico di fiducia, insomma, avrebbe dovuto assumere, secondo i condivisibili assunti dei Giudici di merito, l'iniziativa quantomeno di sollecitare il personale in servizio presso la clinica "Tortorella", per porre in essere una accurata attenzione e vigilanza nei confronti della puerpera Pi.Sa.. Emblematico al riguardo appare il passaggio argomentativo della Corte territoriale, laddove osserva che, anche qualora si voglia dar credito all'affermazione del Lo.Vi. di aver lui eseguito personalmente una visita alla Pi.Sa. intorno alle 20, il suo profilo di responsabilità "si aggraverebbe e non si attenuerebbe, in quanto la madre della deceduta, che era presente nella stanza, ha riferito che il sanitario si limitò ed effettuare la (sola) palpazione della pancia e non rilevò alcun, ancorché minimo, segnale di una situazione che, viceversa, per manifestarsi come già gravissima solo un'ora circa dopo (intorno alle 21:00), già con questo solo atto medico... avrebbe dovuto/potuto essere diagnosticata". E ciò, continua la sentenza impugnata, per il dato, certo nell'orario e nella descrizione, secondo il quale, già pochi minuti dopo la visita del medico, la Pi.Sa. aveva le labbra viola ed era pallida, e ciò nonostante, l'ostetrica So.Ma., chiamata al capezzale dalla madre della puerpera, si limitò a somministrarle una bustina di zucchero.

2.2. La difesa del Lo.Vi. lamenta che il Giudice di merito abbia affermato la responsabilità di questi, trascurando di prendere in considerazione l'autonomia professionale dei singoli medici intervenuti per turno e titolari, quindi, del relativo obbligo di assistenza, rispetto ai quali invoca l'applicazione del principio di affidamento. La doglianza è priva di pregio. La pronuncia impugnata, al pari di quella dì primo grado, si è diffusa in una approfondita valutazione della vicenda, facendo buon governo dei principi di diritto in materia. Essa ha osservato che **l'imputato, nella veste di capo dell'equipe chirurgica, era gravato da posizione di garanzia che si estende anche al decorso postoperatorio come ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità; ha valorizzato, come si è dianzi detto, l'esigenza di un attento monitoraggio postoperatorio, proprio per le condizioni in cui versava la puerpera** (al quinto parto cesareo e con un precedente di atonia uterina). Si tratta di argomentazioni che si sottraggono alle indicate censure, perché propongono una corretta enunciazione del principio di diritto pertinente. Invero, come questa Corte ha già avuto modo di affermare ripetutamente, **la posizione di garanzia del capo dell'equipe chirurgica non è limitata all'ambito strettamente operatorio; ma si estende al contesto postoperatorio** (Sez. 4, n. 22007 del 23/01/2018, P.G. in proc. Muratore e altro, Rv. 272744; Sez. 4, n. 17222 del 06/03/2012, Arena, Rv. 252375; Sez. 4, n. 12275 del 08/02/2005, Zuccarello, Rv. 231321; Sez. 4, n. 9739 del 01/12/2004, dep. 2005, Dilonardo e altri, Rv. 230820), **giacché il momento immediatamente successivo all'atto chirurgico non è avulso dall'intervento operatorio**. Le esigenze di cura ed assistenza del paziente devono poi essere, con tutta evidenza, rapportate alle peculiarità del caso concreto: peculiarità note al medico che ha condotto l'intervento più che ad ogni altro sanitario, anche per la precipua considerazione che il Lo.Vi. era il medico di fiducia della donna e l'aveva seguita nei parti precedenti (ad esclusione del primo). La Corte di appello ha esaminato la concreta vicenda processuale, anche alla luce delle informazioni scientifiche offerte dagli esperti, reputando che, **in tale situazione, fosse imprescindibile disporre un monitoraggio accurato e costante dei parametri vitali. La mancata adozione di tale cautela, nei termini evidenziati dai Giudici di merito, ha avuto decisivo ruolo nello sviluppo degli accadimenti, impedendo l'esecuzione tempestiva delle procedure occorrenti per fronteggiare la sopraggiunta emorragia. L'imputato ha colpevolmente omesso tale essenziale prescrizione che, come si è visto, afferiva al suo ruolo di garante.** Si è, pertanto, in presenza di argomentazione probatoria conforme ai principi più sopra evocati, basata su acquisizioni fattuali altamente significative ed immune da vizi logico-giuridici.

Per le ragioni testé richiamate, priva di pregio appare la doglianza - non devoluta, peraltro, in appello e, conseguentemente inammissibile - secondo cui la condotta asseritamente omissiva del ginecologo di turno si porrebbe come causa esclusiva dell'evento, atteso l'affidamento che l'imputato avrebbe riposto nell'intervento di costui. Si tratterebbe comunque di condotta che, non ponendosi in

termini di eccezionalità e di imprevedibilità, non fa venir meno la responsabilità dell'imputato.

In conclusione, deve affermarsi il principio secondo cui, **in presenza di situazioni ad alto rischio, il medico, pur in mancanza di specifici segnali di allarme, è tenuto ad adottare tutte le cautele del caso e, in particolare, a disporre un attento regime di monitoraggio della paziente, nonché l'effettuazione ad opera del personale qualificato di tutti i necessari controlli, onde evitare eventi lesivi.**

3.

...omissis...

La sentenza impugnata esattamente rimarca il ruolo spettante all'ostetrica nell'organigramma dei sanitari del settore ginecologico, trattandosi di figura infermieristica molto professionalizzata e specifica cui, pertanto, spetta, anche in autonomia, procedere al monitoraggio dei parametri vitali della puerpera. Ha ricordato che, la sera degli accadimenti, l'imputata fu di turno fino alle 21:00 (quando allertò la dottoressa In.Em.) e che alle 20:30, nonostante le condizioni della Pi.Sa. evolvessero in maniera critica, stanti il pallore e lo stato di agitazione, si limitò a somministrarle, come più sopra detto, una bustina di zucchero: circostanza che la Corte territoriale ha ritenuto, con una valutazione in fatto, incensurabile in questa sede, costituire un profilo di imperizia oltre che di negligenza. Ha osservato che il dato evidenziato dalla difesa - secondo il quale i consulenti tecnici De. e Zo. hanno convenuto sul fatto che l'atonia uterina può manifestarsi anche in maniera improvvisa - finisce per aggravare la posizione della So.Ma. (come anche quella del Lo.Vi.), giacché, proprio per tale ragione, la paziente avrebbe dovuto essere monitorata con attenzione assoluta. Ne consegue che, come correttamente si legge nella sentenza di appello, l'argomento, riproposto anche con il presente ricorso, della conoscenza del momento esatto dell'insorgenza dei sintomi della complicanza, viene per così dire "depotenziato" dalla condivisibile osservazione secondo cui spettava proprio all'ostetrica So.Ma., monitorare, anche in autonomia, la situazione, per poi avvisare il medico in caso di necessità che ella da sola non avrebbe potuto fronteggiare. La Corte territoriale risponde poi alla prospettazione difensiva - secondo cui l'ostetrica avrebbe misurato la pressione, riscontrando valori nella norma - osservando che il risultato di questo controllo pressorio (unico e comunque tardivo, giacché la pressione doveva essere misurata molte volte prima delle 21:00), "oltre a non trovare conferma nella cartella clinica..., contrasterebbe con il dato, pacifico (perché questo sì risultante dalla cartella...) che pochi minuti dopo le 21:00 la situazione clinica della paziente stava rapidamente peggiorando in maniera irreversibile".

Quanto alla testimonianza dell'infermiera Pa.Ma., che la difesa della ricorrente afferma non essere stata tenuta in debita considerazione laddove, in particolare, nell'atto di appello se ne evidenziava il contrasto con quella della madre della persona deceduta, giova ricordare che l'omesso esame di un motivo di appello non dà luogo a un difetto di motivazione rilevante, a norma dell'art. 606 cod. proc. pen., né determina l'incompletezza della motivazione della sentenza, allorché, pur in mancanza di espressa disamina, il motivo proposto debba considerarsi implicitamente disatteso, in quanto incompatibile con la struttura e con l'impianto della motivazione. Costituisce infatti ius receptum, nella giurisprudenza di legittimità, il principio secondo il quale la sentenza di merito non deve necessariamente contenere una specifica analisi di tutte le deduzioni delle parti, essendo sufficiente che, anche attraverso una valutazione globale di quelle deduzioni, il giudice spieghi, in modo logico e adeguato, le ragioni del convincimento, dimostrando che ogni elemento decisivo è stato tenuto presente, sì da potersi considerare implicitamente disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata (Sez. 4, n. 26660 del 13/05/2011, Caruso e altro, Rv. 250900). Il giudice di merito, per giustificare la decisione, non deve dunque prendere in esame tutte le tematiche prospettate e le argomentazioni formulate dalle parti ma solo quelle ritenute essenziali per la formazione del suo convincimento, dovendosi considerare implicitamente disattese, alla stregua della struttura argomentativa della sentenza, le prospettazioni di parte non menzionate. In sede di legittimità, quindi, non è censurabile una sentenza per il suo silenzio su una specifica deduzione formulata con il gravame, allorché la stessa debba considerarsi disattesa sulla base della motivazione della sentenza, complessivamente considerata. Sicché, ove il provvedimento indichi, con adeguatezza e logicità, come avvenuto nel caso di specie, quali circostanze ed emergenze processuali si siano rese determinanti per la formazione del convincimento del giudice, sì da consentire l'individuazione dell'iter logico-giuridico seguito per addivenire alla statuizione adottata, non vi è luogo per la prospettabilità del vizio di preterizione (Sez. 2, n. 29434 del 19/05/2004, Candiano ed altri, Rv. 229220).

3.1. Quanto al giudizio controfattuale, infine, il Collegio rileva che la sentenza impugnata - dopo aver proceduto ad accertare (c.d. giudizio esplicativo, Sez. 4, n. 23339 del 31/01/2013, Giusti, Rv. 256941), ciò che era effettivamente accaduto, ossia la sequenza fattuale che ha condotto all'evento, e aver richiamato le dichiarazioni di tutti i consulenti tecnici (della difesa e della pubblica accusa), secondo cui la sottovalutazione dei sintomi e dei segni premonitori della atonia uterina, in specie in soggetto con una precedente specifica complicanza e cinque parti cesarei complessivi, può indubbiamente portare ad un exitus letale - è pervenuta alla conclusione secondo cui non può revocarsi in dubbio che il ritardo nell'intervenire, addebitabile alla condotta colposa tenuta dal dottor Lo.Vi. e dell'ostetrica So.Ma., sia stata causa dell'evento.

4. In conclusione, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio agli effetti penali perché il reato è estinto per prescrizione. La medesima sentenza deve essere annullata senza rinvio nei confronti di So.Ma. limitatamente alla condanna al pagamento delle spese di giudizio sostenute in grado di appello dalle parti civili, statuizione che va eliminata. Deve essere rigettato il ricorso di Lo.Vi. agli effetti civili, con condanna del Lo.Vi. al pagamento delle spese di giudizio sostenute nel presente grado di legittimità dalle parti civili Mi.Fa., in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sui figli minori, Pi.Gi., Mi.No. e Mi.De., che sono liquidate in complessivi euro 5.700,00, oltre accessori come per legge.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata agli effetti penali perché il reato è estinto per prescrizione. Annulla senza rinvio la medesima sentenza nei confronti di So.Ma. limitatamente alla condanna al pagamento delle spese di giudizio sostenute in grado di appello dalle parti civili, statuizione che elimina. Rigetta il ricorso di Lo.Vi. agli effetti civili e condanna il Lo.Vi. al pagamento delle spese di giudizio sostenute nel presente grado di legittimità dalle parti civili Mi.Fa., in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sui figli

minori, Pi.Gi., Mi.No. e Mi.De. che liquida in complessivi euro 5.700,00, oltre accessori come per legge.
Così deciso il 18 ottobre 2023.
Depositata in Cancelleria il 3 aprile 2024.

L'odontotecnico non può rilevare le impronte dentarie

CASSAZIONE PENALE, sezione V, sentenza 24 aprile 2024, udienza 25 marzo 2024, n. 17164, Pres. Pezzullo; Rel. Scarlini

Integrano il delitto di esercizio abusivo della professione medica le condotte consistenti nella rilevazione delle impronte dentarie di un paziente da parte di un odontotecnico per verificare le condizioni di una protesi o per installarla, posto che per tale figura professionale l'art. 11 r.d. 31 maggio 1928, n. 1334, preclude qualunque manovra nella bocca del paziente.

...omissis...

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza del 10 luglio 2023, la Corte di appello di Trieste, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Udine, decidendo sull'appello della pubblica accusa e degli imputati, escludeva le già riconosciute circostanze attenuanti generiche e rideterminava le pene inflitte a Fr.Fr. e a Fr.Gi. - rispettivamente nipote e zio - alle misure indicate in dispositivo, confermandone la responsabilità per i delitti loro rispettivamente ascritti:
- al capo A, ai sensi dell'art. 348 cod. pen. per avere Fr.Fr. (solo odontotecnico), con il concorso di Fr.Gi. (odontoiatra), abusivamente esercitato la professione di medico odontoiatra;
- al capo B, ai sensi dell'art. 349 cod. pen., per avere, entrambi, violato i sigilli apposti sui locali utilizzati per le condotte di cui al capo A a seguito del loro sequestro;
- al capo D, ascritto al solo Fr.Fr. ai sensi dell'art. 624 cod. pen., per essersi impossessato, sottraendoli al diverso studio odontoiatrico De., di cinque fogli di un ricettario, per utilizzarli per le prescrizioni mediche per i propri assistiti.

La Corte revocava la sospensione condizionale della pena già concessa dal Tribunale a Fr.Fr., considerando il suo precedente specifico (del 2007) e la continuità nell'esercizio abusivo della professione. Non revocava il beneficio riconosciuto a Fr.Gi. posto la maggior risalenza del suo precedente specifico (al 1997) e la non specificità dell'ulteriore condanna patita.

1.1. In risposta ai dedotti motivi di appello, la Corte territoriale osservava quanto segue.

L'attività abusiva di Fr.Fr. era testimoniata dalle deposizioni acquisite: la teste Be. aveva riferito che questi le aveva preso le impronte dell'arcata dentaria e le aveva installato le protesi, estraendole e fissandole; la teste Ba., che l'imputato le aveva fissato le vite della protesi. Era poi emerso che il prevenuto redigeva le prescrizioni dei medicinali, sottoscrivendole personalmente, apponendo una sigla sul timbro dello studio odontoiatrico De..

Quanto a Fr.Gi., Be. aveva riferito che, nell'estrarle un dente rotto, questi aveva operato in collaborazione con Fr.Fr. Analogamente la teste St. aveva riferito della compresenza dei due nell'operare su di lei.

…omissis…

Considerato in diritto

…omissis…

Quanto al delitto di cui all'art. 348 cod. pen. - oggetto del primo motivo di ricorso - l'illustrazione da parte della Corte d'appello delle deposizioni dei testimoni-pazienti (non adeguatamente confutata nel ricorso in cui si sono riportate solo parti delle loro dichiarazioni non consentendo così a questa Corte di averne il quadro completo, al fine di verificare l'assunto travisamento) conduce a ritenerlo certamente concretato.

L'odontotecnico Fr.Fr., in alcune occasioni con il concorso dello zio odontoiatra Fr.Gi., aveva operato nella bocca dei pazienti (prendendo impronte, lavorando sulle protesi e, anche, sottoscrivendo prescrizioni mediche) così configurandosi il reato contestato, visto che si è già avuto modo di ricordare che:
- **integrano il delitto di esercizio abusivo della professione medica le condotte consistenti nella diretta rilevazione delle impronte dentarie di un paziente da parte di un odontotecnico (attività riservata esclusivamente all'odontoiatra):** Sez. 6, n. 4294 del 12/12/2008, dep. 2009, Melame, Rv. 242690;
- **commette il delitto di esercizio abusivo della professione medica, l'odontotecnico il quale provveda ad ispezionare la cavità orale del paziente per verificare le condizioni di una protesi, rientrando tale operazione in quelle riservate all'odontoiatra giacché si risolve in un rapporto diretto con il paziente medesimo** (Sez. 6, n. 44098 del 21/10/2008, Bortolotto, Rv. 242367);
- **commette il delitto di esercizio abusivo della professione medica l'odontotecnico il quale provveda direttamente alla installazione di una protesi dentaria, operazione che, comportando manovre all'interno del cavo orale del paziente, gli è preclusa essendo riservata per legge al medico dentista** (Sez. 4, n. 27741 del 08/05/2007, Pelliccione, Rv. 236799);
- **commette il delitto di esercizio abusivo della professione medica, a mente dell'art. 348 cod. pen., l'odontotecnico il quale provveda direttamente alla installazione di una protesi dentaria (limando monconi, fissando viti ai perni, rilevando impronte ed infine fissando detta protesi), posto che per tale figura professionale è preclusa qualunque manovra presso il cavo orale di un paziente, ed è solo consentita la realizzazione di protesi modellate su impronte rilevate da un medico o da un odontoiatra abilitato** (Sez. 6, n. 37120 del 10/06/2004, Massella, Rv. 230212).

Del resto, l'ambito dell'attività consentita all'odontotecnico è ancora quella fissata dall'art. 11 del Regio Decreto 31 Maggio 1928 n.1334 (così anche la sentenza del Consiglio di Stato, sezione terza, del 19/12/2023 pubblicata il 30/01/2024 in cui si è, alfine, riconosciuto che la professione di odontotecnico rientra nelle "professioni sanitarie", come prima si era invece negato) secondo cui: **"Gli odontotecnici sono autorizzati unicamente a costruire apparecchi di protesi dentaria su modelli tratti dalle impronte loro fornite dai medici chirurghi e dagli abilitati a norma di legge all'esercizio della odontoiatria e protesi dentaria, con le indicazioni del tipo di protesi da eseguire. È in ogni caso vietato agli odontotecnici di esercitare, anche alla presenza ed in concorso del medico o dell'abilitato all'odontoiatria, alcuna manovra, cruenta o incruenta, nella bocca del**

paziente, sana o ammalata."
Passando al concorso nel reato proprio - e, quindi alla posizione dell'odontoiatra Fr.Gi., presente ad almeno alcune delle cure prestate dal nipote - si è affermato (Sez. 6, n. 21989 del 08/07/2020, Arnaboldi Rv. 279560) che, in tema di esercizio abusivo della professione medica, risponde a titolo di concorso nel reato il responsabile di uno studio medico che consenta o agevoli lo svolgimento dell'attività da parte di soggetto che egli sa non essere munito di abilitazione.
...omissis...

P.Q.M.
Annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla trasmissione della sentenza al competente ordine, albo o registro che elimina.
Dichiara inammissibili nel resto i ricorsi.
Così deciso, in Roma il 25 marzo 2024.
Depositata in Cancelleria il 24 aprile 2024.

Le linee guida devono essere flessibili e adattabili alla specificità del caso concreto

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 6 maggio 2024, udienza 14 marzo 2024, n. 17678, Pres. Di Salvo; Rel. Mari

Al fine escludere la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria non è sufficiente verificare che la condotta assunta sia stata conforme alle linee guida, ma bisogna accertare che queste ultime fossero adeguate al caso concreto.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte d'appello di Venezia ha confermato la sentenza emessa il 14/02/2022 dal Tribunale di Rovigo nei confronti di Ru.Na., imputato per il reato previsto dall'art.589 cod.pen., commesso in danno di Vo.Gi. e con la quale questi era stato condannato alla pena di mesi quattro di reclusione, con i benefici della sospensione condizionale e della non menzione, oltre che al risarcimento dei danni nei confronti delle costituite parti civili Vo.Ma., Vo.Do. ed Pa.El. , da liquidarsi in separato giudizio.

1.1 I fatti oggetto del procedimento sono stati ricostruiti nelle due sentenze di merito nel modo che segue.

La persona offesa Vo.Gi., di anni 86, nella mattinata del 28/04/2017; aveva fatto accesso presso il pronto soccorso dell'Ospedale di Adria, lamentando disorientamento, sonnolenza, proctorragia, anemia e sospetto pneumotorace in quadro broncopneumonico, venendo ricoverato presso il suddetto ospedale e quindi sottoposto a indagine gastroscopica e colonscopica, in regime di sedazione, da parte dell'imputato/il quale aveva agito senza assistenza anestesiologica; la procedura era stata eseguita iniziando alle ore 14,40 con la gastroscopia e terminando alle ore 15,15, quando la colonscopia era stata interrotta per "scadente toilette intestinale" e per le "strette angolazioni del viscere", tali da rendere pericolosa la relativa procedura.

Al termine dell'esame il paziente era stato ricondotto in reparto, dove presentava un quadro clinico tale da imporre la chiamata di un anestesista; il quadro clinico era rimasto inizialmente stazionario fino alle ore 17,15, quando era intervenuta una tachiaritmia trattata con infusione endovenosa di Isoptin.

Successivamente le condizioni erano peggiorate, tanto che nel diario clinico era stato annotato uno stato "comatoso, non risvegliabile" ed era stata effettuata una emogasanalisi da cui era emersa una grave acidosi respiratoria e ipossemia; alle ore 18,44 il paziente era stato trasferito presso l'unità di anestesia e rianimazione, ove era deceduto alle ore 20,00.

1.2 **L'addebito di colpa nei confronti dell'odierno imputato, come descritto nell'atto di esercizio dell'azione penale è quello di avere - nella propria qualità di medico specialista endoscopista in servizio presso il suddetto ospedale - effettuato una sedazione mediante somministrazione combinata di Meperidina e Midazolam in autonomia e senza ricorrere, ai fini dell'affidamento della gestione della sedazione, all'ausilio di uno specialista in anestesia e rianimazione, il quale avrebbe potuto evitare il verificarsi di eventi avversi dovuti al sovradosaggio farmacologico o comunque garantito una loro immediata gestione; nonché quello di avere proceduto alla lenta titolazione dei predetti farmaci/ omettendo di somministrarli a dosi iniziali ridotte ed eventualmente ripetute, fino a ottenere un livello di sedazione idoneo alle necessità del caso**.

1.3 I giudici di merito hanno ritenuto fondata l'ipotesi accusatoria con specifico riferimento al solo primo profilo di addebito formulato in sede di imputazione.

In particolare, il Tribunale - facendo riferimento agli esiti della perizia disposta nel primo grado di giudizio - ha rilevato che le condizioni cliniche del paziente rendevano non solo opportuna, ma doverosa, la presenza di un anestesista, ai fini di un competente monitoraggio durante e dopo la procedura; tanto in riferimento alle linee guida applicabili nel caso di specie e in conseguenza della inquadrabilità del paziente nella categoria di rischio anestesiologico ASA 3, con conseguente raccomandazione della presenza di un anestesista in riferimento alla procedura di sedazione.

Ha quindi ritenuto sussistente un nesso di causalità omissiva tra la condotta del sanitario e l'evento letale, pur in presenza della valenza concausale da attribuirsi alle condotte tenute dagli anestesisti successivamente alla fine della procedura.

1.4 I giudici di appello hanno ritenuto infondato il motivo attinente alla dedotta insussistenza del fatto, richiamando sul punto le considerazioni spiegate dai periti nominati nel primo grado di giudizio, in sede di relazione e di esame orale, ritenendo infondata la deduzione in base alla quale il comportamento tenuto dagli anestesisti intervenuti dopo la procedura sarebbe stato di valenza causale esclusiva.

Ha altresì ritenuto che non potesse soccorrere ai fini di escludere la responsabilità del prevenuto il richiamo al protocollo aziendale vigente nella struttura, quale elemento derogatore rispetto alle linee guida, in quanto ritenuto comunque dai periti come non corrispondente al gold standard applicabile a procedure consimili.

La Corte ha altresì rigettato il motivo di appello inerente alle statuizioni civili e fondato sulla contemporanea pendenza di una causa civile avente lo stesso petitum.

2. Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazioneRu.Na., tramite il proprio difensore, articolando sei motivi di impugnazione.

…omissis…

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato in ordine al quinto e al sesto motivo.

2. Va premesso che, vertendosi in una fattispecie di c.d. doppia conforme, le due decisioni di merito vanno lette congiuntamente, integrandosi le stesse a vicenda, secondo tradizionale insegnamento della Suprema Corte; tanto in base al principio per cui "Il giudice di legittimità, ai fini della valutazione della congruità della motivazione del

provvedimento impugnato, deve fare riferimento alle sentenze di primo e secondo grado, le quali si integrano a vicenda confluendo in un risultato organico ed inscindibile" (Sez. 2, n. 11220 del 13/11/1997, Ambrosino, Rv. 209145; in conformità, tra le numerose altre, Sez. 6, n. 11878 del 20/01/2003, Vigevano, Rv. 224079; Sez. 6, n. 23248 del 07/02/2003, Zanotti, Rv. 225671; Sez. 5, n. 14022 del 12/01/2016, Genitore, Rv. 266617).

...omissis...

4. Il secondo e il quarto motivo di impugnazione possono essere congiuntamente esaminati, in quanto entrambi attinenti al profilo relativo alla dedotta inosservanza delle linee guida applicabili nel caso concreto nonché alla rilevanza dei protocolli aziendali inerenti alla specifica procedura diagnostica posta in essere.

I motivi sono infondati.

4.1 In punto di rilevanza della natura e delle finalità delle linee guida emesse in ambito sanitario, va quindi richiamata - condividendosene integralmente le considerazioni - la parte motiva di Sez. 4, n. 7849 del 03/02/2022, A., Rv. 282608.

In tale sede è stato osservato che, nell'ambito del procedimento penale, per l'indicazione della condotta doverosa in campo sanitario (ossia del comportamento ideale che l'esercente la professione sanitaria dovrebbe tenere in relazione a ciascuna singola attività), si pone la necessità di ricercare leges artis che contengono le raccomandazioni operative, per i sanitari, in relazione alle diverse tipologie di attività a loro affidate e di cui dev'essere anche valutata la pertinenza in relazione al singolo caso concreto.

Lo strumento per definire in modo (per quanto possibile) omogeneo i criteri comportamentali dei sanitari nelle diverse situazioni è costituito da previsioni a carattere generale (ancorché talora molto articolate e minuziose) elaborate a livello scientifico e/o operativo, variamente definite e caratterizzate: ossia, a seconda dei casi, dalle linee guida, dai protocolli e dalle best practices.

Nell'esperienza italiana, fatta salva la (tutt'altro che sporadica) possibilità di indicazioni operative anche assai dettagliate, **le linee guida sono qualificate come raccomandazioni di ordine generale, rispetto alle quali tuttavia resta salva la libertà di scelta professionale (e la responsabilità) del sanitario nel rapportarsi al caso concreto, nelle sue molteplici varianti e peculiarità e nel rispetto della c.d. relazione terapeutica" (o, come altri dice, "alleanza terapeutica") tra medico e paziente**.

Invero, l'approccio al problema non può non tenere conto della portata multilivello delle prassi sanitarie potenzialmente incidenti sui risultati dell'attività diagnostico-terapeutica: entrano in gioco le attività proprie del medico generico o specialista, così come quelle del chirurgo o come quelle prettamente infermieristiche; ma ne sono interessati anche i profili organizzativi (e anche economici) delle strutture sanitarie, nei loro diversi gradi di complessità. Inoltre, e soprattutto, non tutti i pazienti sono uguali, né è necessariamente uguale la loro risposta alla medesima terapia, anche se identica è la patologia che li affligge; e ciò, a talune condizioni, comporta necessariamente un adattamento delle "regole d'ingaggio" al caso concreto e alle variabili che, nell'ambito di esso, entrano in gioco e suggeriscono di attenersi in misura maggiore o minore a "protocolli" e linee guida", o addirittura impongono in certi casi di discostarsene. **Di qui la natura delle linee guida come regole di massima flessibili ed adattabili alle specificità del caso concreto**.

Anche per questo, l'approccio giurisprudenziale tradizionale si è sempre mostrato tendenzialmente cauto: la Suprema Corte si esprime da tempo nel senso di non considerare le linee-guida come idonee a esaurire le regole di condotta sanitaria in rapporto a ogni singolo caso concreto; si afferma che, nel praticare la professione sanitaria, "**il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire un unico fine: la cura del malato utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, da disposizioni, considerazioni, valutazioni, direttive che non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità**".

Il rispetto delle "linee guida" non può insomma essere univocamente assunto quale parametro di riferimento della legittimità e di valutazione della condotta del medico; e quindi "nulla può aggiungere o togliere al diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né all'autonomia ed alla responsabilità del medico nella cura del paziente".

Pertanto, "**non può dirsi esclusa la responsabilità colposa del medico in riguardo all'evento lesivo occorso al paziente per il solo fatto che abbia rispettato le linee guida**, comunque elaborate, avendo il dovere di curare utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo la scienza medica dispone" (così si esprimeva Sez. 4, n. 8254 del 23/11/2010 - dep. 2011, Grassini).

4.2 Gli interventi legislativi di questi ultimi anni (dapprima la legge Balduzzi, da ultimo la legge Gelli-Bianco) hanno in qualche misura cercato di recepire le istanze del personale sanitario tese a modulare e circoscrivere i termini della responsabilità professionale (anche attraverso il contrasto al fenomeno della c.d. medicina difensiva).

Con l'entrata in vigore della legge 189/2012 (legge di conversione, con modifiche, del D.L. 158/2012, C.d. decreto Balduzzi), il legislatore ha introdotto una sostanziale modifica alle previsioni che fino ad allora avevano regolato la responsabilità penale in campo sanitario, prevedendo fra l'altro, all'art. 3, comma 1, che "l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve" .

Dopo appena cinque anni, la C.d. legge Galli - Bianco (legge n. 24/2017) é nuovamente intervenuta a disciplinare la responsabilità dei sanitari sul pigno sia civile che penale.

Di notevole interesse, per ciò che qui rileva, è quanto stabilito dall'art. 5 della legge: la norma (al comma 1) obbliga infatti gli esercenti le professioni sanitarie - nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale ad attenersi, "salve specificità del caso concreto", alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 dello stesso art. 5, elaborate 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 un emanando decreto del Ministro della salute (sulla base dei criteri di cui al successivo comma 2), da aggiornare con cadenza biennale.

Viene poi precisato che, in mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si dovranno attenere "alle buone pratiche clinico-assistenziali".

A tale disposizione fa riscontro l'articolo 6 della legge, che introduce un nuovo articolo nel codice penale: l'art. 590sexies (recante "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario"), che così recita: "1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della

professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma". "2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico - assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Ne consegue che le linee guida costituiscono parametri precostituiti ai quali il giudice deve tendenzialmente attenersi nel valutare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia e non veri e propri precetti cautelari vincolanti, capaci di integrare, in caso di violazione rimproverabile, ipotesi di colpa specifica, con conseguente obbligo di discostarsene nel caso in cui esse risultino inadeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso in esame (Sez. U, n. 8770 del 21/12/2017, dep. 2018, Mariotti, Rv. 272176; Sez. 4, n. 9447 del 30/01/2019, A., Rv. 275268).

Da ciò deriva il corollario in base al quale **in presenza di due alternative terapeutiche, il medico è tenuto a scegliere la soluzione meno pericolosa per la salute del paziente, con la conseguenza che egli è responsabile, in caso di complicazioni, e nonostante l'osservanza delle regole dell'arte, per imprudenza, ove adotti l'alternativa più rischiosa** (Sez. 4, n. 12968 del 12/11/2020, dep.2021, Usai, Rv. 281013).

4.3 Nel caso di specie, quindi, il riferimento alla presenza di diverse linee guida - ovvero di quelle SIED e di quelle ASGE, delle quali hanno dato atto gli stessi periti nominati nel corso del primo grado di giudizio - non comporta che l'adesione alle regole dettate da uno dei due protocolli sia, di per sé stessa, idonea a escludere la responsabilità del sanitario in relazione alle specificità del caso concreto.

Deve quindi rilevarsi che - con motivazione coerente con i predetti principi e non palesemente illogica - i giudici di merito hanno dato atto che, in relazione alle concrete condizioni del paziente (grande anziano e presentante molteplici comorbilità) e in presenza della sua qualificazione nella categoria ASA3 dal punto di vista del rischio anestesiologico, il sanitario avrebbe comunque dovuto attenersi al contenuto delle linee guida SIED, con conseguente raccomandazione della presenza di un medico anestesista durante tutto lo svolgimento della procedura di sedazione propedeutica rispetto all'esame specialistico.

Le considerazioni che precedono comportano quindi - per diretta conseguenza logica - **l'infondatezza dell'argomentazione inerente al rilievo difensivo riguardante la conformità della procedura adottata rispetto al protocollo aziendale seguito nell'unità di endoscopia e prevedente deroghe rispetto alla presenza di un anestesista; tanto in quanto i giudici di merito - con argomentazioni da ritenere pienamente coerenti con i predetti principi - hanno comunque rilevato che tale atto, avente mera efficacia interna, non poteva assumere alcuna efficacia esimente; e ciò sia in quanto non adattabile alla cura e alle prescrizioni imposte nel caso di specie e sia in quanto, in ogni caso, non corrispondente al contenuto delle linee guida richiamabili nel caso medesimo**.

Rilevando comunque che il relativo protocollo, nel raccomandare l'adozione della procedura di sedazione profonda, per pazienti con gravi comorbilità - come nel caso di specie - raccomandava espressamente (pag.4) la gestione della procedura da parte di un medico anestesista.

5. Devono essere altresì congiuntamente esaminati - per stretta connessione logica - il quinto e il sesto motivo di ricorso, attinenti alla correttezza del ragionamento seguito dai giudici di merito in punto di giudizio controfattuale e di conseguente sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva colposa addebitata all'imputato e l'evento letale.

I motivi sono complessivamente fondati.

5.1 In relazione a tali punti di doglianza va quindi premesso che occorre accertare se la condotta doverosa omessa, ove eseguita, avrebbe potuto evitare l'evento, richiedendosi il preliminare accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto (ed. giudizio esplicativo), al fine di verificare, sulla base di tale ricostruzione, se la condotta omessa possa valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione all'evitabilità dell'evento, ovvero alla sua verificazione in epoca significativamente posteriore e quindi se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, l'evento lesivo sarebbe stato evitato al di là di ogni ragionevole dubbio (Sez. 4, n.23339 del 31/01/2013, Giusti, Rv. 256941; Sez. 4, n. 26568 del 15/03/2019, Dionisi, Rv. 276340; Sez. 4, n. 416 del 12/11/2021, dep.2012, Castriotta, Rv. 282559).

Il tutto da valutare alla luce dei criteri dettati dalle Sezioni Unite di questa Corte e in base ai quali, **nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva** (Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222138); tenendo conto non solo di affidabili informazioni scientifiche ma anche delle contingenze significative del caso concreto, ed in particolare, della condizione specifica del paziente (Sez. 4, n. 10175 del 04/03/2020, Bracchitta, Rv. 278673; Sez. 4, n. 33230 del 18/11/2020, Campo, Rv. 280074; Sez. 4, n. 28182 del 06/07/2021, R., Rv. 281737), conseguendone che l'esistenza del nesso causale può essere ritenuta quando l'ipotesi circa il sicuro effetto salvifico dei trattamenti terapeutici non compiuti sia caratterizzata da elevata probabilità logica, ovvero sia fortemente corroborata alla luce delle informazioni scientifiche e fattuali disponibili (Sez. 4, n. 32121 del 16/06/2010, Chiodo, Rv. 248210).

5.2 Ciò posto, deve ritenersi che la motivazione adottata da parte dei giudici di merito sia complessivamente carente alla luce dei suddetti parametri nella parte in cui - nel recepire il sapere scientifico introdotto dai periti nominati nel corso del primo grado di giudizio - non ha operato una chiara e adeguata esposizione del comportamento salvifico eventualmente da porre in essere subito dopo la conclusione della procedura endoscopica e antecedentemente all'effettivo affidamento del paziente nei confronti degli anestesisti (al cui comportamento le stesse sentenze hanno riconosciuto una valenza concausale nella determinazione dell'evento letale).

Specificamente, la sentenza di appello ha dato atto che - al momento in cui il paziente era stato ricondotto in reparto, intorno alle ore 15,30 - le sue condizioni erano da considerarsi pienamente "reversibili" e che se il paziente fosse stato, fin da subito, assistito da un anestesista, sarebbe stato assicurato un continuo monitoraggio tale da garantire che, al termine della procedura, il paziente medesimo potesse trovarsi pienamente sveglio e al di fuori della "coda di sedazione" dalla quale non si è più ripreso.

Peraltro, al di là del generico riferimento all'attività di monitoraggio che sarebbe stata posta in essere da un anestesista presente nel corso della procedura endoscopica, le sentenze di merito appaiono carenti in punto di esatta formulazione del citato e necessario giudizio esplicativo; avendo omesso di specificare in senso adeguatamente intellegibile quale sarebbe stata - in concreto e in riferimento alle specifiche modalità di espletamento della procedura di sedazione e alle condizioni del paziente - la condotta idonea a deviare la concatenazione causale degli eventi.

6. La motivazione appare quindi, sul punto, insufficiente e contraddittoria; ragione per la quale la sentenza impugnata va annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Venezia, cui va altresì demandata la regolamentazione delle spese tra le parti relativamente al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia, per nuovo giudizio, ad altra Sezione della Corte di appello di Venezia, cui demanda altresì la regolamentazione delle spese tra le parti relativamente al presente giudizio di legittimità.

Così deciso il 14 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria il 6 maggio 2024.

Correlazione tra accusa e difesa nel giudizio sulla colpa medica

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 10 maggio 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 18366, Pres. Di Salvo; Rel. Calafiore

In tema di reati colposi, sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nel caso di radicale mutamento, negli aspetti costitutivi essenziali, delle condotte contestate e delle regole cautelari che si ritengono violate, produttivo di un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa. (In applicazione del principio, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 521 c.p.p. in relazione all'affermazione di responsabilità di un medico per il delitto di omicidio colposo, sul rilievo che, nell'imputazione, il profilo di colpa era stato contestato quale errore di diagnosi e di scelta dell'intervento da eseguire, nella sentenza di primo grado, era stato ravvisato nell'ingiustificata condotta omissiva a fronte di complicanze seguite all'operazione e, nella sentenza d'appello, era stato, invece, individuato nell'esecuzione imperita del primo intervento chirurgico).

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte di Appello di Cagliari ha riformato la pronuncia emessa dal Tribunale della medesima sede nei confronti di Tr.Ca., dichiarando non doversi procedere nei confronti della stessa per essere il reato a lei ascritto estinto per prescrizione e confermando le statuizioni civili di condanna al risarcimento dei danni patite dalle parti civili, adottate dal primo giudice nei confronti dell'imputata e delle parti civili.
2. A Tr.Ca., inizialmente anche con il contributo della collega Co. (per la quale si era proceduto separatamente con rito abbreviato, definito con sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto), era stato contestato il reato previsto dall'art. 589 cod. pen. per aver cagionato per colpa il decesso di Co.Da., intervenuto verso le ore 0,4 del 15.10.2013, presso il reparto di rianimazione dell'Ospedale SS. Trinità di C.
In particolare, la colpa era consistita in negligenza, imprudenza e soprattutto imperizia perché, essendo stata la Co.Da. ricoverata presso tale presidio, per l'asportazione di un fibroma all'utero (mioma uterino sottomucoso G1, secondo le indagini strumentali preparatorie del 18 settembre 2013, in realtà rivelatosi di grado G2, con intervento di resettoscopia, accadeva che la dottoressa Tr.Ca., chirurgo operatore dell'intervento suddetto (svoltosi tra le ore 11 e le 12 del 14.10.2013), erroneamente valutate le dimensioni del mioma, in quanto una corretta valutazione avrebbe sconsigliato l'intervento resettoscopico per il pressoché sicuro verificarsi della complicanza, cagionava alla paziente due perforazioni sul fondo dell'utero (che avevano messo in comunicazione la cavità uterina interna con la cavità peritoneale e lo spazio retro peritoneale), la lesione dell'uretere e dell'arteria ipogastrica sinistra, con conseguente copioso sanguinamento e necessità di un secondo intervento, d'urgenza, per identificare la sorgente del sanguinamento e mettere fine all'emorragia; intervento, cui la stessa Tr.Ca. partecipava in qualità di aiuto, non riuscito, per cui la Co.Da. decedeva per una gravissima compromissione pluriorgano causata da shock emorragico.
3. Il Tribunale ritenne corretto il contenuto dell'accertamento dei fatti svolto dai consulenti del pubblico ministero ed emergente dalle cartelle cliniche. In particolare, in data 14 ottobre 2013, Co.Da. si era recata presso il reparto di ginecologia ed ostetricia dell'Ospedale S.S. Trinità di C per sottoporsi alla asportazione resettoscopica del mioma sottomucoso, diagnosticato a seguito di isteroscopia il 18 settembre 2013 ed accertato essere di dimensioni di cm. 3, localizzato a livello del fondo dell'utero, in regime ambulatoriale di day hospital. L'intervento, eseguito dalla dottoressa Tr.Ca., iniziò alle ore 11 dello stesso giorno, previa anestesia generale delle ore 10,50 e terminò alle 11; il risveglio fu pronto e senza complicazioni. Nel corso dell'intervento, si procedeva, dapprima ad isteroscopia operativa, e successivamente a resettoscopia, previa dilatazione del canale cervicale con asportazione della lesione. In corrispondenza del fondo uterino, la parete apparve assottigliata e facile al sanguinamento per cui, verificatesi tali complicazioni, successivamente apprezzate quali perforazioni del fondo dell'utero che avevano messo in comunicazione la cavità uterina interna con la cavità peritoneale, la resettoscopia fu interrotta. Valutati i valori di emocromo alle ore 12 ed alle 13, dopo aver risvegliato la paziente, che dopo dieci minuti aveva lamentato dolore addominale ed accusato calo di pressione, ed averla sottoposta ad ecografia pelvica che evidenziava liquido in cavità addominale come da emoperitoneo, si decise in presenza dell'anestesista e del personale di sala di informarla della necessità di procedere a laparoscopia esplorativa e laparotomia. Nel corso del primo intervento si era verificata una lesione complessa caratterizzata da un duplice tramite tra cavità uterina e cavità peritoneale derivante da perforazione danno termico da elettricità.
Inoltre, quanto all'intervallo temporale tra il primo ed il secondo intervento, era rimasto accertato il dato obiettivo rappresentato dalla persistenza del più del 50% del mioma sottomucoso, ciò dimostrando che la parte asportata era solo un residuo dell'intera neoformazione, in contrasto con quanto riportato nel referto operatorio, che lasciava intendere che l'intervento fu concluso anzitempo in ragione del verificarsi della complicanza, pur se mancava nel referto l'indicazione, né vi era descritto alcun segno intraoperatorio riferibile a tale eventualità, poi riscontrata in sede operatoria.
La paziente fu quindi ricoverata presso la Sezione di ginecologia ed alle ore 13, dopo che tra le 12,28 e le 12,39 l'ecografia aveva evidenziato sangue libero all'interno della cavità peritoneale, condotta in sala operatoria con raccordo anamnestico all'ingresso che dava atto dei risultati dell'emocromo post-operatorio (con concentrazione di emoglobina al 6.3 gr/dL).
Dato il gravissimo quadro clinico, descritto in termini di certezza quale complicanza emorragica intraddominale, in assenza di una chiara identificazione della fonte del sanguinamento, fu eseguito un secondo intervento, di

emergenza, con arrivo della paziente alle ore 13,00 ed uscita alle ore 17,20 al fine di stabilizzare la paziente da un punto di vista emodinamico.
I consulenti avevano segnalato la discordanza tra la cartella anestesiologica (ove sì indica come momento di inizio del secondo intervento, le 13,45) e la descrizione dell'atto operatorio stampato dalla dottoressa Co. (che aveva eseguito l'intervento) il giorno dopo ove si indicava l'inizio dell'intervento nelle ore 13,00, ed avevano rilevato l'incidenza decisiva dell'eventuale ritardo dell'intervento rispetto all'accertamento dell'emoperitoneo (ore 12,30) e la constatata perdita del valore ematico (tra le 12,15 e le 13,10); in tale ipotesi si sarebbe determinato un danno immanente anemico ipossico dei parenchimi nobili, talmente grave da non consentire più alcun recupero funzionale. L'eventuale effettivo intervento alle ore 13,00 avrebbe importato la necessità di accertare l'adeguatezza della condotta tenuta nel secondo intervento.
Nel corso dello stesso, furono eseguite le operazioni di: sutura dell'utero, aspirazione del sangue e coaguli, controllo di ematoma retroperitoneale, chiusura del vaso sanguinante, controllo della emorragia e sutura dell'uretere. La diagnosi post-intervento fu quella di "emoperitoneo perforazione uterina lesione dell'arteria iliaca interna (ipogastrica) ematoma retroperitoneale - incisione ureterale". Si procedette a laparotomia trasversale sovra-pubica essendo stata individuata una piccola discontinuità di parete che interessava l'arteria e l'uretere, riferibile a trasmissione di corrente in organi contigui. Date le condizioni, la paziente fu sottoposta, tra le 14,15 e le 17,30, a trasfusione di due sacche di sangue zero negativo ed altre quattro compatibili, intubata e portata in rianimazione.
La paziente vi giunse con diagnosi di shock emorragico in soggetto sottoposto ad intervento per perforazione d'utero, grave acidosi politrasfusa ed alle 4,30 avvenne il decesso.
4. Dalla ricostruzione in fatto operata dai consulenti del pubblico ministero, ad avviso del Tribunale, residuavano alcuni elementi controversi e cioè: a) la condotta tenuta dalla Tr.Ca. durante l'intervento da lei eseguito e nell'intervallo tra i due interventi; b) le condizioni in cui versava la Co.Da. nel momento in cui ella aveva fatto ingresso nel reparto di rianimazione. I punti incerti erano stati fugati grazie all'istruttoria espletata.
In particolare, sebbene la contestazione fosse basata sul presupposto che il fibroma, alla rimozione del quale l'intervento era finalizzato, non fosse stato di tipo G1, ma G2, con conseguente inadeguatezza della scelta della dottoressa Tr.Ca. di effettuare la resectomia, pur trattandosi di un mioma G2, l'istruttoria aveva accertato che il diametro di 3 cm. dello stesso fosse compatibile con la classificazione del tipo G1 (comprendente valori tra 2 e 5 cm).
Allo stesso modo, era emerso che le complicazioni insorte durante l'intervento, costituite dalle lesioni che avevano poi determinato l'emorragia, che aveva causato il decesso della paziente, non erano prevedibili e prevenibili da parte della sanitaria, per cui nessun rimprovero poteva esserle mosso per il primo intervento.
Tuttavia, in forza del consolidato insegnamento giurisprudenziale secondo cui non sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza di condanna se la contestazione concerne globalmente la condotta addebitata come colposa, essendo consentito al giudice di aggiungere agli elementi di fatto contestati, altri estremi di comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e, come tali non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa (Sez. 4, 25/11/2020, n. 7940), poiché la condotta contestata era comunque riferita all'intera mattinata del 14 ottobre 2013, e sulla stessa si era svolta l'attività difensiva, il Tribunale ha ravvisato la responsabilità colposa dell'imputata per le condotte negligenti ed imperite tenute nella gestione dell'emergenza conseguente all'insorgenza delle lesioni occorse durante l'intervento, dalle quali scaturì il decesso.
Ad avviso del Tribunale, era pure emerso che la Tr.Ca. sin da subito aveva fatto quanto possibile per rendere più difficile la reale ricostruzione dell'accaduto, per minimizzare od escludere le proprie responsabilità. Di ciò si aveva contezza già leggendo il contenuto del registro operatorio nel punto in cui si afferma che l'intervento veniva interrotto, evidentemente in prossimità della totale asportazione della lesione, perché in corrispondenza del fondo uterino la lesione appariva assottigliata e facile al sanguinamento. In realtà, era poi stato accertato in sede autoptica che la lesione era ancora presente al 50%. In tal modo, l'imputata aveva artatamente accreditato la tesi che la quasi totalità del tempo di durata dell'intervento era stata dedicata all'asportazione della lesione. Poiché il dato era stato accertato, risultava evidente che già ben prima delle 12,00 la Tr.Ca. aveva avuto contezza della presenza della complicanza di cui, però, non aveva colto la rilevanza. Dunque, si sarebbe potuto anticipare la valutazione di gravità della complicanza rispetto alle ore 12,40, momento in cui fu effettuata l'ecografia. Ed anche a voler considerare tale momento, nulla era emerso sulla condotta della sanitaria tra le 12,40 e le 13,45, orario di inizio del secondo intervento. Anche la trasfusione di sangue, seppure richiesta in precedenza, fu eseguita solo alle ore 13,45, come dimostrava anche il sensibile calo del valore di emoglobina da 10 a 6,6, tra le 10 e le 12 del mattino, e l'anticipazione della trasfusione avrebbe consentito di tamponare l'emorragia in attesa del secondo intervento. La grave violazione delle regole ordinarie di diligenza era consistita nell'inosservanza della regola di comune esperienza che impone di fronteggiare le emorragie con trasfusioni urgenti.
La tesi difensiva, sostenuta dal prof. Bu., secondo la quale il decesso sarebbe stato in realtà determinato dall'operazione di incannulamento sotto guida ecografica della vena giugulare interna dx con catetere bilume, avvenuta in Rianimazione alle 18,30, era stata ampiamente smentita sulla base dei dati rappresentati dal prof. Da.in sede di udienza preliminare, che avevano dimostrato l'irreversibilità dei danni presenti al momento dell'ingresso in rianimazione alle 17,45, sebbene sotto un profilo logico e senza il conforto dei preparati istologici.
5. Impugnata tale sentenza dall'imputata, la Corte di appello, dopo aver rilevato che, nelle more del giudizio, il reato si era estinto per prescrizione anche considerando i periodi di sospensione, e che il giudizio proseguiva ai soli effetti civili, ha osservato che la ricostruzione seguita dal Tribunale, secondo la quale le due perforazioni dell'uretere e dell'arteria ipogastrica non erano prevedibili, né prevenibili, non poteva essere seguita, come aveva riferito il dottor Cr.Cl. (consulente della difesa), evidenziando la presenza di cospicua letteratura scientifica sul punto.
Lo stesso consulente, inoltre, aveva ricordato che le lesioni in questione si erano verificate in seguito alla diffusione, in aree corporee limitrofe a quelle interessate dall'intervento, di scariche elettriche prodotte dal resettoscopio. Dunque, gli insulti in questione non si erano prodotti per cause indipendenti dalla condotta della Tr.Ca., ma erano stati provocati dal resettoscopio dalla stessa manovrato nel corso

dell'operazione. Neppure era emerso il malfunzionamento dello strumento, per cui le lesioni non potevano che essere derivate dal suo uso imperito, integrante colpa gravissima, in quanto l'imputata lo aveva rivolto piuttosto che contro la neoformazione, in modo disordinato, verso altre parti dell'addome, provocando i danni poi accertati. Sia il secondo intervento che il ricovero in terapia intensiva, poi, costituivano post fatto imprescindibile della condotta colposa posta in essere dalla Tr.Ca., ininfluenti ai fini del riconoscimento della responsabilità della medesima.

7. Avverso tale sentenza, ricorre per cassazione Tr.Ca., a mezzo del proprio difensore, sulla base dei seguenti motivi, riportati in sintesi ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen.:

con un primo motivo, si deduce la reiterata violazione della necessaria correlazione tra l'imputazione contestata e le sentenze di merito (art. 606, comma 1, lett. c) cod. proc. pen.); si espone che, con il primo motivo di appello, si era rilevata la nullità della sentenza del Tribunale per violazione dell'art. 522 cod. proc. pen. in quanto l'imputata era stata condannata per un fatto diverso da quello contestato, ma la Corte di appello, piuttosto che emendare il vizio della sentenza impugnata lo aveva amplificato, forgiando una terza contestazione; il Tribunale, a fronte della contestazione formulata dal pubblico ministero, che censurava la Tr.Ca. per aver erroneamente valutato le dimensioni del mioma ed aver effettuato un intervento resettoscopico sconsigliato, aveva ritenuto l'imputata responsabile per l'eccessivo attendismo nella gestione dell'emergenza; la Corte d'appello, ha censurato la sanitaria per l'ulteriore condotta di aver sbagliato la materiale esecuzione della isteroscopia, anche questa del tutto non compresa nell'originario capo di imputazione; né la sentenza impugnata, come la precedente, aveva indicato in che modo l'imputata si era comunque difesa nel processo anche da tale accusa;

…omissis…

Ragioni della decisione

1. Il primo motivo di ricorso, che evidenzia il profilo della mancata correlazione tra imputazione contestata e sentenze di merito, è fondato.

2. La ricorrente ha evidenziato come la condotta che formò oggetto di originaria contestazione, rimasta ferma per tutta la fase delle indagini preliminari, si riferisse al rimprovero, mosso alla Tr.Ca., per avere erroneamente valutato le dimensioni del mioma (G1 anziché G2) e, quindi, per aver effettuato l'intervento di rettoscopia sconsigliato per il pressoché sicuro verificarsi della complicanza. Il Tribunale, tuttavia, accertò la responsabilità penale della Tr.Ca. per eccessivo attendismo, che aveva caratterizzato la condotta della sanitaria tra la fine dell'isterectomia da lei compiuta e l'inizio dell'operazione riparatrice eseguita dalla dottoressa Co..

L'inerzia colpevole era stata dunque la condotta omissiva rimproverata, e non l'errore nella scelta del tipo di intervento o l'errore di esecuzione dello stesso. Ad avviso della Corte territoriale, infine, l'imputata aveva sbagliato l'esecuzione materiale della isteroscopia, aveva cioè eseguito malamente l'intervento, così da provocare le lesioni.

5. Viene posta la questione della violazione dell'art. 521 cod. proc. pen., che, per quanto sopra anticipato sugli effetti solo civili di questo giudizio, deve essere valutata in relazione alla conseguenza sul piano della stessa identificazione dell'illecito a cui connettere l'obbligo risarcitorio ed alla sua attribuzione in via esclusiva alla ricorrente.

6. Come è noto, il tema in esame ha interessato non solo la giurisprudenza nazionale, di legittimità (tra le molte vd. Sez.6, 13/11/2019, n. 49175) e costituzionale (Corte Cost. 10-17.3.2010, n. 103; Corte Cost. 14-31.7.2020, n. 192), ma anche quella sovranazionale, in relazione alla necessità di assicurare la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione Europea sull'interpretazione dell'art. 6, paragrafo 4, della direttiva 2012/13/UE, relativo all'obbligo di informare l'imputato in tempo utile che i fatti di reato sono stati o possono essere riqualificati (da ultimo, Corte di giustizia UE, sent. 9 novembre 2022, BK, C-175/22). Nonché, la giurisprudenza della Corte EDU quanto al profilo delle garanzie difensive da riconoscere all'imputato ai sensi dell'art. 6, paragrafi 1 e 3, lett. a) e b), CEDU (Corte EDU, 25.3.1999, Pellissier e Sassi c. Francia; Corte EDU, 1.3.2001, Dallos c. Ungheria; Corte EDU, 20.4.2006, I.H. c. Austria; Corte EDU, 11.12.2007, Drassich. C. Italia).

7. La giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. 1, n. 6302 del 14/04/1999 Rv. 213459 - 01, Iacovone; Sez. 6, n. 35120 del 13/06/2003, Conversano ed altri Rv. 226654 - 01; Sez. 2, n. 10989 del 28/02/2023, Rv. 284427 - 01) ha da tempo consolidato il principio secondo cui l'immutazione del fatto di rilievo, ai fini della eventuale applicabilità dell'art. 521 c.p.p., è solo quella che modifica radicalmente la struttura della contestazione, in quanto sostituisce il fatto tipico, il nesso di causalità e l'elemento psicologico del reato, e, per conseguenza di essa, l'azione realizzata risulta completamente diversa da quella contestata, al punto da essere incompatibile con le difese apprestate dall'imputato per discolparsene,

8. Non può quindi parlarsi di immutazione del fatto quando il fatto tipico rimane identico a quello contestato nei suoi elementi essenziali e cambiano solo in taluni dettagli le modalità di realizzazione della condotta (Cass., Sez. I, 17 dicembre 1991, Sacco).

9. Nel caso di specie, diversamente da tale ipotesi, i giudici del merito hanno ripetutamente modificato il fatto contestato nella sua specificità materiale, stravolgendo aspetti della condotta strettamente connessi alle difese opponibili; non si tratta dunque di modifiche marginali ma essenziali.

10. I giudici hanno in concreto ammesso plurime immutazioni del fatto storico contestato, solo perché le diverse condotte si collocavano nell'ambito di una medesima cornice temporale, trattandosi di condotte colpose comunque realizzate nell'arco di tempo indicato nel capo di imputazione.

11. **Essendo invece state più volte radicalmente mutate, negli aspetti costitutivi essenziali, le condotte mediche imputate alla ricorrente, dalle quali si sono poi fatte discendere diverse violazioni di regole cautelari, deve trovare positiva applicazione il principio secondo cui, con riferimento alla necessaria correlazione fra imputazione contestata e sentenza, si realizza il mutamento del fatto là dove, come nel caso di specie, si sia determinata una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa**.

12. Nel caso di specie, non vi è dubbio che il fatto descritto nel capo di imputazione sia stato individuato in un errore di diagnosi e di scelta del tipo di intervento da eseguire, addirittura ritenendo la stessa scelta inevitabilmente pregiudizievole per la salute della parte offesa. Il Tribunale ha invece riscontrato una condotta colposa omissiva, determinata dall'aver atteso ingiustificatamente prima di intervenire, a

fronte di una complicazione del primo intervento. Successivamente, la Corte di appello ha nuovamente rovesciato la indicazione del fatto storico contestato, ravvisando la colpa dell'imputata nell'eseguire in maniera imperita il primo intervento, ritenendo che la Tr.Ca. fosse incorsa in una marcatissima imperizia nell'esecuzione del primo intervento chirurgico, mediante l'utilizzo disordinato dello strumento chirurgico.

12. Non può esservi dubbio, quindi, sulla radicale e reiterata trasformazione del fatto contestato, con consequenziale lesione del diritto di difesa in concreto. È evidente che, anche in relazione alla natura tecnico sanitaria delle condotte volta per volta indicate dai giudici, peraltro inserite in contesti organizzativi complessi e correlate a condotte di altri agenti pure professionali, non può certo ritenersi che la mutazione sia stata in concreto irrilevante per le esigenze difensive.

14. In definitiva, l'accoglimento del primo motivo, che assorbe logicamente tutti gli altri (dipendenti dalla individuazione della condotta illecita addebitata), determina l'annullamento della sentenza, con rinvio al giudice civile indicato in dispositivo, che provvederà anche alla regolazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia, per nuovo giudizio al giudice civile competente per valore in grado di appello, cui demanda altresì la regolamentazione delle spese tra le parti relativamente al presente giudizio di legittimità.

Oscuramento dati sensibili.

Così deciso in Roma, il 17 gennaio 2024.

Depositato in Cancelleria il 10 maggio 2024.

Le acque reflue provenienti da una clinica non possono essere considerate “domestiche"

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 16 maggio 2024, udienza 10 aprile 2024, n. 19391, Pres. Ramacci; Rel. Corbetta

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 137 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, rientrano nella nozione di acque reflue industriali quelle provenienti da una clinica specialistica, trattandosi di acque derivanti da un'attività terapeutica caratterizzata dall'impiego di sostanze estranee al metabolismo umano ed alle attività domestiche.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con l'impugnata sentenza, il Tribunale di Cassino ha condannato Co.Ma. e Co.Ma. alla pena di 1.000 euro di ammenda ciascuno in relazione al reato di cui agli artt. 113 cod. pen. , 137, comma 1 D.Lgs. n. 152 del 2006, perché, in cooperazione colposa tra loro, entrambi nella qualità di legali rappresentanti della clinica specialistica "Casa del Sole" sita in Formia, effettuavano uno scarico di acque reflue autorizzate nella rete fognaria adibita ai soli scarichi domestici, in assenza della prescritta autorizzazione. Fatto accertato il 26 marzo 2018.
2. Avverso l'indicata sentenza, gli imputati, per il ministero del comune difensore di fiducia, con il medesimo atto hanno proposto ricorso per cassazione, che è affidato a tre motivi.
…omissis…
2.2. Con un secondo motivo eccepisce la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. in relazione all'art. 74, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 152 del 2006. Argomenta il difensore che il Tribunale avrebbe omesso di motivare in ordine alla qualificazione degli scarichi, ritenuti industriali con una motivazione generica e apodittica, considerando che detti scarichi sono solo quelli derivanti dai bagni della struttura e, quindi, essendo solo quelli conseguenti al metabolismo umano, sono assimilabili a quelli domestici.
2.3. Con un terzo motivo si lamenta la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen. in relazione all'art. 101, comma 7, D.Lgs. n. 152 del 2006. Sostiene il difensore che, nel caso di specie, troverebbe applicazione l'art. 101, comma 7, D.Lgs. n. 152 del 2006, che ritiene assimilabili alle acque reflue domestiche le acque provenienti reflue aventi caratteristiche qualitative equivalenti a quella domestiche; nel caso di specie, sarebbero applicabili i limiti allo scarico come definititi dal Piano di Tutela delle Acque Regionali, emanato con d.c.r. 27 settembre 2007, n. 42. Rappresenta il difensore che, sulla base delle prove raccolte, le acque reflue emesse dalla clinica sono solo quelle riferibili al metabolismo umano e le analisi hanno certificato il rispetto dei parametri di legge; il Tribunale, inoltre, non avrebbe correttamente valutato la consulenza del dott. Allegretti, la quale dimostrato l'inadeguatezza - e quindi l'inutilizzabilità - degli accertamenti svolti dagli operanti in relazione alla metodologia di indagine, effettuata, con riferimento alle modalità di campionatura, in violazione delle prescrizioni di cui all'Allegato 5 D.Lgs. n. 152 del 2006.

Considerato in diritto

…omissis…
4. I restanti due motivi, esaminabili congiuntamente in quanto strettamente collegati, sono, come anticipato, infondati.
5. **Il Tribunale, infatti, ha correttamente escluso che le acque reflue provenienti dalla clinica specialistica di cui i ricorrenti sono i legali rappresentanti, siano da ricondurre, in prima battuta, nella categoria delle "acque reflue domestiche", tali essendo, secondo la definizione fornita dall'art. 74, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 152 del 2006, le "acque reflue provenienti da insediamenti di tipo residenziale e da servizi e derivanti prevalentemente dal metabolismo umano e da attività domestiche**".
Per contro, secondo quanto stabilisce la successiva lett. h), per "acque reflue industriali" si intendono "qualsiasi tipo di acque reflue scaricate da edifici od impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, diverse dalle acque reflue domestiche e dalle acque meteoriche di dilavamento".
6. Orbene, la definizione di "acque reflue domestiche", oltre al riferimento al metabolismo umano, si incentra sul tipo di attività di provenienza di tali scarichi, ossia le "attività domestiche": locuzione che è chiaramente riferita alla convivenza e coabitazioni di persone, ma in un ambito strettamente e necessariamente solo familiare, come, del resto, corroborato dall'etimologia dell'aggettivo che descrive le attività - "domestiche", appunto.
Allo stesso modo, le definizione di "acque reflue industriali" è incentrata sulla provenienza, dovendo dette acque essere "scaricate da edifici od impianti in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni", purché, ovviamente, siano diverse dalle "reflue domestiche e dalle acque meteoriche di dilavamento".
Di conseguenza, in uno con la dottrina più convincente, deve ritenersi che quello della provenienza sia il criterio cardine per individuare, in prima battuta, il discrimine, all'interno delle acque reflue, tra quelle "domestiche" e quelle "industriali".
7. Questa interpretazione, che appare la più rispettosa del dato normativo e letterale, trova conferma nell'evoluzione legislativa.
Invero, la primigenia versione dell'art. 74, comma 1, lett. h), forniva la seguente definizione di acque reflue industriali: "qualsiasi tipo di acque reflue provenienti da edifici od installazioni in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, differenti qualitativamente dalle acque reflue domestiche e da quelle meteoriche di dilavamento, intendendosi per tali anche quelle venute in contatto con sostanze o materiali, anche inquinanti, non connessi con le attività esercitate nello stabilimento".
Orbene, la cancellazione sia dell'avverbio "qualitativamente", sia della specificazione che faceva confluire le acque meteoriche nella nozione di acque reflue industriali, in base a una loro caratteristica qualitativa - ovvero che fossero "venute

in contatto con sostanze o materiali, anche inquinanti, non connessi con le attività esercitate nello stabilimento" - conforta la conclusione qui patrocinata, proprio perché il novum normativo ha comportato l'eliminazione di due elementi, che erano entrambi volti a caratterizzare le acque industriali in base alla qualità del refluo.

8. Deve perciò affermarsi che **una clinica specialistica - la quale, nel caso di specie, si compone di 117 camere di pazienti - va considerata un edificio dove si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, intendendo per tali i servizi erogati dalla clinica medesima, con conseguente qualificazione degli scarichi quali "acque reflue industriali".**

Del resto, in una vicenda per certi versi analoga a quella oggetto del presente giudizio, questa Sezione ha affermato che, **ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 137 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, rientrano nella nozione di acque reflue industriali quelle provenienti da un centro di emodialisi, trattandosi di acque derivanti da un'attività terapeutica caratterizzata dall'impiego di sostanze estranee al metabolismo umano ed alle attività domestiche** (Sez. 3, n. 35850 del 10/05/2016, Tramontana, Rv. 267946).

Allo stesso modo, si è affermato che i reflui provenienti dai reparti e relativi laboratori di un presidio ospedaliero non possono definirsi come provenienti da insediamento civile, o ad esso equiparabile, poiché non può affermarsi che tale scarico sia assimilabile a quelli provenienti da insediamenti abitativi. Ed invero la qualificazione di insediamento produttivo, ai fini della normativa in esame, non può essere collegata solo ad attività di produzione di beni in senso stretto, ma deve essere affermata in relazione ad ogni attività economica, pur se rivolta a prestazione di servizi, quando lo scarico non sia assimilabile a quello proveniente da un normale insediamento abitativo. Ne consegue che le acque reflue in questione non possono neppure considerarsi "domestiche" ai sensi del d.lg. n.152 del 1999, in quanto esse non sono derivanti prevalentemente dal metabolismo umano e da attività domestiche (Sez. 3, Sentenza n. 3433 del 17/11/1999, Barbieri, dep. 2000, Rv. 216443).

Nello stesso senso, si collocano alcune decisioni, le quali hanno ravvisato il reato previsto dall'art. 137 D.Lgs. n. 152 del 2006, nel caso di immissione in pubblica fognatura, senza la prescritta autorizzazione, delle acque reflue provenienti dai laboratori odontotecnici, che possono essere equiparate alle acque reflue domestiche solo a condizione che rispettino i parametri indicati dall'art. 2 del d.P.R. 19 ottobre 2011, n. 227 (Sez. 3, Sentenza n. 29416 del 03/05/2013, Rustioni, Rv. 256378; in senso conforme, Sez. 3, n. 35137 del 18/06/2009, Tonelli, Rv. 244587).

9. Né, nei caso di specie, può soccorrere la previsione dell'art. 101, comma 7, D.Lgs. n. 152 del 2006, il quale contempla una serie tassativa di acque reflue che, ai fini della disciplina degli scarichi e delle autorizzazioni, sono assimilate alle acque reflue domestiche, tra cui, alla lett. e), quelle "aventi caratteristiche qualitative equivalenti a quelle domestiche e indicate dalla normativa regionale".

L'accertamento della equivalenza qualitativa delle acque reflue rispetto a quelle domestiche è, evidentemente, una valutazione di fatto, che è riservata al giudice di merito.

Nel caso in esame, come si apprende dalla sentenza impugnata (cfr. p. 3) e dagli allegati prodotti dal ricorrente, sulla base degli accertamenti effettuati dall'A.r.p.a. , è stata appurata l'insussistenza di tale equivalenza qualitativa, anche considerando, come rilevato dal Tribunale, la circostanza che si tratta di liquidi provenienti da 117 bagni di pazienti affetti da varie patologie e che assumevano diversi tipi di farmaci.

10. Neppure può trovare applicazione la disciplina prevista dal d.P.R. 19 ottobre 2011, n. 227, il quale prevede l'assimilazione alle acque reflue domestiche dei reflui prodotti dalle piccole e medie imprese, ove siano rispettati dei parametri indicati dall'art. 2, essendo altrimenti applicabili gli artt. 74 e 101 D.Lgs. n. 152 del 2006.

L'art. 1 del citato d.P.R. ne individua l'ambito di applicazione, richiedendo la sussistenza di due presupposti: 1) la riconducibilità dello scarico alle categorie di imprese di cui al D.M. attività produttive 18 aprile 2005, art. 2 e, cioè, alle piccole e medie imprese (PMI); 2) l'attestazione, da parte del titolare dell'impresa, dell'appartenenza alla categoria delle piccole e medie imprese mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46 d.P.R. n. 445 del 2000, presentata allo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dello stesso art. 5 d.P.R. n. n. 227 del 2011.

Sul piano oggettivo, si precisa, all'art. 2, che, in assenza di disciplina regionale e fermo restando quanto previsto dall'art. 101, comma 7, lett. e), D.Lgs. n. 152 del 2006, trovano applicazione i criteri di assimilazione di cui al precedente comma 1, il quale prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 101 dall'allegato 5 alla parte terza del D.Lgs. n. 152 del 2006, sono assimilate alle acque reflue domestiche: a) le acque che prima di ogni trattamento depurativo presentano le caratteristiche qualitative e quantitative di cui alla tabella 1 dell'allegato A; b) le acque provenienti da servizi igienici, cucine e mense; c) le acque reflue provenienti dalle categorie di attività indicate nella tabella 2 dell'allegato A, con le limitazioni indicate nella stessa.

Nel caso in esame, non risultano accertati i requisiti dinanzi indicati, tanto che nemmeno il ricorrente ha allegato la sussistenza dei presupposti previsto dal citato d.P.R. n. 227 del 2011.

11. Breve: nel caso specifico, per un verso, mancano i presupposti per la riconducibilità delle acque in esame tra quelle "reflue domestiche", stante la loro provenienza da un insediamento produttivo, e, per altro verso, sulla base di un accertamento di natura fattuale - che evidentemente non può essere oggetto di giudizio da parte della Corte di Cassazione - attestante il superamento di taluni limiti, è stata esclusa la assimilabilità dei reflui alle acque domestiche ai sensi dell'art, dall'art. 101, comma 7, lett. e), D.Lgs. n. 152 del 2006.

Su queste basi, correttamente il Tribunale è pervenuto all'affermazione della penale responsabilità degli imputati per il reato loro ascritto in concorso, evidentemente - da un punto di vista formale - ai sensi dell'art. 110 cod. pen. , trattandosi di ipotesi contravvenzionale, e non già, come indicato nel capo di imputazione, dell'art. 113 cod. pen. , disposizione che dà copertura, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. pen. , al concorso di persone nel delitto colposo.

12. Nondimeno, come si è anticipato, stante la non manifesta infondatezza del secondo e del terzo motivo, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvia perché il reato è estinto per prescrizione.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione.

Così deciso il 10 aprile 2024.

Depositato in Cancelleria il 16 maggio 2024.

Il contenuto della cartella clinica non può offendere la reputazione

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 31 maggio 2024, udienza 9 aprile 2024, n. 21869, Pres. Scarlini; Rel. Francolini

Non è diffamatorio l'aver qualificato, in cartella clinica, come "improprio" il ricovero di una paziente in un reparto ospedaliero. (In motivazione, la Corte ha precisato che la predetta annotazione da parte dell'imputato costituiva solo espressione di dissenso rispetto alla scelta del collega che aveva disposto il ricovero, non potendosi attribuire carattere denigratorio alla mera attribuzione ad altri di un errore).

…omissis…

In fatto

1. Con sentenza del 14 febbraio 2023 la Corte di appello di Napoli, all'esito del gravame interposto da Ru.Lu., ha confermato la pronuncia in data 15 novembre 2021 con la quale il Tribunale di Napoli ne aveva affermato la responsabilità per il delitto aggravato di diffamazione (art. 595, commi 1 e 3, cod. pen.) - commesso in pregiudizio di An.De. - e, concesse le circostanze attenuanti generiche con giudizio di equivalenza, lo aveva condannati alla pena di Euro 300 di multa, con le conseguenti statuizioni civili in favore dello stesso De..
In particolare, al Ru. (medico in servizio presso l'ospedale Fatebenefratelli di Napoli) è stato contestato il delitto in imputazione per aver annotato sul diario clinico della cartella sanitaria di Er.Sc. la seguente espressione: "la paziente è stata IMPROPRIAMENTE ricoverata nel reparto medicina", così offendendo l'onore del De. (medico del medesimo nosocomio) che aveva ordinato tale ricovero.
2. Avverso la sentenza di appello il difensore dell'imputato ha proposto ricorso per cassazione, articolando cinque motivi (di seguito esposti nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, d. att. cod. proc. pen.).
2.1. Con il primo motivo sono stati denunciati la violazione dell'art. 595 cod. pen. e il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, anche in relazione al rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. A fronte del contenuto neutro - e, dunque, non denigratorio - dell'avverbio "impropriamente", i Giudici di merito avrebbero tratto la sussistenza del fatto valorizzando l'intenzione offensiva ascritta al ricorrente, ossia sovrapponendo l'elemento soggettivo del reato all'elemento oggettivo; in particolare, la Corte territoriale avrebbe attribuito rilievo al contesto comunicativo in cui si colloca l'espressione e alla potenziale e concreta comunicazione di essa a più persone, senza tuttavia indicare alcuna circostanza relativa a tale contesto (limitandosi piuttosto a fare riferimento a quello che dovrebbe essere il contenuto della cartella clinica), non constando piuttosto alcun elemento che deponga per la portata allusiva dell'espressione (costituita da un unico avverbio) ed anzi essendo risultato corrispondente al vero che nella specie, alla luce delle condizioni cliniche della paziente, il suo ricovero nel reparto di medicina fosse inidoneo a tutelarne la salute ed essendo emerso dalla deposizione del primario dello stesso reparto, dott. Fo., che l'affermata improprietà del ricovero non è stata ritenuta denigratoria verso la persona offesa. Sotto tale ultimo profilo, in maniera illogica e sostanzialmente priva di motivazione sarebbe stata rigettata la richiesta di esaminare nuovamente il dott. Fo., nonostante essa - nel presupposto che la diffamazione è un reato di evento - si fondasse proprio sulla necessità che l'espressione in imputazione fosse stata in effetti percepita da terzi come denigratoria.
…omissis…

Considerato in diritto

Il primo motivo di ricorso è fondato, nei limiti di seguito chiariti, rimanendo assorbite tutte le ulteriori censure.
1. Anzitutto, deve ribadirsi che "in materia di diffamazione, la Corte di cassazione può conoscere e valutare l'offensività della frase che si assume lesiva della altrui reputazione perché è compito del giudice di legittimità procedere in primo luogo a considerare la sussistenza o meno della materialità della condotta contestata e, quindi, della portata offensiva delle frasi ritenute diffamatorie, dovendo, in caso di esclusione di questa, pronunciare sentenza di assoluzione dell'imputato" (Sez. 5, n. 2473 del 10/10/2019 - dep. 2020, Fabi, Rv. 278145 - 01; Sez. 5, n. 486 del 19/09/2014, Demofonti, Rv. 261284; cfr. pure Sez. 5, n. 41869 del 14/02/2013, Fabrizio, Rv. 256706).
1.2. Ciò posto, l'art. 595 cod. pen. incrimina chiunque, comunicando con più persone, offenda l'altrui reputazione (nei casi in cui la comunicazione non sia diretta all'offeso che vi resta estraneo; cfr. Sez. 5, n. 10905 del 25/02/2020, Sala, Rv. 278742 - 01; Sez. 5, n. 10313 del 17/01/2019, Vicaretti, Rv. 276502 - 01).
Questa Corte ha già rilevato che:
- "il bene giuridico tutelato dall'art. 595 cod. pen. è l'onore nel suo riflesso in termini di valutazione sociale (la reputazione intesa quale patrimonio di stima, di fiducia, di credito accumulato dal singolo nella società e, in particolare, nell'ambiente in cui quotidianamente vive e opera) di ciascuna persona, e l'evento è costituito dalla comunicazione e dalla correlata percezione o percepibilità, da parte di almeno due consociati, di un segno (parola, disegno) lesivo, che sia diretto, non in astratto, ma concretamente, a incidere sulla reputazione di uno specifico cittadino (…). Si tratta di evento, non fisico, ma, psicologico, consistente nella percezione sensoriale e intellettiva, da parte di terzi, dell'espressione offensiva" (Sez. 5, n. 39059 del 27/06/2019, Bel pietra, Rv. 276961 - 01, che richiama, tra le altre, Sez. 5, n. 47175 del 04/07/2013, Aquilio Ulizio, Rv. 257704);
- "ai fini della configurabilità del delitto di diffamazione, è necessario che le parole utilizzate siano attributive di qualità sfavorevoli alla persona offesa, ovvero che gettino, comunque, una luce negativa su quest'ultima" (Sez. 5, n. 17944 del 07/02/2020, Versaci, Rv. 279116 - 01), ossia si sostanzino in un'affermazione che "contiene una carica dispregiativa" tale da essere avvertita nel "comune sentire" come espressione lesiva della reputazione (Sez. 5, n. 4448 del 16/10/2019 - dep. 2020, Girolametti, Rv. 278153 - 01), che può cogliersi anche quando "il contesto (…) determini il

mutamento del significato apparente di una o più frasi, altrimenti non diffamatorie, attribuendo ad esse un contenuto allusivo percepibile" dal soggetto medio (cfr. Sez. 5, n. 37124 del 15/07/2008, De Luca, Rv. 242019 - 01, in materia di diffamazione a mezzo stampa, i cui principi sono valevoli in generale per il delitto in discorso; cfr. pure, in motivazione, Sez. 5, n. 47041 del 10/07/2019, Faelutti, Rv. 277742 - 01).
Tanto che, coerentemente, **la giurisprudenza ha già affermato che "non ha natura diffamatoria l'espressione "pazzo" riferita al titolare di uno studio professionale e pronunciata, nel contesto di una discussione tra colleghi avente ad oggetto l'organizzazione e la funzionalità del lavoro, quale rappresentazione della conduzione scorretta dell'ufficio, foriera di gravi conseguenze sullo stesso"** (Sez. 5, n. 17672 del 08/01/2010, Paglietti, Rv. 247218 - 01).
1.2. Nel caso in esame, è dirimente considerare quanto segue
Alla luce della ricostruzione del fatto compiuto dai Giudici di merito, in parte qua non oggetto di censura, **l'annotazione da parte del Ru. (sia pure in carattere maiuscolo e sottolineato) dell'improprio - ad avviso dello stesso imputato - ricovero nel reparto presso cui prestava servizio della menzionata paziente (disposto dal De.) costituisce un'espressione di dissenso rispetto alla scelta terapeutica del collega ma non ha alcun contenuto denigratorio dell'agire di quest'ultimo poiché non contiene alcuna carica dispregiativa verso di lui e verso la sua competenza professionale, non avendogli attribuito alcuna qualità sfavorevole** (evenienza che non può ravvisarsi nella mera qualificazione come erronea di una determinazione non condivisa, per l'appunto, da chi così si esprime, ossia nella mera attribuzione ad altri di un errore), neppure in termini allusivi, che, in effetti, la sentenza impugnata non descrive: difatti, la Corte di merito - richiamando la decisione di primo grado - ha rimarcato l'intenzione diffamatoria (che ha tratto dall'uso del carattere maiuscolo e sottolineato), che tuttavia attiene al profilo soggettivo del reato e non può ex se connotare l'espressione (sotto il profilo oggettivo) quale offensiva, e ha fatto riferimento all'impropria apposizione della scritturazione nella cartella clinica passibile di essere letta da un numero indeterminato di persone, profili questi ultimi neppure correlabili a una modificazione del significato dell'espressione in imputazione, di per sé non offensiva (secondo quanto appena esposto), in termini invece denigratori secondo il comune sentire.
1.3. Si impone, allora, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non sussiste.
Ai sensi dell'art. 52, comma 2, D.Lgs. 196/2003, si dispone che sia apposta a cura della cancelleria, sull'originale della sentenza, l'annotazione prevista dall'art. 52, comma 3, cit., volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza in qualsiasi forma, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi degli interessati.

P.Q.M.
Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, perché il fatto non sussiste.
In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 D.Lgs. 196/03 in quanto imposto dalla legge.
Così deciso il 9 aprile 2024.
Depositata in Cancelleria il 31 maggio 2024.

Maltrattamento di animali tramite somministrazione di antinfiammatorio

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 19 giugno 2024, udienza 15 febbraio 2024, n. 24257, Pres. Ramacci; Rel. Noviello

In tema di maltrattamento di animali, oltre all'ipotesi di somministrazione di sostanze dopanti vietate, integra il reato qualsiasi manipolazione clinica che, in assenza di specifiche indicazioni terapeutiche, sia finalizzata al miglioramento delle prestazioni (fattispecie relativa alla somministrazione di antinfiammatori ad un cavallo).

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza del 10 marzo 2023, la Corte di appello di Firenze, riformando parzialmente la sentenza del tribunale di Siena del 18 giugno 2019 assolveva Br.Lu. dai reati di cui ai capi h, l, m, n. o, di cui agli artt. 48483 cod. pen., nonché, assieme a Be.Ma., dai reati di cui ai capi b e c, quindi, dichiarava non doversi procedere nei confronti dei due predetti imputati in ordine a reati di cui ai capi a, h, i, l, m, n. o, p, come riqualificati ai sensi degli artt. 48,482 e 477 c.p., e dichiarava altresì Br.Lu. responsabile del reato ex art. 544-ter c.p. comma 2 di cui al capo d), revocando inoltre l'interdizione dai pubblici uffici disposta nei confronti del Br.Lu., condannandolo al risarcimento dei danni a favore delle costituite parti civili oltre che, insieme al Be.Ma., al pagamento delle spese sostenute dalle costituite parti civili, e confermava nel resto la sentenza impugnata.
2. Avverso la predetta ordinanza Br.Lu., tramite i difensori di fiducia, ha proposto ricorso per Cassazione deducendo tre motivi con un primo ricorso e un unico motivo con il secondo.
3. Con il primo motivo del primo ricorso, deduce il vizio di violazione di legge processuale con riguardo agli artt. 521 e/o 522 cod. proc. pen., rilevando la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza come anche imposto nel quadro del principio di garanzia di un equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione Edu. Si osserva che la Corte di appello avrebbe riqualificato nella violazione dell'art. 544-ter c.p. comma 2 prima parte - riferito alla somministrazione di farmaci vietati, diretta ad aumentare le performance sportive di animali - il fatto contestato, con cui invece si faceva riferimento alla condotta di cui alla seconda parte del secondo comma del predetto articolo, riferita a trattamenti che procurano danno alla salute degli animali, come del resto rilevato dal primo giudice che aveva assolto il ricorrente e come ritenuto nel corso dell'istruttoria, tutta incentrata su questa ipotesi. Si sarebbe in altri termini modificato radicalmente il fatto, attribuendo alla condotta da giudicare la veste di somministrazione ad animali di sostanze vietate, così facendosi riferimento ad un fatto diverso da quello contestato. Peraltro, la Corte così operando avrebbe anche confuso i principi dettati in materia di somministrazione di sostanze vietate (che di per sé integrano un reato di pericolo) con la sottoposizione ad attività faticose che integra un reato con evento di danno.
In subordine, si deduce la violazione dell'art. 522 cod. proc. pen. per l'insussistenza dei fatti e condotte ritenuti in sentenza.
4. Con il secondo motivo, deduce vizi di violazione di legge e di motivazione, in relazione agli artt. 544-ter c.p. e 192 cod. proc. pen. La corte avrebbe erroneamente oltre che contraddittoriamente sovrapposto la condotta di cui alla prima parte dell'art. 544-ter comma 2 cod. pen. inerente la somministrazione di sostanze vietate con la seconda parte del medesimo comma, avrebbe altresì acriticamente applicato un precedente giurisprudenziale non pertinente, perché presuppone la contemporaneità tra la somministrazione di un farmaco antinfiammatorio e la sottoposizione a gara agonistica, e ritenuto, nel quadro dei predetti vizi, sufficiente, per il giudizio di responsabilità, la mera somministrazione di farmaci in assenza di prova di danno per i cavalli interessati.
5. Con il terzo motivo, deduce vizi di violazione di legge e di motivazione in ordine alla mancata applicazione delle attenuanti generiche e alla errata individuazione e determinazione della pena. Sarebbe stato violato l'art. 133 c.p., non essendosi valutata la gravità del fatto e la capacità a delinquere dell'imputato. Incorrendo in vizi di manifesta illogicità e contraddittorietà, si sarebbe spiegata la gravità del fatto, da una parte, richiamando la circostanza della inerenza delle vicende a competizioni in cui i cavalli sono messi a dura prova e, dall'altra, escludendo che i cavalli stessi abbiano partecipato a vere e proprie competizioni. Si osserva poi che sarebbe stata esclusa l'applicazione delle attenuanti generiche senza alcuna motivazione al riguardo.
6. Con l'unico motivo di cui al secondo ricorso, si deduce la violazione dell'art. 603 comma 3-bis cod. proc. pen., per mancata rinnovazione dell'istruttoria in appello, non avendo la corte promosso, a fronte dell'appello del P.M., in relazione alla intervenuta assoluzione del ricorrente rispetto al reato ex art. 544-ter cod. pen., la necessaria attività di rinnovazione dibattimentale e pur avendo i giudici di appello proceduto ad una diversa interpretazione di prove dichiarative, per giungere alla contestata decisione di ribaltamento della prima.
7. Veniva presentato un motivo aggiunto dalla difesa dell'imputato in relazione al tema della mancata rinnovazione dell'istruttoria con riguardo alla audizione dei consulenti tecnici ascoltati in primo grado.
8. La parte civile Lav Lega Antivivisezione Onlus presentava memoria per la conferma della sentenza impugnata.

Considerato in diritto

…omissis…
3. Il primo motivo del primo ricorso è manifestamente infondato. La Corte di appello ha fatto espresso riferimento alla condotta - riportata espressamente nel capo di imputazione - consistita nella somministrazione di farmaci antinfiammatori idonei, per la relativa combinazione, ad aumentare le performance sportive dei cavalli, con correlata partecipazione degli stessi ad attività di addestramento, ed ha inquadrato tali condotte nell'ambito della previsione di cui all'art. 544-ter comma 2 cod. pen. seconda parte. La valutazione dei giudici è consistita, in altri termini, nella riconduzione dei fatti specificamente contestati nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 544-ter comma 2 seconda parte

cod. pen., piuttosto che nella fattispecie di cui alla prima parte, come invece ritenuto dal primo giudice. Non si tratta di un'operazione logico-giuridica in contrasto con il principio di correlazione tra contestazione e condanna. Ciò in quanto in tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto, come sostenuto dal ricorrente ma smentito dalla formale redazione della contestazione e dalla perfetta riconducibilità di essa all'art. 544-ter comma 2 ultima parte cod. pen., occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione, da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'"iter" del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione (cfr. Sez. U, n. 36551 del 15/07/2010 Rv. 248051-01 Carelli).

Nel solco di tale linea interpretativa si è anche precisato che l'obbligo di correlazione tra accusa e sentenza è violato, in ogni caso, non da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria - di fatto inesistente -, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato, per cui la nozione strutturale di "fatto" va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata (oggetto di un potere del pubblico ministero) e decisione giurisdizionale (oggetto del potere del giudice) risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi (Sez. 1, n. 35574 del 18/06/2013 Rv. 257015-01 Crescioli); né rileva, al riguardo, la mera deduzione, riportata in ricorso, per cui l'attività difensiva nel caso in esame si sarebbe concentrata sulla confutazione dell'uso di sostanze vietate, trattandosi di una mera scelta difensiva non addebitabile alle scelte giuridiche dei giudici, atteso che i fatti di cui al capo di imputazione sono sempre rimasti gli stessi rispetto alle pur differenti valutazioni giuridiche dei due giudici di merito, ed il predetto capo, come detto, consentiva una completa difesa anche in relazione alla seconda ipotesi di cui all'art. 544 comma 2 cod. pen., considerata dalla corte di appello. Tanto più che rispetto a tale prospettazione ricostruttiva la stessa difesa ha avuto modo di difendersi anche in appello, a fronte dello specifico atto di gravame sollevato al riguardo dal Pubblico Ministero.

Da quanto sinora osservato, è altresì illuminante la ulteriore notazione giurisprudenziale per cui la violazione del principio di correlazione tra l'accusa e l'accertamento contenuto in sentenza si verifica solo quando il fatto accertato si trovi, rispetto a quello contestato, in rapporto di eterogeneità o di incompatibilità sostanziale tale da recare un reale pregiudizio dei diritti della difesa (Sez. 4, n. 4497 del 16/12/2015 (dep. 03/02/2016) Rv. 265946-01 Addio; Sez. 5, n. 33878 del 03/05/2017 Rv. 271607-01 Vadacca), cosicché non sussiste violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza quando non muta il fatto storico - come, va ribadito, nel caso in esame - sussunto nell'ambito della contestazione (cfr. Sez. 3, n. 5463 del 05/12/2013 (dep. 04/02/2014) Rv. 258975-01 Diou).

4. Anche il secondo motivo è inammissibile. La Corte di appello ha con coerenza valorizzato, in rapporto all'art. 544 comma 2 ultima parte cod. pen. (che riconduce ai maltrattamenti di animali la sottoposizione " a trattamenti che procurano un danno alla salute degli stessi", quale ipotesi distinta rispetto alla altra, pure integrante maltrattamenti, di cui al medesimo comma 2, ma prima parte, afferente invece alla somministrazione di "sostanze stupefacenti o vietate"), la circostanza della avvenuta somministrazione di farmaci antinfiammatori in modalità estranea alla sussistenza di patologie e, piuttosto, in funzione di un aumento delle prestazioni sportive dei cavalli, con correlata partecipazione degli stessi ad attività di addestramento, ancorché non riconducibili a gare ufficiali e di rilievo internazionale**.** E tale valutazione, comunque estranea ad ogni discorso sull'uso di sostanze vietate, risulta perfettamente in linea con le precisazioni della Corte di legittimità (cfr. da ultimo, anche in motivazione, Sez. 3, n. 5235 del 24/05/2016 (dep. 03/02/2017) Rv. 269216-01), che ha espressamente stabilito, in relazione al caso di somministrazione di antinfiammatori, che **è "configurabile il reato di maltrattamento di animali nel caso di somministrazione ai cavalli di sostanze dopanti o comunque tali da alterarne la performance".** Caso, quest'ultimo, perfettamente coincidente con quello qui in esame.

In particolare, **la Suprema Corte ha precisato che il benessere animale, tutelato attraverso la fattispecie ex art. 544-ter cod. pen., evoca il concetto di qualità della vita del singolo animale come da esso percepita e presuppone che l'animale goda di buona salute. In altri termini, il benessere animale nel suo complesso, oltre a ricomprendere la salute e il benessere fisico, esige che l'animale, in quanto essere senziente, goda di un benessere psicologico e sia in grado di poter esprimere i suoi comportamenti naturali**. Ne consegue che la somministrazione, ad opera dell'uomo, di farmaci senza specifiche necessità terapeutiche non può rientrare nel concetto di garanzia del benessere animale, anche perché, in realtà, tale azione intende perseguire ben altra finalità. La somministrazione di farmaci antidolorifici al cavallo espone l'animale, perché in buona salute ab origine, a situazioni di stress (assolutamente comuni nelle competizioni) e rischi ulteriori che possono pregiudicarne il suo stato psico-fisico. Ben si spiega allora, come questa Corte abbia stabilito, sull'ulteriore presupposto in ragione del quale per "doping equino, al pari del doping umano, si intende l'utilizzazione di qualsiasi agente esogeno (farmacologico, endocrinoloaico. ematoloqico. etc.) ovvero di manipolazione clinica che, in assenza di idonee e necessarie indicazioni terapeutiche, sia finalizzata al miglioramento delle prestazioni", che la sottoposizione di un animale a doping, così ampiamente inteso, costituisce di per sé danno per l'animale alla sua salute e quindi maltrattamento (Sez. 3.2.2011 n. 23449 D.M.G., non massimata); per giungere, lungo tale linea di pensiero, a ribadire che il testo dell'art. 544-ter comma 2 cod. pen., nella sua formulazione successiva alla introduzione della nuova fattispecie delittuosa per effetto della L. 20.7.2004 n. 189, prevede una specifica ipotesi di reato di maltrattamenti, - e qui rilevata dalla corte di appello per la sua decisione -, quale diretta conseguenza della somministrazione di sostanze dopanti ad animali, da intendersi comprensiva, per quanto immediatamente sopra precisato, non solo della somministrazione di sostanze vietate, ma, va ribadito, di qualsiasi manipolazione clinica che, in assenza di idonee e necessarie indicazioni terapeutiche, sia finalizzata al miglioramento delle prestazioni.

In questo quadro, i rilievi formulati dalla Corte, per cui **la somministrazione ingiustificata di antinfiammatori, in misura tale da incidere sulle prestazioni dei cavalli,**

pregiudica il benessere psico-fisico degli stessi, ed egualmente incide negativamente la loro sottoposizione ad attività fisiche faticose dopo tali somministrazioni, appaiono coerenti e corretti giuridicamente. Né osta a tale giudizio, in termini di contraddittorietà come sostenuto dal ricorrente, l'ulteriore precisazione, semanticamente parziale rispetto ai concetti prima coerentemente esposti, per cui ciò che rileverebbe sarebbe la sottoposizione a trattamenti dannosi per la salute quali le corse di addestramento, in quanto si tratta solo di una imprecisa e soprattutto incompleta sintesi del pensiero logico e giuridico prima correttamente ed inequivocabilmente esposto dai giudici e immediatamente sopra riportato.
…omissis…

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alle circostanze attenuanti generiche con rinvio per nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Firenze. Rigetta nel resto il ricorso. Visto l'art. 624 c.p.p. dichiara la irrevocabilita'della sentenza in ordine all'affermazione della penale responsabilità dell'imputato. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalle parti civili E.N.P.A.L.a.v., Le.i.d.a.a., L.i.d.a. che liquida in complessivi euro 3.686 ciascuno, oltre accessori di legge. Condanna, altresì, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalla parte civile ammessa al patrocinio a spese dello stato Horse Angels Onlus, nella misura che sarà liquidata dalla Corte di appello di Firenze con separato decreto di pagamento ai sensi degliartt. 82 e83 D.P.R. 115/2002, disponendo il pagamento in favore dello Stato.
Così deciso, il 15 febbraio 2024.
Depositato in Cancelleria il 19 giugno 2024.

Alcune precisazioni sull'attività medica svolta in *intra moenia* per non incorrere nel peculato

CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 21 giugno 2024, udienza 24 aprile 2024, n. 24717, Pres. Di Stefano; Rel. Gallucci

Integra il delitto di peculato la condotta del medico dipendente di un ospedale pubblico il quale, svolgendo in regime di convenzione attività intramuraria, dopo aver riscosso l'onorario dovuto per le prestazioni, omette poi di versare all'azienda sanitaria quanto di spettanza della medesima, in tal modo appropriandosene, a condizione che la disponibilità del denaro sia legata all'esercizio dei poteri e dei doveri funzionali del medesimo, e non derivi da un affidamento devoluto solo intuitu personae *ovvero da una condotta* contra legem*. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata per non aver chiarito se l'imputata, svolgendo le prestazioni sanitarie presso il proprio studio professionale, avesse previamente attivato la procedura di* intra moenia *allargata, cui era autorizzata, trattenendo quanto aveva riscosso in ragione del proprio ufficio, ovvero avesse operato al di fuori del rapporto con l'amministrazione, in violazione delle norme contrattuali e disciplinari ad esso inerenti).*

…omissis…

Ritenuto in fatto

…omissis…

2. La condanna confermata dalla Corte territoriale è relativa all'appropriazione - nella qualità di dirigente medico dell'ARNAS Garibaldi Nesima di Catania (e quindi Pubblico ufficiale) - di somme di denaro di proprietà dell'Amministrazione, di cui l'imputata aveva la disponibilità per averle ricevute dai pazienti quale corrispettivo per prestazioni professionali effettuate in regime di c.d. intra moenia allargata presso il proprio studio medico. In particolare, si contesta a Lo.Da. di avere omesso di rilasciare i necessari documenti fiscali ai predetti pazienti che le avevano consegnato il denaro e, quindi, di non avere versato all'ente ospedaliero la quota ad esso destinata ex lege e pari al 50% dell'importo ottenuto (fatti commessi tra il 7 dicembre 2012 e il 13 febbraio 2013).

3. Avverso detta sentenza l'imputata, a mezzo del proprio difensore, ha proposto ricorso nel quale deduce un unico motivo, declinato come violazione di legge, non avendo la Corte territoriale rilevato come la irrisorietà della somma trattenuta evidenzia l'insussistenza del dolo di peculato, essendosi trattato di condotta negligente e non offensiva del bene giuridico tutelato; e ciò anche in considerazione del fatto che è errata l'indicazione della somma trattenuta che, in realtà, tenuto conto che - come peraltro ammesso dalla sentenza impugnata - la convenzione prevedeva che la quota spettante all'Ente era pari al 17% del compenso professionale, si è complessivamente trattato del mancato versamento di soli Euro 81,60.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato.

2. Sommando le cifre indicate nel capo di imputazione - quali compensi ricevuti dai pazienti e non versati dalla Lo.Da. - si arriva alla somma complessiva di 480 Euro; secondo quanto indicato nella sentenza di primo grado (pag. 13) risulta che la quota di spettanza dell'Azienda sanitaria fosse pari al 17% delle somme incassate e dunque l'appropriazione è pari a complessivi Euro 81,60.

2.1. Le sentenze di merito, prendendo in esame la posizione della Lo.Da. nell'ambito del rapporto di "intra moenia", precisano che "il medico autorizzato a svolgere attività all'esterno del nosocomio (fuori, ovviamente dall'orario di lavoro) rilascia ricevuta all'utente per le prestazioni sanitarie e gli esami diagnostici (i relativi importi essendo fissati da un tariffario), versando le somme percepite all'azienda ospedaliera che nella retribuzione mensile gli accredita il controvalore delle prestazioni e degli esami, detratte nella misura prevista dal regolamento" (sentenza di primo grado, pag. 3), venendo precisato altresì che il sanitario aveva "l'obbligo di emissione delle fatture su un apposito bollettario ricevuto dall'azienda ospedaliera ... e di versare gli importi corrisposti dagli utenti alle casse dell'Azienda ospedaliera entro trenta giorni successivi e con la facoltà di trattenere, a titolo di acconto, il 50% delle somme riscosse" (sentenza di appello, pag. 3).

3. Ciò premesso, la deduzione della ricorrente relativa a un deficit di offensività della condotta non può essere condivisa. Invero, la somma che si assume oggetto del peculato è certamente modesta, ma di ciò ha tenuto conto il Tribunale che ha riconosciuto la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis cod. pen. Non perspicuo risulta poi il richiamo all'orientamento di questa Sezione in relazione al c.d. peculato di consiglieri regionali (v. sent. n. 38345 del 03/07/2019, De Luca, Rv. 276712 - 01). Secondo tale indirizzo ermeneutico cui "non è configurabile il delitto di peculato nel caso in cui il pubblico agente non fornisca giustificazione in ordine all'utilizzo del contributo erogato per l'esercizio delle funzioni di gruppo consiliare regionale, non potendo derivare l'illiceità della spesa da tale mancanza, occorrendo comunque la prova dell'appropriazione e dell'offensività della condotta quantomeno in termini di alterazione del buon andamento della pubblica amministrazione. (Fattispecie relativa al ed. contributo "unificato" corrisposto ai presidenti dei Gruppi dell'Assemblea Ragionale Siciliana successivamente all'entrata in vigore della legge n. 213 del 2012, in cui la Corte ha chiarito che l'obbligo di rendiconto introdotto a carico dei predetti implica, in caso di mancata giustificazione delle spese, una responsabilità contabile, ma non penale)". Si tratta, all'evidenza, di principio non trasponibile alla fattispecie in esame nella quale la contestazione ha ad oggetto la diretta appropriazione di somme di spettanza dell'ente pubblico.

4. Piuttosto, la sentenza impugnata non chiarisce

adeguatamente la sussistenza dei presupposti per la giuridica configurabilità della fattispecie di peculato.

Secondo un orientamento che il Collegio reputa condivisibile, "**integra il delitto di peculato la condotta del medico dipendente di un ospedale pubblico il quale, svolgendo in regime di convenzione attività intramuraria, dopo aver riscosso l'onorario dovuto per le prestazioni, omette poi di versare all'azienda sanitaria quanto di spettanza della medesima, in tal modo appropriandosene, a condizione che la disponibilità del denaro sia legata all'esercizio dei poteri e dei doveri funzionali del medesimo, e non in ragione di un possesso proveniente da un affidamento devoluto solo "intuitu personae", ovvero scaturito da una situazione "contra legem", priva di relazione legittima con l'oggetto materiale della condotta**" (Sez. 6, n. 35988 del 21/05/2015, Berti, Rv. 264578 - 01). In particolare, in detta pronuncia si è precisato che "nello schema normativo della fattispecie di peculato la locuzione "ragione del suo ufficio o servizio" esprime una caratterizzazione giuridica del potere che deve sussistere in capo al soggetto attivo per commettere il delitto di peculato, dunque, il pubblico ufficiale, ovvero **l'incaricato di pubblico servizio, deve appropriarsi del denaro o della cosa mobile di cui dispone per una ragione legata all'esercizio di poteri o doveri funzionali, in un contesto che consenta al soggetto di tenere nei confronti della cosa quei comportamenti uti dominus in cui consiste l'appropriazione, dovendosi ritenere incompatibile con la presenza della ragione funzionale un possesso proveniente da un affidamento devoluto solo intuita personae** (Sez. 6, n. 34884 del 07/03/2007, dep. 14/09/2007, Rv. 237693), ovvero scaturito da una situazione contra legem o evidentemente abusiva, senza alcuna relazione legittima con l'oggetto materiale della condotta".

4.1. La Corte territoriale non precisa adeguatamente il rapporto professionale intercorso tra i pazienti e l'imputata se, cioè, costoro fossero arrivati allo studio medico della Lo.Da. (che non si trovava all'interno della struttura sanitaria, avendo indicato la sentenza di appello che l'imputata era autorizzata ad operare "presso il suo studio professionale privato") a seguito dell'attivazione della procedura di "intra moenia" allargata, ovvero se ella avesse effettuato le visite e gli esami al di fuori di detto rapporto (e dunque violando il rapporto contrattuale con l'Amministrazione). In questo secondo caso, infatti, ferme rimanendo le eventuali conseguenze contrattuali e disciplinari, non potrebbe ritenersi integrata la necessaria condizione della appropriazione di denaro di cui l'imputata non "disponeva in ragione del pubblico ufficio".

Per tali considerazioni, si impone l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Catania.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Catania.

Così deciso il 24 aprile 2024.

Depositato in Cancelleria il 21 giugno 2024.

Che cosa prova la cartella clinica?

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 18 luglio 2024, udienza 7 marzo 2024, n. 29150, Pres. Dovere; Rel. Miccichè

Non può sostenersi che l'annotazione nella cartella clinica circa la bontà del decorso post operatorio attesti una verità escludente la sintomatologia non annotata. È invero pacifico che le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il SSN, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. c.c., per quanto attiene alle sole trascrizioni delle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse . Ciò posto, la cartella clinica in atti fa prova fino a querela di falso dei fatti attestati, non già delle valutazioni.

…omissis…

Ritenuto in fatto

…omissis…

3.1 Venivano mossi i seguenti addebiti: al Ge.Gi., in qualità di ortopedico che aveva eseguito l'intervento, e a Mo.Gi., in qualità di specialista in medicina fisica e riabilitazione, che aveva avuto in cura la paziente dall'8 marzo 2016, di aver colposamente omesso, a fronte di un riscontro di deficit motorio e sensitivo degli arti inferiori manifestatosi già il giorno successivo all'intervento ed imputabile ad una prevedibile complicanza dell'intervento (ed. leakage del materiale cementificante all'interno del canale vertebrale, con conseguente sindrome da compressione midollare a livello della prima vertebra lombare ed estensione ai metameri adiacenti) di disporre tempestivamente una risonanza magnetica, eseguita solo in data 10 marzo 2016, all'esito della quale si sarebbe potuto eseguire un trattamento chirurgico decompressivo, scongiurando il definitivo scompenso delle condizioni cliniche della paziente, poi deceduta.

4.Il giudice di primo grado ha ritenuto provata, alla luce degli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria dibattimentale e della CT effettuata su incarico della Procura, la responsabilità degli imputati per i reati loro ascritti. In particolare, il primo giudice perveniva alla pronuncia di condanna rilevando: 1) in ordine alla posizione del Dott. Ge.Gi., che questi avesse omesso di operare un costante monitoraggio della paziente, richiesto dal pregresso intervento operatorio espletato, e che il rispetto di tale costante controllo avrebbe consentito di effettuare un'immediata diagnosi della complicanza sopravvenuta, sottoponendo la paziente ad un intervento immediato di decompressione; 2) che le ragioni addotte a discolpa dell'imputato - dott. Ge.Gi. - e, cioè, il non aver effettuato il controllo necessario nel rispetto di regole interne della struttura - non fossero sufficienti a sollevarlo dall'obbligo di controllo connesso alla posizione di garanzia rivestita; 3) che, quanto alla posizione del dott. Mo.Gi., quest'ultimo avesse disatteso le linee guida, procedendo, in presenza di sintomi riferiti dalla paziente, ad un esame TAC, invece di effettuare una tempestiva risonanza magnetica, così ritardando la diagnosi che avrebbe, se tempestivamente pervenuta, consentito di rilevare lo spandimento del materiale cementizio e la correlata area di interessamento.

5.Avverso detta sentenza hanno proposto tempestivo appello gli imputati. Quanto all'appello nell'interesse del Dott. Mo.Gi., si è dedotto che l'imputato avrebbe dovuto essere assolto dal reato ascrittogli, avendo quest'ultimo disposto immediatamente l'esame TAC, seguendo le linee guida in materia, non essendo indicata l'esecuzione immediata di RM all'esordio dei primi segni clinici di deficit motorio, nonché atteso che, secondo la consulenza tecnica della difesa, il predetto esame avrebbe mostrato il medesimo risultato ottenuto con la TAC. Inoltre, il giudice di primo grado avrebbe dovuto assolvere l'imputato sussistendo la scriminante di cui all'art. 590-sexies cod. pen. Quanto all'appello nell'interesse del dott. Ge.Gi., si è richiesta I' assoluzione dell'imputato perché il giudizio di responsabilità si era fondato su una valutazione errata dei dati acquisiti circa il costante obbligo di monitoraggio attribuito all'imputato, non essendo annotata in cartella né in sede di querela alcuna sintomatologia avversa o richiesta di intervento da parte dei familiari o della paziente stessa.

6. La Corte di appello ha confermato la sentenza impugnata rilevando quanto alla posizione del dott. Mo.Gi., che quest'ultimo, dopo aver riscontrato segnali di deficit neurologico, avrebbe dovuto eseguire un immediato approfondimento con esame RM del rachide. La Corte ha inoltre fatto riferimento alle linee guida Cirse, depositate in atti, secondo cui sarebbe stato necessario procedere ad un esame RM in caso di dolore persistente, circostanza sussistente nel caso in esame. I giudici territoriali hanno inoltre confutato l'assunto difensivo secondo cui, se anche il Mo.Gi. avesse disposto la risonanza in luogo della Tac, ciò non avrebbe consentito di apprezzare la complicanza nell'immediato, atteso che, mentre la Tac consente di visionare solo i tessuti duri, la risonanza magnetica permette di esaminare i tessuti molli, potendo dunque permettere di apprezzare la compressione midollare. La Corte di merito ha infine ribadito che può ritenersi dimostrato, attraverso le risultanze dell'istruttoria, che, se fosse stata effettuata immediatamente la diagnosi ed eseguito il trattamento decompressivo, ciò avrebbe evitato il peggioramento delle condizioni della paziente e il conseguente decesso.

6.1 Quanto al Ge.Gi., la Corte di merito ha condiviso le argomentazioni del giudice di primo grado, ritenendo provato l'omesso monitoraggio della paziente e osservando, in ordine all'assunto difensivo secondo cui il chirurgo operatore non avrebbe potuto seguire il decorso post-operatorio per la logica imposta dalla struttura, che l'imputato avrebbe comunque potuto dare disposizioni ad altri sanitari e, peraltro, l'intervento della Mo.Gi. era l'ultimo da effettuare nella giornata. La Corte ha dunque condiviso il giudizio di sussistenza del nesso di causalità, secondo cui se il Ge.Gi. avesse effettuato il doveroso monitoraggio o avesse fornito disposizioni ad altri sanitari, ciò avrebbe almeno consentito di procedere alla corretta diagnosi e di sottoporre tempestivamente la Mo.Gi. all'intervento di decompressione midollare.

7. Avverso detta sentenza hanno interposto ricorso i difensori degli imputati, articolando plurimi profili di doglianza.

…omissis…

Considerato in diritto

…omissis…

3. I giudici di merito hanno fatto corretta applicazione del consolidato orientamento sopra citato, rilevando la sussistenza, in capo al chirurgo operatore Ge.Gi., dell'obbligo di monitoraggio della paziente, consistente nel controllo sui parametri vitali e neurologici, ed evidenziando che, nel caso di specie, il Ge.Gi. non aveva assolto detto obbligo né personalmente né dando indicazioni ad altri sanitari. Né è idonea a scardinare le argomentazioni della sentenza impugnata la considerazione, già ampiamente discussa nel corso dei gradi di merito, secondo cui le annotazioni della cartella clinica redatta la mattina successiva all'intervento, di poco anteriore al trasferimento della Mo.An. presso il reparto riabilitazione, riportavano la dicitura " buono il decorso post operatorio". Come rilevato nella sentenza impugnata, la Mo.Gi., immediatamente dopo l'intervento, presentava una sintomatologia la cui esistenza è stata dimostrata in giudizio attraverso le risultanze della prova dichiarativa (mai messa in discussione neppure dal ricorrente), secondo cui la paziente aveva iniziato ad avvertire già dal post operatorio disturbi quali assenza di sensibilità e impossibilità di movimento degli arti inferiori. Detti disturbi erano infatti stati riferiti tempestivamente dalla figlia Za.Ma. al personale infermieristico che li aveva ricondotti agli effetti dell'anestesia. Non è dunque illogica la deduzione della Corte territoriale secondo cui la mancata annotazione in cartella clinica della sintomatologia sopra descritta fosse dovuta alla erronea attribuzione dei disturbi avvertiti dalla Mo.Gi. ai postumi della anestesia. Né può sostenersi, come si deduce nel ricorso, che la annotazione nella cartella clinica circa la bontà del decorso post operatorio attesti una verità escludente la sintomatologia non annotata. **È invero pacifico che le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. c.c., per quanto attiene alle sole trascrizioni delle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse** (cfr. Cass. Civ, Sez. 3, n. 25568 del 30/11/2011, Rv. 620437; Sez. L -, Ordinanza n. 27471 del 20/11/2017, Rv. 646436 - 01; Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 27288 del 16/09/2022, Rv. 665724 - 01). Ciò posto, **la cartella clinica in atti fa prova fino a querela di falso dei fatti attestati, non già delle valutazioni, quali quella ivi contenuta ("buono" il decorso post operatorio)**. È dunque innegabile che - come argomentato nella sentenza impugnata - un attento monitoraggio della paziente da parte del medico operatore avrebbe permesso l'immediata rilevazione della complicanza e l'adozione delle tempestive misure di decompressione, considerato vieppiù che le linee guida CIRSE, applicabili al caso di specie, prevedono espressamente che, nella fase successiva ad un intervento di vertebroplastica cutanea l'operatore debba provvedere al controllo dei parametri vitali e dei segni neurologici ogni 15 minuti nel corso della prima ora e ogni mezz'ora nelle successive due ore, ricercando ogni aumento di dolore, modificazione dei parametri vitali e deterioramento della condizione neurologica. In proposito, i giudici di merito hanno argomentato, in modo coerente ed esaustivo, che il medesimo imputato aveva ammesso, in sede di esame, di non aver provveduto ad effettuare il controllo post operatorio, richiamando a sua giustificazione regole interne alla struttura nonché la tipologia di attività svolta in qualità di chirurgo ortopedico normalmente chiamato a dare esecuzione a interventi chirurgici programmati in regime di day surgery. Sul punto, è certamente incensurabile l'argomentazione dei giudici di merito, secondo cui, stante l'obbligo di vigilanza delle condizioni di salute del paziente nel decorso post operatorio, dette giustificazioni erano del tutto inidonee ad esimere il ricorrente dal suo preciso dovere di vigilanza, prescritto anche dalle linee guida applicabili al caso concreto. È dunque evidente che l'immediato riscontro della plagia avvertita dalla Mo.Gi. subito dopo l'intervento avrebbe, ove approfondita, permesso la rilevazione tempestiva della complicanza e l'altrettanto tempestivo intervento di decompressione.

2. Con il terzo motivo il ricorrente ha invocato l'applicazione, in proprio favore, dell'art. 3 della L.189/2012 (ed Legge Balduzzi), a mente del quale " l'esercente delle professioni sanitarie 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 proposito, deve preliminarmente ribadirsi che, poiché la causa di non punibilità di cui all'art. 590 sexies cod. pen., successivamente introdotto dalla L. 8 marzo 2017, n, 24 (ed Legge Gelli - Bianco) riguarda esclusivamente le ipotesi di imperizia, "il regime previsto dall'art. 3 della L. n.189/2012 risulta più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario - commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco - connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche accreditate" (così SU, n. 8770 del 21 dicembre 2017, Mariotti ed altro, Rv. 272174, in motivazione). Nel caso di specie risulta contestata una evidente ipotesi di negligenza (omesso controllo delle condizioni della paziente nel decorso post operatorio) e pertanto il fatto, commesso il 29 marzo 2016, continua ad essere regolato dal regime di cui all'art. 3 della L.189/2012, in quanto più favorevole.

2.1. Ciò posto, per l'applicazione dall'art. 3 della legge Balduzzi è necessario che il sanitario abbia rispettato le linee guida o pratiche terapeutiche mediche virtuose, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica, con la precisazione che il professionista deve comunque inquadrare correttamente il caso nelle sue linee generali, adeguando le direttive allo specifico contesto, anche disattendendo del tutto le istruzioni usuali per perseguire una diversa strategia che governi efficacemente i rischi connessi al quadro d'insieme (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105 - 01). Orbene, risulta evidente che, nel caso in questione, sono state totalmente disapplicate le prescrizioni delle linee guida inerenti alla vigilanza e controllo nel decorso post operatorio da parte del medico operatore, né è stata invocata, e tanto meno dimostrata, alcuna valida ragione avente fondamento tecnico - scientifico che imponesse, nel caso concreto, di discostarsi dalle prescrizioni predette. La doglianza, dunque, risulta manifestamente infondata.

Ricorso Mo.Gi.

1. Il primo motivo, con il quale si contesta la configurabilità della omissione colposa, è infondato. Le sentenze di merito (pag. 23 della sentenza di primo grado e pag. 5 della sentenza di appello) richiamano le linee guida CIRSE sulla "Vertebral argumentation percutanea" che stabiliscono espressamente le

attenzioni post procedurali, secondo cui "i parametri vitali e i segni neurologici (focalizzati nelle estremità) devono essere monitorati ogni 15 minuti nel corso della prima ora, poi ogni mezz'ora nelle successive due ore, ricercando ogni aumento di dolore, modificazione dei parametri vitali o deterioramento della condizione neurologica. Se anche uno solo di questi casi si realizza, bisogna condurre un esame neurologico dettagliato, seguito da un controllo TC per valutare il canale spinale o la compressione delle radici nervose secondarie a un leakage di cemento. Il dolore successivo alla procedura è solitamente leggero e può essere affrontato con farmaci non oppiacei. In rari casi, quando H dolore è moderato o intenso, la somministrazione di oppiacei leggeri potrebbe rivelarsi necessaria. Non è necessario un controllo di imaging al termine della procedura nei casi di routine. Si propone un controllo RM solo in caso di un dolore persistente o che appare immediatamente o molto dopo la procedura". Dalla semplice lettura del testo, si evince come le linee guida, in caso di deterioramento della condizione neurologica, prescrivono un "esame neurologico dettagliato seguito da un controllo TC per valutare, la compressione delle radici nervose secondarie a un leakage di cemento". L'esame RM viene invece indicato "so/o in caso di un dolore persistente o che appare immediatamente o molto dopo la procedura".

2. Ciò posto, si rimprovera al Mo.Gi. di non aver disposto ed eseguito il giorno 8 marzo 2016 una risonanza magnetica. Con riferimento al momento dell'ingresso presso il reparto di riabilitazione, le sentenze di merito danno atto che la cartella clinica, in cui era annotato l'orario delle 12.31, registrava " plagia arto inferiore sinistro, ipoestesia arti inferiori, ROT rotulei fiacchi, achillei assenti, in atto non segno di Babinsky". Il dato rilevante, dunque, è un evidente deterioramento neurologico, manifestato con la paresi (plagia) dell'arto inferiore sinistro e la ipoestesia degli arti inferiori. Di fronte a tali segnali, le linee guida sopra riportate indicano, quale procedura da porre in atto, il controllo neurologico e l'esame TC, che, appunto, era stato disposto dal Mo.Gi. l'8 marzo ed eseguito nella giornata successiva. Come si può agevolmente rilevare, a mente delle linee guida l'indicazione della RM è data solo in caso di " dolore persistente". Pertanto, al momento dell'ingresso in reparto, il Mo.Gi., che aveva in quel momento preso in carico la paziente, non era stato reso edotto della sintomatologia dolorosa, avendo a disposizione un quadro clinico che evidenziava soltanto deterioramento neurologico. Al momento dell'ingresso nel reparto di riabilitazione, il quadro clinico della paziente, come descritto nelle cartelle, suggeriva dunque l'esecuzione di una TAC, correttamente prescritta dal ricorrente, eseguita la mattina del 9 marzo alle ore 9.35, i cui esiti rilevavano segnali di spandimento del materiale cementificante. Ciò posto, dalla ricostruzione dei fatti operata dai giudici di merito si ricava però (cfr pag. 24 della sentenza di primo grado) che il giorno 8 marzo, alle successive 18.42, la cartella clinica riportava " paziente con dolori diffusi alla colonna", tanto che era stata somministrata alla Mo.Gi. una fiala di Toradol. Dalla scansione temporale degli eventi, di cui si dà sempre atto nella sentenza di primo grado (pag. 9 e 25), la richiesta di RM era stata prescritta dal dott. Mo.Gi. soltanto alle ore 19.35 del successivo 9 marzo, dunque oltre 24 ore dopo la comparsa del sintomo indicativo della necessità di procedere a RM, ossia la sintomatologia dolorosa. L' esame RM era poi stato materialmente eseguito il 10 marzo e ripetuto l'11. L'esame del 10 marzo riportava già l'esistenza di una " compressione del sacco durale da parte di formazione iperintensa nella sequenza SETI".

3. Tanto chiarito, è incensurabile la considerazione dei giudici di merito che rilevano come, nonostante la persistenza di una sintomatologia grave a carico della paziente e nonostante la Tac avesse rilevato segnali di uno spandimento di materiale cementificante, il dott. Mo.Gi. aveva omesso di disporre con urgenza l'esame RM e la consulenza neurologica, che avrebbe dovuto essere prescritta alla comparsa della sintomatologia dolorosa (rilevabile nel tardo pomeriggio dell'8 marzo) ed eseguita tempestivamente, quanto meno la mattina successiva (9 marzo), mentre di fatto venne disposta il 9 marzo alle ore 19.35 ed eseguita nel pomeriggio del 10 marzo, ripetuta l'11 marzo nonostante i chiari segni di leakage, con la richiesta di consulenza chirurgica il successivo 12 marzo. L'omissione colposa, con scostamento dalle linee guida, si è dunque verificata con certezza nella giornata dal 9 marzo 2016, momento in cui il Mo.Gi. aveva a disposizione le risultanze della cartella clinica del pomeriggio precedente, che annotavano sintomatologia dolorosa, e il referto della TAC, evidenziante già uno spandimento, seppur minimo. E il dovere di intervenire con urgenza per valutare un tempestivo intervento chirurgico era vieppiù richiesto ed esigibile trattandosi di paziente che presentava condizioni già compromesse (sindrome metabolica in fase di parziale iniziale scompenso, ipertensione, diabete mellito, epatopatia dismetabolica), quindi con elevato rischio chirurgico.

4. Quanto, poi, alla doglianza riguardante l'applicazione dell'art. 3 della L. 189/2012 (legge Balduzzi), vanno ribadite le argomentazioni svolte riguardo alla posizione Ge.Gi. in ordine alla astratta applicabilità della norma più favorevole. Anche relativamente al Mo.Gi., infatti, viene in rilievo una ipotesi di negligenza per omessa tempestiva esecuzione dell'esame diagnostico di elezione (RM). Deve comunque escludersi, alla luce delle considerazioni sopra riportate, che possa farsi luogo alla applicazione del citato art. 3 della L. 189/2012. Le indicazioni delle linee guida di eseguire con urgenza l'esame RM a partire dalla comparsa della sintomatologia dolorosa (ossia, nel tardo pomeriggio del giorno 8 marzo) erano infatti inequivocabili e risultano sicuramente disattese dal Mo.Gi. Né il ricorrente medesimo ha dedotto, e tanto meno dimostrato, alcuna valida ragione avente fondamento tecnico - scientifico che imponesse, nel caso concreto, di discostarsi dalle prescrizioni delle linee guida (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105 - 01).

5. È invece fondato il secondo motivo, con il quale si denuncia vizio di motivazione in riferimento al giudizio controfattuale. Come noto, **nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (Sez. Un., n. 30328 del 10 luglio 2002, Franzese, Rv. 222138). Il giudizio di alta probabilità logica, a sua volta, deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto (ex multis, Sez. Un., n. 38343 del 24 aprile 2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261103; Sez. 4, n. 26491 del 11 maggio 2016, Ceglie, Rv. 267734). Tale ragionamento deve essere svolto in riferimento alla specifica attività (diagnostica, terapeutica, di vigilanza e salvaguardia dei**

parametri vitali del paziente o altro) che era specificamente richiesta al sanitario e che si assume idonea, se realizzata, a scongiurare l'evento lesivo, come in concreto verificatosi, con alto grado di credibilità razionale (Sez. 4, n. 30469 del 13 giugno 2014, P.G., P.C., in proc. Jann e altri, Rv. 262239).

6. Orbene, non è chiaro quando l'esecuzione dell'intervento correttivo (procedura decompressiva urgente) avrebbe dovuto essere eseguito per avere elevata probabilità salvifica. La sentenza di primo grado riporta le conclusioni della CT del PM, secondo cui vi era stato un notevole ritardo nella diagnosi della complicanza, responsabile dello scompenso delle condizioni cliniche della paziente. I CT concludono nel senso che "Se fosse stata eseguita una decompressione precoce, molto probabilmente le condizioni cliniche della stessa, inizialmente in fase di compenso, non si sarebbero aggravate". Secondo i giudici di merito " una volta identificato il cambiamento dello stato neurologico della paziente dopo l'intervento (la mattina successiva), andava rapidamente chiarita la causa dello stesso con un urgente esame RM che avrebbe evidenziato immediatamente la natura compressiva meccanica del problema e, in condizioni generali diverse da quelle presenti 5 giorni dopo, fatto proporre una procedura decompressiva urgente". Allo stesso modo, nella sentenza di appello è riportata la conclusione del CT del PM secondo cui" una diagnosi e un trattamento precoce della complicanza avrebbero molto probabilmente permesso di evitare lo scompenso delle condizioni cliniche della paziente". Sempre i giudici di appello fanno riferimento alla " insorgenza dei sintomi l'8 marzo"; e riportano la risposta del CT dott Ba. secondo cui " in questo lasso di tempo la signora aveva dei valori che consentivano un intervento chirurgico". I tempi di riferimento sembrano quindi essere quelli di una valutazione dell'intervento decompressivo lo stesso 8 marzo.

7. Coglie dunque nel segno la doglianza relativa alla carenza del giudizio controfattuale, mancando una argomentata valutazione del giudizio di alta probabilità logica, basato sul sapere scientifico degli esperti, in ordine alla circostanza che la paziente sarebbe sopravvissuta se il medico avesse adottato la condotta doverosa omessa, ossia se avesse provveduto ad eseguire l'esame RM il 9 marzo 2016. Non è infatti stato chiarito se l'esecuzione dell'esame RM il 9 marzo avrebbe con probabilità prossima alla certezza permesso l'esecuzione tempestiva dell'intervento salvifico di decompressione. Detto aspetto non è stato approfondito dai giudici di merito, che dovranno provvedervi alla luce delle considerazioni sopra riportate.

8. Si impone quindi l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Messina, per l'accertamento di quanto sopra illustrato.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata nei confronti di Mo.Gi. con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte d'appello di Messina, cui demanda anche la regolamentazione tra le parti delle spese di questo giudizio di legittimità. Dichiara inammissibile il ricorso di Ge.Gi. e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro tremila in favore della Cassa delle ammende nonché alla rifusione delle spese di questo giudizio di legittimità alle parti civili Za.Se., Za.Sa., Za.An., liquidate in Euro 4.800 oltre accessori come per legge, Za.Ca., Za.Ma. liquidate in Euro 3.900 oltre accessori come per legge.

Roma, 7 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria il 18 luglio 2024.

È inoffensiva la condotta dell'infermiere che si appropria di qualche compressa di antibiotico

CASSAZIONE PENALE, sezione VI, sentenza 18 settembre 2024, udienza 4 luglio 2024, n. 35031, Pres. Di Stefano; Rel. Tripiccione

Nel rispetto del principio di offensività, non è configurabile il delitto di peculato nel caso in cui la condotta appropriativa riguardi beni che sono privi di un valore economicamente apprezzabile e non abbia alcuna concreta incidenza sulla funzionalità dell'ufficio o del servizio (la Corte ha così escluso il reato in una vicenda in cui ad una infermiera in servizio presso un ospedale era stata contestata l'appropriazione di alcune pasticche di antibiotico e due sacche di liquido fisiologico).

…omissis…

1. Sg.Ma. ricorre per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Catania che, in parziale riforma della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 314 cod. pen., ha rideterminato la pena inflitta nella misura di anni uno, mesi due e giorni sette di reclusione, disponendo la non menzione della condanna nel casellario giudiziale e confermando nel resto la sentenza di primo grado.
La Sg.Ma. è stata ritenuta responsabile del reato di peculato in quanto, nella qualità di incaricato di pubblico servizio, quale infermiera presso l'ospedale SS. Salvatore di P, in circostanze diverse, avendo in ragione del servizio la disponibilità di consistenti quantità di farmaci e di materiale sanitaria dell'ospedale, se ne appropriava in concorso con l'infermiere Pi.An., nei cui confronti si è proceduto separatamente; ciò quantomeno nelle date del 18 novembre 2014 e del 17 dicembre 2014.
1.1 Con tre motivi di ricorso, che in quanto logicamente connessi possono essere esposti congiuntamente, deduce vizi cumulativi della motivazione e di violazione di legge in relazione al giudizio di responsabilità, anche in relazione all'elemento psicologico del reato, in quanto: 1) nel motivo di appello si era fatto espresso riferimento alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio da Pi.An. il quale ha escluso che l'imputata fosse una "fornitrice" di farmaci e prodotti sanitari, essendosi limitata a consegnargli, su sua richiesta, una compressa di antibiotico e due sacche di soluzione fisiologica; 2) la sentenza impugnata, senza motivare sulla inattendibilità di tali dichiarazioni, pur condividendo con il primo Giudice la valutazione di esiguità del valore dei beni sottratti, ha, comunque, ritenuto leso l'interesse al buon andamento della Pubblica Amministrazione, senza verificare se la condotta ascritta abbia effettivamente inciso sulla funzionalità dell'ufficio o del servizio. Ciò a fronte dello scontrino prodotto, documentante il valore di Euro 13,50 dei beni sottratti, e in contrasto con la giurisprudenza di questa Corte che esclude il reato in caso di assenza o di estrema esiguità del valore della cosa sottratta; 3) quanto all'elemento psicologico, non si comprende la ragione per cui ne sia stata ravvisata la sussistenza esclusivamente in considerazione della destinazione all'uso personale della compressa antibiotica e della mancanza di ufficialità della richiesta.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato per le ragioni di seguito esposte.
2. La motivazione della sentenza impugnata presenta molteplici aspetti di inadeguatezza e di illogicità.
Pur ritenendo circoscritta la condotta ascritta alla ricorrente a c a due soli episodi, la Corte territoriale ha ritenuto, senza addurre alcun elemento fattuale a sostegno di tale conclusione, che l'imputata si sia impossessata, oltre che di alcune compresse di Augmentin consegnate al coimputato per il suo uso personale, di un quantitativo di soluzione fisiologica superiore alle sole due sacche riferite da Pi.An.
Tale conclusione si fonda, peraltro, su un dato di per sé neutro, inidoneo a sconfessare l'attendibilità della versione del Pi.An., ovvero il fatto che nelle conversazioni intercettate quest'ultimo faceva riferimento ad una busta, elemento, questo, che, ad avviso della Corte, dovrebbe far ritenere che vi fossero contenute più delle due sacche di soluzione fisiologica riferite dallo stesso Pi.An. nella sua confessione.
Rileva il Collegio che siffatta conclusione, oltre che meramente assertiva e in contrasto con il principio *in dubio pro reo*, appare implicitamente fondata sulla non attendibilità della confessione resa dal Pi.An. in merito alla quale, come rilevato dalla ricorrente, la Corte territoriale non ha, tuttavia, fornito alcuna motivazione.
Parimenti fondata è l'ulteriore censura relativa al giudizio di offensività della condotta ascritta alla ricorrente, offensività ravvisata dalla Corte territoriale sul presupposto che, nonostante la mancanza di un danno patrimoniale, sia stato, comunque, leso l'ulteriore interesse protetto dalla norma incriminatrice al buon andamento della Pubblica Amministrazione.
Tale giudizio appare fondato su una mera presunzione, in quanto, in assenza di specifici elementi sintomatici del concreto pregiudizio allo svolgimento del servizio pubblico, desume sostanzialmente la sussistenza dell'offesa dalla sola natura dei beni oggetto della condotta appropriativa.
Ciò in contrasto con la consolidata giurisprudenza di questa Corte, dal Collegio pienamente condivisa, che, sulla base di **una interpretazione dell'art. 314 cod. pen. coerente con il principio di offensività, esclude la configurabilità del delitto di peculato nel caso in cui la condotta appropriativa riguardi beni che, come nel caso di specie, sono privi di un valore economicamente apprezzabile e non abbia alcuna concreta incidenza sulla funzionalità dell'ufficio o del servizio (così, da ultimo, Sez. 6, n. 44522 del 25/05/2018, Rv. 274150).**
Le considerazioni sopra esposte hanno un valore assorbente rispetto all'esame della censura relativa all'elemento psicologico del reato.
3. Ritiene, dunque, il Collegio che, in considerazione della estrema esiguità del valore dei beni oggetto della contestata

condotta appropriativi e della non desumibilità dalle sentenze di merito di alcun elemento che ne riveli l'incidenza pregiudizievole sulla funzionalità del servizio pubblico svolto dalla ricorrente, deve escludersi l'offensività della condotta, cosicché la sentenza impugnata va annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, perché il fatto non sussiste.

Così deciso in Roma, il 4 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 18 settembre 2024.

L’accertamento del nesso causale nella condotta colposa del medico

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 4 ottobre 2024, udienza 18 settembre 2024, n. 36942, Pres. Piccialli; Rel. Pezzella

In tema di nesso di causalità, l'accertamento, in caso di condotta omissiva, deve essere effettuato mediante un preliminare giudizio cd. esplicativo, afferente alla ricostruzione, con certezza processuale, di ciò che è accaduto sul piano naturalistico e un successivo giudizio cd. controfattuale, implicativo o predittivo, volto ad accertare se la condotta doverosa omessa, ove tenuta, avrebbe potuto impedire l'evento, ostando l'esito negativo del giudizio esplicativo, pur in presenza di un comportamento colposo, all'affermazione di responsabilità. (Fattispecie relativa ad omicidio colposo, in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione che aveva escluso la riconducibilità eziologica della morte di un paziente, affetto da gravi patologie cardiache, all'intervento di rimozione di una garza derelitta nell'intestino, sul rilievo che, in assenza di autopsia, non era stata raggiunta la prova che il decesso fosse conseguito, oltre ogni ragionevole dubbio, alla presenza della garza od all'intervento di rimozione della stessa).

…omissis…

Considerato in diritto

…omissis…

3. La vicenda processuale odierna trae origine dal decesso di An.Pa., cinquantacinquenne all'epoca dei fatti, ricoverata d'urgenza presso l'Ospedale "Cardarelli" di Napoli il (*Omissis*) e ivi sottoposta ad intervento di laparotomia esplorativa e conseguente resezione intestinale, poi, deceduta alcuni giorni dopo, quando era ancora degente presso il suddetto nosocomio, e precisamente il successivo (*Omissis*).

Risulta pacificamente e documentalmente accertato nel corso del giudizio che, circa un mese e mezzo prima del ricovero d'urgenza presso l'Ospedale Cardarelli di Napoli, la Pa. era stata ricoverata, precisamente il (*Omissis*), per broncopolmonite presso la casa di cura "Villa dei Fiori" di Acerra, nel reparto di Cardiologia, ove, a seguito degli esami ivi svolti, le venne diagnosticata una insufficienza valvolare severa: in particolare, l'esame ecocardiografico del 16 aprile 2013 attestò tra l'altro "valvola aortica diffusamente fibrotica con evidenza di immagine iperecogena filamentosa adesa al versamento ventricolare della cuspide valvolare che risulta di difficile localizzazione per la cattiva qualità delle immagini. Ne consegue una lieve stenosi aortica con insufficienza di grado severo e all'esito del quale si consigliava ricovero in cardiologia per esame ecotransesofageo e successiva valutazione chirurgica.

La Pa. lasciò, a seguito di dimissioni volontarie,, la Clinica Villa dei Fiori in data 26 aprile 2013: nella lettera di dimissione vene formulata la diagnosi "insufficienza aortica severa sintomatica, in paziente affetta da ipertensione arteriosa essenziale. Gozzo nodulare tiroideo. BPCO. Anemia ipocromica. In quella sede si prescriveva terapia farmacologica e si consigliava consulenza cardiologica.

La Pa. aveva, poi, programmato per il mese successivo - e precisamente per il 23 maggio 2013 - l'intervento chirurgico di sostituzione valvolare presso la Clinica "Montevergine" di Mercogliano.

Tuttavia, la paziente non poté sottoporsi a tale intervento, perché il 22 maggio 2013, lamentando dolori addominali e presentando perdita di sangue vivo nelle feci (rettorragia), si portò al Pronto Soccorso dell'ospedale "Cardarelli" di Napoli ove venne ricoverata nel reparto di chirurgia di urgenza con diagnosi di ingresso di "rettorragia in paziente cardiopatica" e dove, come si dirà di qui a poco, sarà operata d'urgenza quello stesso giorno a tarda sera.

Al nosocomio partenopeo vennero, in primo luogo eseguiti un esame cardiografico ed un esame ecografico di addome e pelvi.

L'esame cardiografico diede atto di una "severa insufficienza aortica verosimilmente secondaria a presenza di formazione endocardica" e di una "moderata insufficienza mitralica con ipertensione polmonare", aggiungendosi che "l'esame risulta sostanzialmente sovrapponibile ad uno eseguito nel mese di aprile corrente anno" (ovvero l'esame del 16 aprile 2013 di cui si è detto).

L'esame ecografico dell'addome e pelvi - eseguito con mezzo di contrasto - evidenziò la presenza di un corpo fortemente calcificato che si ipotizzò potesse essere una garza senza poterne avere la certezza perché l'esame non diede contezza della presenza del filo di bario che usualmente viene inserito nelle garze operatorie proprio per renderle visibili nel caso di esame radiografico (vi si legge: "in centro addome, nel contesto delle pliche mesenteriche, si osserva una grossa formazione di 13 x 14 x 12 cm costituita da involucro calcifico e da un convoluto contestuale in parte di calcio e in parte costituito da materiale ipodenso filamentoso, frammisto al nucleo aerei la formazione aderisce ad ANSA di tenue virgola che si presentano fistolizzazione, con passaggio di materiale simil-fecaloide nella componente periferica della stessa. Nel contesto di suddetta formazione si osserva anche un corpo estraneo di densità metallica forgiato ad uncino. Il reperto tac depone per un voluminoso garzoma contenente un corpo estraneo metallico parte di ferro chirurgico ritenuto nel mesentere efistolizzato in anse del tenue. Allo stato non si apprezzano segni di emorragia attiva nel lume delle anse intestinali").

La presenza di un presumibile corpo estraneo in addome e le condizioni cliniche della paziente (presentatasi con febbre, dolore addominale, sangue nelle feci) indussero i sanitari dell'Ospedale Cardarelli a formulare l'ipotesi clinica che fosse in atto una peritonite, cosicché disposero un intervento chirurgico di laparotomia esplorativa (come da consenso informato in atti) in quanto ritenuto indifferibile e urgente e che ebbe inizio alle ore 22,00. All'apertura dell'addome venne constatato che l'ipotesi formulata, in realtà, non era corretta in quanto non era in atto la peritonite: in ogni caso, venne effettivamente rivenuto, adeso alle anse ileali, il corpo estraneo calcificato evidenziato dall'esame radiografico, che venne, pertanto, asportato unitamente ad una porzione dell'intestino, stante l'impossibilità di separarlo.

Come si legge nella sentenza impugnata, dalla cartella

operatoria risulta "incisione laparotomica mediana sovra e sotto ombelicale. Difficoltoso accesso in cavità per presenza di aderenze da pregresso intervento. Cauta e accurata viscerolisi. Discreta quantità di liquido citrino che viene aspirato. Si reperta un blocco infiammatorio comprendente anse ileali nel cui contesto si apprezza formazione di consistenza duro ligneo. Non evidenza di perforazioni intestinali e/o di distensione marcata dell'intestino. Si procede a resezione ileale en-bloc compresa la formazione descritta con successiva EE. TT con vicryl 3/0".

La diagnosi finale riportata nella cartella operatoria fu: "subocclusione intestinale da blocco infiammatorio ileale da sospetto corpo estraneo rinvenuto in cavità addominale".

Tale corpo estraneo, all'esito di esame istologico, risultò essere una garza completamente calcificata, ricoperta da materiale fibroso delle dimensioni di circa di circa 29x17 cm.

Ancora pacificamente, è emerso che dopo l'intervento del (*Omissis*), si registrò il progressivo peggioramento delle condizioni della Pa.: in particolare, il 25 maggio 2013 la consulenza cardiologica evidenziò quadro clinico ecocardiografico di sospetta endocardite su valvola aortica realizzante insufficienza valvolare di grado moderato severo, in soggetto con cardiopatia mitralica in attesa di correzione chirurgica condizioni cliniche di scompenso cardiaco congestizio.

La donna poi morì il (*Omissis*): la diagnosi definitiva fu "subocclusione intestinale; insufficienza respiratoria e cardiopatia valvolare".

A seguito del decesso della Pa., non venne disposta l'autopsia. L'esame del corpo estraneo rinvenuto in addome venne svolto dal medico anatomopatologo dell'Ospedale "Cardarelli" e fu particolarmente laborioso atteso che furono necessari circa venti giorni per la decalcificazione del pezzo estratto e il riconoscimento della garza.

4. Acclarata e non contestata è anche la circostanza, di cui si è dato conto sin dalla sentenza di primo grado, che la garza era stata dimenticata in occasione dell'intervento di isterectomia cui la donna era stata sottoposta otto anni prima - precisamente il 22 aprile 2005 - presso l'Ospedale VILLA BETANIA dall'équipe composta, per quello che qui rileva, dal Pu., medico capo équipe, e dall'ostetrica An.Ca.

Secondo l'ipotesi accusatoria la dimenticanza della garza da parte del Pu. e della Ca. al termine dell'intervento di isterectomia del 2005 e la sua permanenza in addome per circa otto anni determinarono un indebolimento delle condizioni fisiologiche della Pa. e contribuirono a creare le condizioni per l'intervento indifferibile e urgente di laparotomia e conseguente resezione intestinale da cui derivò il decesso della donna (così in imputazione).

Ebbene, indiscussi tutti gli elementi fin qui ricordati, ed evidentemente innegabile anche la negligenza che ha portato a dimenticare una garza nell'addome di una pazienta in sala operatoria, i giudici del merito hanno concordato nella conclusione di non poter pervenire ad un'affermazione di responsabilità dell'imputato, medico capo dell' équipe operatoria ritenendo che, sulla scorta del sapere scientifico introdotto nel processo, non fosse provato, in termini di "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", sulla scorta dei dettami di Sez. U., n. 30328 del 10/7/2002, Franzese, Rv. 222138 che l'evento - morte, anche concausalmente, fosse dipeso dalla presenza della garza nell'addome della Pa..

Il tema, dunque, è quello dell'assenza di prova del nesso di causalità che questa Corte ha più volte affrontato, in casi analoghi, come in Sez. 4, n. 416 del 12/11/2021, dep. 2022 P.C. c/Annunziata Andrea, Rv. 282559 - 01 in cui, in applicazione del principio la Corte ha ritenuto corretta l'esclusione della responsabilità del medico di guardia in pronto soccorso per aver omesso di sottoporre ad un completo esame obiettivo un paziente ricoverato con diagnosi di sospetta pancreatite acuta, poi deceduto, non essendo stata individuata con certezza, alla luce dei dati riportati nella cartella clinica e dell'esame autoptico, l'origine del versamento sieroemorragico in cavità peritoneale, causa immediata della morte. O come in Sez. 4 n. 7667 del 30/01/2019 P.C. c/Banchini ed altri, non mass, e Sez. 4 n. 49177 del 13/11/2019, PC c/Pistoiese, non mass, alle cui condivisibili motivazioni si rimanda anche per quel che concerne i rapporti tra giudice e sapere scientifico nei processi per colpa medica.

Come ricordano le recenti Sez. 4 n. 29156 del 26/06/2024, Giuliani, non mass, e Sez. 4 n. 14894 del 03/04/2024, Santilli, non mass, la giurisprudenza della Corte di legittimità, tanto civile che penale, ha ripetutamente affermato che, in punto di nesso di causa, occorre distinguere il ragionamento esplicativo dal ragionamento controfattuale.

Il ragionamento esplicativo tenta di spiegare le cause di un accadimento e di individuare i fattori che lo hanno generato sulla base di giudizi causali retti da leggi scientifiche che esprimano una certa correlazione causale tra una categoria di condizioni e una categoria di eventi realmente verificatisi; nell'ambito del ragionamento esplicativo, il sapere scientifico può fornire con ragionevole approssimazione la spiegazione di un determinato evento effettivamente verificatosi quale effetto di un determinato fattore eziologico.

Il giudice, con riguardo al ragionamento esplicativo, valuta con rigore le prove per stabilire se esse corroborino l'ipotesi accusatoria circa la relazione tra una determinata condotta umana e l'evento verificatosi alla luce di una legge naturale, ove disponibile, o alla luce di regolarità statistiche o di generalizzazioni probabilistiche, secondo un significato frequentista, fornite dagli studi del settore di riferimento.

Il giudizio controfattuale (giudizio implicativo o predittivo) trova il suo terreno di elezione nel ragionamento causale in tema di reato omissivo, ma non si tratta di un ambito esclusivo in quanto tale iter logico viene seguito anche in caso di reati commissivi ancorché non si renda necessario esprimerle nella motivazione.

Si tratta di un ragionamento che implica un ulteriore tipo di indagine, avente ad oggetto la prognosi postuma di cosa sarebbe accaduto ove la condotta omessa fosse stata posta in essere.

La valutazione processuale del ruolo salvifico della condotta omessa, come ha reiteratamente chiarito questa Corte di legittimità, non può che culminare in un giudizio ipotetico, con l'avvertenza che si tratta di un giudizio ipotetico che si svolge alla luce del "paradigma indiziario" disponibile (Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini, in motiv.; Sez. 3 civ., n. 21530 dei 27/07/2021, Rv. 662197 - 01).

In tal caso, al giudice si impone una puntuale analisi delle particolarità del caso concreto, che potrà condurre a un giudizio di elevata credibilità logica o di evidenza del probabile, indipendente da rigide quantificazioni statistiche, strettamente correlato alle caratteristiche del caso concreto sulla base di un ragionamento probatorio non incerto.

In sostanza, ciò che si impone di verificare nel giudizio controfattuale è l'elevata credibilità logica o l'evidenza del probabile dell'efficacia salvifica della condotta alternativa corretta con l'obiettivo di raggiungere una certezza processuale che sia frutto dell'elaborazione, da parte del giudice, delle evidenze disponibili (Sez. 4, n.16843 del

24/02/2021, Suarez, Rv. 281074; Sez. 4, n. 29839 del 05/04/2013, De Florentis, Rv. 257073; Sez. 4, n. 18573 del 14/02/2013, Meloni, Rv. 256338).

Questa Corte di legittimità ha più volte chiarito - e va qui ribadito - come non possa dubitarsi che, in tema di nesso di causalità c'è una scansione temporale per step successivi, in quanto, il giudizio controfattuale - imponendo di accertare se la condotta doverosa omessa, qualora eseguita, o, in ipotesi di condotta commissiva, l'assenza della condotta commissiva vietata, avrebbe potuto evitare l'evento (c.d. giudizio predittivo) richiede preliminarmente l'accertamento di ciò che è effettivamente accaduto (c.d. giudizio esplicativo) per il quale la certezza processuale deve essere raggiunta (cfr. ex multis Sez. 4, n. 23339 del 31/1/2013, Giusti, Rv. 256941 che, in applicazione di tale principio, ha censurato la decisione del giudice di appello che aveva affermato la responsabilità di un medico per avere, sulla base di un'errata interpretazione del tracciato cardiografico del feto, ritardato il parto con taglio cesareo, causandone il decesso, ritenendo non provato il momento di insorgenza della sofferenza fetale e, quindi, la circostanza che il feto potesse essere salvato nel momento in cui gli esami vennero sottoposti all'attenzione del medico, se quest'ultimo fosse tempestivamente intervenuto; conf. Sez. 4 n. 34296 dell'8/5/2015, Dolce, non mass.).

Sez. 4 n. 39445 del 16/0672016, Balbino, non mass, ha chiarito condivisibilmente che: "l'operazione intellettuale che va sotto il nome di giudizio controfattuale richiede innanzitutto che venga preliminarmente descritto ciò che è accaduto; solo dopo aver accertato "che cosa è successo" (si propone al riguardo la definizione di "giudizio esplicativo") è possibile chiedersi cosa sarebbe stato se fosse intervenuta la condotta doverosa ("giudizio predittivo"). Si tratta di una puntualizzazione tutt'altro che neutrale sul piano delle implicazioni. Basti pensare che se del giudizio predittivo si ammette la validità anche in presenza di esiti non coincidenti con la certezza processuale "oltre ogni ragionevole dubbio"), sicché può dirsi che la condotta doverosa avrebbe avuto effetto, impeditivo anche se tanto può affermarsi solo "con elevata probabilità logica", per il giudizio esplicativo la certezza processuale (nei sensi sopra indicati) deve essere raggiunta. **Ove si tratti di reati omissivi impropri può dirsi che la situazione tipica, donde trae origine l'indifferibilità dell'adempimento dell'obbligo di facere, deve essere identificata in termini non dubitativi; ove cosi non fosse non sarebbe possibile neppure ipotizzare l'omissione tipica.** Si tratta di piani correlati ma distinti; e non sembra ammissibile che i deficit di conoscenza che incidono sul giudizio esplicativo possano essere colmati da una particolare evidenza dell'attitudine salvifica del comportamento doveroso mancato, perché in realtà senza una preliminare incontroversa delineazione del quadro fattuale quell'attitudine si può predicare solo in termini astratti (Sez. 4, n. 23339 del 31/01/2013 - dep. 30/05/2013, Giusti, Rv. 256941). Identificata compiutamente la condotta doverosa va quindi risolto il quesito in merito alla sua valenza salvifica, impostato alla luce del parametro della significativa probabilità di scongiurare il danno (Sez. 4, n. 19512 del 14/02/2008 - dep. 15/05/2008, P.C. in proc. Aiana, Rv. 240172; Sez. 4, n. 31980 del 06/06/2013 - dep. 23/07/2013, Nastro, Rv. 256745)".

Il condivisibile passaggio su cui occorre porre l'accento di quella appena citata è che la regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", con i canoni di valutazione di S.U., Franzese del 2002, diversamente da quanto opina il ricorrente, attiene al giudizio predittivo ma non a quello esplicativo. Per quest'ultimo, che deve precedere ogni altra valutazione, occorre la certezza processuale nei termini in precedenza specificati.

Già in precedenza, peraltro, questa Corte di legittimità aveva affermato che in tema di responsabilità medica, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità è necessario individuare tutti gli elementi concernenti la causa dell'evento, in quanto solo la conoscenza, sotto ogni profilo fattuale e scientifico, del momento iniziale e della successiva evoluzione della malattia consente l'analisi della condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, l'evento lesivo sarebbe stato evitato al di là di ogni ragionevole dubbio (Sez. 4, n. 43459 del 04/10/2012 Albiero ed altri Rv. 255008).

Dunque, con condivisibile ragionamento logico - giuridico, la giurisprudenza di questa Corte di legittimità fissa una regola ermeneutica di indubbia esattezza: ancor prima di applicare il c.d. giudizio controfattuale, è necessario individuare con precisione quanto effettivamente è naturalisticamente accaduto, al fine di verificare, su siffatta incontrovertibile ricostruzione, se la identificazione di una condotta commissiva o omissiva possa valutarsi come adeguatamente e causalmente decisiva in relazione alla evitabilità dell'evento, ovvero alla sua verificazione in epoca significativamente posteriore.

Il ragionamento esplicativo è il primo atto che deve compiere il giudice penale chiamato a giudicare un caso di colpa medica. Egli deve verificare, alla luce del sapere scientifico introdotto nel processo e che egli stesso può integrare con i propri poteri istruttori, qual è la causa dell'evento di cui all'editto accusatorio (morte o lesioni della persona offesa) che ha portato all'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'imputato.

Pare ovvio rilevarlo, ma la casistica giudiziaria impone ad avviso del Collegio di chiarirlo in maniera ancora più esplicita: **se all'esito di tale verifica il giudice penale non è in grado di appurare la causa dell'evento ovvero appura che altra è la causa dell'evento rispetto alla condotta (attiva od omissiva) ascrivibile all'imputato e quest'ultima non si pone nemmeno come concausa della morte o delle lesioni della persona offesa, ogni altra indagine non può produrre alcun effetto ai fini dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato.**

Solo una volta appurata la relazione tra l'azione o l'omissione ascritta all'imputato si potrà passare agli step successivi, ovvero il giudizio implicativo (c.d. giudizio controfattuale), la causalità ella colpa e la valutazione dei profili, generici o specifici, di quest'ultima.

Potrà accadere - e questo stride con il senso comune, ma non con la certezza del diritto - che ci si trovi di fronte, come nel caso che ci occupa, a comprovati comportamenti colposi sotto il profilo, ad esempio, della negligenza (e tale è, con tutta evidenza, la derelizione di una garza nell'addome del paziente nel corso di un intervento chirurgico), che non portano alla sanzione penale in quanto il giudice non è riuscito a correlarli causalmente con l'evento realizzatosi in danno della persona offesa.

5. Orbene, il giudizio esplicativo operato nel caso di specie, come entrambi i giudici di merito evidenziano nelle proprie pronunce, non ha portato risposte certe.

Dato atto correttamente (pag. 13) che la regola di giudizio che era chiamata ad adottare era quella penalistica dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e dei limiti della rinnovazione istruttoria in appello (pag. 14) la Corte territoriale - in quello che è il cuore dell'odierno thema decidendi - ricorda a pag. 16

che "non è seriamente contestabile che la Pa., già un mese prima del ricovero all'ospedale Cardarelli, presentasse una importante patologica cardiaca (insufficienza valvolare) e che la stessa potesse derivare dalla sospetta endocardite della quale le evidenze erano già emerse nel mese di aprile 2013. Né in alcun modo può ritenersi provato che l'insorgere dell'endocardite derivava dalla ritenzione della garza in addome".

I giudici del gravame di merito danno conto correttamente che "l'endocardite è una infezione delle strutture valvolari del cuore che può avere origine batterica e che nel caso di endocardite batterica la colonizzazione da parte del batterio determina la sua proliferazione che porta ad una vegetazione matura. La diagnosi di endocardite richiede l'esame emocolturale anche al fine di predispone adeguata terapia antibiotica" e che "..è infine pacifico che lo scompenso cardiaco sia una complicanza tipica dell'endocardite, patologia che spesso evolve in esito infausto se non tempestivamente trattata".

La Corte territoriale, nel solco della giurisprudenza di questa Corte (cfr. ex multis Sez. 4, n. 43786 del 17/09/2010, Cozzini, Rv. 248943 - 01), diversamente da quanto opina il ricorrente, non si è posta come "peritus peritorum", ma si è confrontata a 360 gradi con il sapere scientifico introdotto nel processo.

I giudici del gravame del merito, legittimamente, a pag. 6 danno ampio di fare propria la dettagliata esposizione del sapere scientifico operata dalla sentenza di primo grado alle pagg. 4 - 27 e, dunque, il confronto critico con quanto affermato dal teste Fe., medico chirurgo capo équipe del Cardarelli che eseguì l'intervento di laparotomia del 22 maggio 2023, dai consulenti medici del PM Gu. e Ma. e dall'anatomopatologo De., dal consulente tecnico della parte civile So. e dai consulenti tecnici della difesa Di. e Co..

Nondimeno, con il dichiarato intento di richiamare "esclusivamente le parti funzionali all'esposizione del ragionamento probatorio del Tribunale e oggetto di censura da parte degli appellanti" (pag. 16) i giudici di appello ricordano come utile ai fini della descrizione del quadro clinico complessivo della Pa. si rivela la lettura non solo della consulenza cardiochirurgica richiesta il 22 maggio 2013 prima dell'intervento, che diede atto di insufficienza aortica in fase di scompenso, ma, soprattutto, della consulenza anestesiologica che diede atto di un rischio anestesiologico "elevatissimo" per essere la paziente portatrice di insufficienza mitralica in fase di scompenso, portatrice di gozzo tiroideo e con imponenti edemi agli arti inferiori. Si aggiunge che non è seriamente contestabile che il risultato ecografico del 16 aprile 2013 avesse già dato conto della presenza di batteri e di sospetta endocardite né che il primo esame emocolturale venne eseguito solo dopo il ricovero all'Ospedale Cardarelli e dopo l'intervento di resezione intestinale, quando già si era registrato l'aggravarsi delle condizioni della Pa..

Va ricordato che, in tema di responsabilità per colpa medica, si è anche condivisibilmente affermato (Sez. 5, n. 9831 del 15/12/2015 dep. 2016, Minichini ed altri, Rv. 267567; conf. Sez. 3 , n. 11451 del 6/11/2018 dep.2019, Chianura, Rv. 275174 - 01) che qualora sussistano, in relazione a pluralità di indagini svolte da periti e consulenti, tesi contrapposte sulla causalità materiale dell'evento, il giudice, previa valutazione dell'affidabilità metodologica e dell'integrità delle intenzioni degli esperti, che dovranno delineare gli scenari degli studi e fornire adeguati elementi di giudizio, deve accertare, all'esito di una esaustiva indagine delle singole ipotesi formulate dagli esperti, la sussistenza di una soluzione sufficientemente affidabile, costituita da una metateoria frutto di una ponderata valutazione delle differenti rappresentazioni scientifiche dei problemi, in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Altrimenti potendo concludere per l'impossibilità di addivenire ad una conclusione in termini di certezza processuale.

Nel solco di tale principio i giudici del gravame del merito richiamano quello che ritengono il passaggio di maggiore interesse della consulenza dei consulenti tecnici del P.M. (pagg. 26 e ss.) che, in maniera ritenuta eloquente, avevano formulato il loro giudizio in termini di "verosimiglianza" o "possibilità". Si legge, infatti: "nell'ambito dell'accertamento medico legale chirurgico de quo, con i limiti derivati dalla mancata esecuzione di un'indagine autoptica all'epoca dei fatti la sola analisi documentale consente di prospettare quale verosimile causa del decesso della signora Pa. l'insorgenza di uno shock cardiogeno acuto secondario a prolungato squilibrio dinamico, respiratorio e idroelettrolitico terminale condizione di insufficienza multiorgano. Tale letale evenienza - non trovando ulteriore conforto necroscopico - poté verificarsi quale conseguenza di un improvviso collasso emodinamico respiratorio con arresto dell'autonomia cardiovascolare del soggetto, a genesi non esattamente identificabile e possibilmente ascriviate ad evenienze patologiche a carattere acuto interessanti l'apparato cardiovascolare (insufficienza cardiaca acuta da scompenso o aritmia ventricolare, ecc.). Di sicuro il terminale quadro emodinamico e respiratorio si innestò in paziente, seppure non anziana (cinquantacinquenne) già portatrice di cardiomiopatia dilatativa con severa valvulopatia aortica. È verosimile che l'importante atto chirurgico demolitivo del 22 maggio 2013 (resezione ileale) ebbe definitivamente a scompensare il labile equilibrio e biologico della donna, comportando una rapida e progressiva disfunzione multiorgano, connotata nell'ultimo periodo di vita della donna dalla insorgenza dì pancitopenia refrattaria al reintegro volemico, insufficienza renale acuta con severi scompensi idroelettrolitici e edema generalizzato e ancora ha insufficienza respiratoria acuta".

La sentenza impugnata sottolinea che nemmeno le risultanze dell'esame in dibattimento dei consulenti risultano difformi da tali conclusioni essendosi chiarito che il giudizio dell'attitudine causale dell'intervento di laparotomia a concorrere a determinare l'aggravamento delle condizioni complessive della Pa. è stato svolto in termini di verosimiglianza.

Sul tema di una corrispondenza tra verosimiglianze) e certezza si spendono i ricorrenti nella memoria conclusiva. La tesi, tuttavia, è smentita dal significato stesso del termine utilizzato dai consulenti. La verosimiglianza è l'apparente conformità al vero. L'essere verosimile di un qualcosa è l'avare apparenza di vero. Si è, in altri termini, su un piano diverso dalla raggiunta verità. E, dunque, dalla certezza. E questo per il giudice penale, in termini di giudizio esplicativo, secondo quanto chiarito in precedenza, non può bastare.

Del resto, come ricorda la sentenza impugnata, il giudice di primo grado aveva illustrato dettagliatamente le risultanze delle prove dichiarative, ripercorrendo il contenuto della deposizione del dott. Fe., medico chirurgo dell'Ospedale Cardarelli a capo dell'équipe che eseguì l'intervento di laparotomia del 22 maggio 2023 e confrontandole le diverse valutazioni tecniche dei consulenti.

Alle pagg. 6 - 7 del provvedimento impugnato i giudici di appello partenopei danno atto di come sia certa la negligente dimenticanza della garza in addome in occasione

dell'intervento di isterectomia eseguito nel 2005 per poi spostare l'attenzione su quello che legittimamente è stato individuato come il tema centrale del processo, ovvero la valutazione dell'attitudine causale di tale condotta violativa della regola cautelare e determinare l'evento mortale.
In tale disamina la Corte territoriale ricorda come il tribunale abbia ritenuto necessario, in primo luogo, affrontare il tema della necessità e urgenza dell'intervento di laparotomia esplorativa, con la conseguente resezione intestinale, eseguito presso l'ospedale Cardarelli di Napoli. Quindi ha dato ampiamente conto della deposizione del dottor Fe., medico chirurgo che, avendo effettuato l'intervento al Cardarelli, fu l'unico sanitario che ebbe ad osservare direttamente dal vivo le condizioni della Pa. durante l'intervento. E, rispondendo a a quanto lamentano le parti civili anche in questa sede di legittimità, si ricorda di come il tribunale abbia dedicato alla valutazione di attendibilità del Fe. ampio spazio. Dovendosi aggiungere che mai nessuno ha mosso dubbi circa la corretta esecuzione dell'intervento di laparoscopia del 2013, per cui non si vede per quale ragione, come sostengono le pp.cc. ricorrenti, il chirurgo in questione non potesse essere ascoltato quale teste.
Si sottolineava già nella sentenza di primo grado - come ricorda il provvedimento impugnato - che nel corso dell'intervento chirurgico al Cardarelli è emerso il dato dell'assenza di perforazione intestinale e di peritonite in atto, come peraltro confermato anche dai consulenti del pm. E come, secondo la deposizione di colui che l'ha realizzato, l'intervento in concreto eseguito nel 2013 si rivelò addirittura più semplice di come era stato programmato.
Come ricorda la sentenza impugnata a pag. 7 il Fe. "ha concluso che, a suo avviso, la causa della successiva infezione che poi condusse la Pa. alla morte non poteva rinvenirsi in una patologia addominale".
Davvero non si comprende per quale ragione - ed infatti o giudici del merito non l'hanno fatto - si dovesse dubitare di quanto affermato dall'unico medico che, in assenza di un esame autoptico, ha avuto modo di verificare de visu il colon della sfortunata paziente. Ciò trattandosi sì di un medico operatore, ma sul cui operato alcuno, nel corso del processo, ha potuto muovere appunti.
Il Fe. ha affermato in più passaggi della propria testimonianza, come ricorda ancora a pag. 7 il provvedimento impugnato, che "benché la paziente presentasse tutti i dati sintomatici di peritonite e di sospetta occlusione intestinale (addominalgia, febbre e sangue nelle feci) ed gli dovette constatare, all'apertura dell'addome, che l'ipotesi clinica non trovò riscontro perché non vi era liquido purulento, né peritonite in atto né segni di una perforazione o di occlusione intestinale".
Sul punto la sentenza impugnata, ricordato come tinche i consulenti del PM concordassero che non vi fossero peritonite o perforazione in atto, dà anche atto che nel corso dell'esame dibattimentale cui fu sottoposto al Fe. fu anche chiesto conto di come ciò si concili con l'annotazione presente nella cartella clinica della paziente secondo cui nel corso dell'intervento venne comunque trovato del liquido citrino e, come si ricorda a pag. 7 "..sul punto il dott. Fe. ha chiarito che tale "liquido citrino" di colore giallo, certamente non era purulento, e ha precisato che la presenza di liquido di colore giallo è un dato neutro e non significativo perché esso compare in qualunque processo infiammatorio, anche blando, e che tale dato non poteva essere considerato autonomamente, ma alla luce della assenza di qualsivoglia perforazione o occlusione intestinale".
A pag. 8 della sentenza impugnata si ricorda che in ogni caso il tribunale ha dato conto che tanto i consulenti del pm che quelli della parte civile avevano concluso che l'intervento era indispensabile, tanto alla stregua di una valutazione ex ante, per quanto evidenziato dalla tac, quanto ad una ex post, fondata sull'effettivo stato delle anse intestinali osservato e indagato in sala operatoria.
Affrontato e risolto positivamente il tema della indifferibilità nell'intervento presso l'ospedale Cardarelli, la Corte territoriale ricorda che anche il tribunale non aveva potuto, poi, eludere quello che era il punto centrale e preliminare della decisione, ovvero la verifica della sussistenza del nesso causale tra la condotta degli imputati e l'evento, evidenziando, come si è già sottolineato in precedenza, che in imputazione la derelizione della garza in addome è descritta come causa dell'intervento di resezione intestinale, il quale a sua volta contribuì allo scompenso definitivo dell'equilibrio biologico della donna già seriamente compromesso.
Come si ricorda in sentenza (pagg. 9 e ss.) il giudice di primo grado, nel richiamare già ricordati principi giurisprudenziali in tema di valutazione della responsabilità colposa specie in ambito medico che hanno fatto seguito a S.U. Franzese, ha rilevato che tale verifica richiede di prendere in considerazione tutti gli altri elementi fattuali che avrebbero potuto incidere sulla produzione dell'evento letale, al fine di verificare se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta, la morte della paziente non si sarebbe verificata "al di là di ogni ragionevole dubbio" così come essa si è hic et nunc verificata.
Ebbene, a tale riguardo il tribunale ha ricordato che il dato dello scompenso cardiaco constatato dopo l'operazione è stato ricondotto dai consulenti tecnici del P.M. ad un aggravamento del quadro clinico della paziente determinato dall'intervento chirurgico, mentre i consulenti della difesa hanno evidenziato che proprio la comparsa di uno scompenso cardiaco congestizio indicava che esso non derivava dall'intervento chirurgico cui la donna era stata appena sottoposta, perché si trattava di una complicanza notoriamente connessa alla endocardite, patologia da cui la Pa. era certamente affetta.
Nel giudizio del tribunale ha, dunque, rivestito un ruolo centrale il dato delle pregresse patologie cardiache della Pa. - ovvero la severa insufficienza valvolare aortica e l'endocardite - e il dato certo costituito dal fatto che, dopo le dimissioni volontarie del 26 aprile 2023, non risultava essere stato effettuato alcun approfondimento diagnostico per individuare il germe responsabile dell'endocardite ed eventualmente somministrare terapia antibiotica.
Tali elementi hanno condotto il giudice di primo grado a ritenere che la preesistenza di plurime comorbilità, certamente indipendenti dalla garza in addome e di oggettiva gravità, impedisse di sostenere "al di là di ogni ragionevole dubbio" che il decesso della Pa. sia causalmente riconducibile alla derelizione della garza, tanto più che tutti i consulenti hanno posto in evidenza che l'assenza di un esame autoptico non consentiva di accertare in termini di certezza tecnica quale fosse stata la causa del decesso della donna.
Sul punto ricordano i giudici di appello come il giudice di primo grado avesse sottolineato che benché l'esame autoptico non sia sempre necessario o decisivo per accertare la sussistenza del nesso causale tra la condotta e l'evento letale, in un caso quale quello oggetto del presente giudizio, esso avrebbe assunto valenza dirimente, proprio per la concomitanza di plurime patologie alcune delle quali - e in special modo l'endocardite - idonee a determinare da sole l'evento letale.
Per tali ragioni, in difetto di prova che il decesso fosse stato determinato o accelerato dalla presenza della garza in addome

e dal processo infiammatorio che aveva indotto a dare priorità alla rimozione della stessa rispetto al già programmato intervento di sostituzione della valvola aortica, il tribunale era pervenuto all'assoluzione degli imputati ai sensi dell'art. 530 comma 2 cod. proc. pen. per insussistenza del fatto.
Con quella ricostruzione, a ciò sollecitata dagli atti di gravame del PM e delle parti civili, la Corte partenopea si è confrontata criticamente, ma non ha potuto che arrendersi di fronte all'evidenza che, seppure è vero che l'intervento in via di urgenza al Cardarelli si rese necessario per l'insorgere di una sintomatologia come la rettorragia e i dolori addominali che facevano pensare ad una problematica di tipo intestinale - e che portarono a scoprire la garza nell'addome - è anche vero che la laparotomia esplorativa cui la Pa. fu sottoposta si rivelò, per averlo riferito chi la effettuò, più semplice del previsto perché non fu riscontrata la peritonite che si temeva e, come appena evidenziato, non furono riscontrati versamenti in addome di particolare rilievo.
Si torna allora al fatto che non è rimasto provato che l'endocardite possa essere stata determinata dalla flogosi intestinale (tema su cui le parti civili "spostano il tiro" in questa sede di legittimità dopo avere sostenute nei precedenti gradi che a determinare la morte fosse stato l'indebolimento seguito all'intervento d'urgenza all'Ospedale Cardarelli che a sua volta si era reso necessario per la garza nell'addome). E, comunque, al giudizio che non va oltre la verosimiglianza offerto dai consulenti circa il fatto che possa essere stato l'indebolimento prodotto nella paziente dall'intervento al colon ad aggravare definitivamente il quadro clinico già compromesso dai gravi problemi cardiaci.
6. A fronte della confermata assoluzione anche in appello le parte civili ricorrenti oggi chiedono a questa Corte di legittimità, in concreto, una nuova valutazione dell'esistenza di una responsabilità dell'imputato nel prodursi dell'evento dannoso, ai fini di un'affermazione di responsabilità civile, e quindi propongono un motivo di fatto in quanto tale non scrutinabile in questa sede di legittimità.
Va ribadito, in particolare, che la tesi secondo cui il batterio responsabile dell'endocardite - mai individuato - derivi dall'infiammazione cronica determinata dalla garza in addome è rimasta affermazione priva di alcun concreto riscontro scientifico, e anche quella, ancorata, al più, ad un giudizio di verosimiglianza.
Pertanto, a giudizio del Collegio, la decisione dei giudici del gravame del merito che non vi fossero elementi atti a sovvertire quelle che erano state le conclusioni del giudice di primo grado, appare immune dai denunciati vizi di legittimità.
Va evidenziato, con riguardo ai limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti oggetto di ricorso per cassazione, delineati dall'art. 606, co. 1, lettera e), cod. proc. pen., come vigente a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 46 del 2006, che, a parere di questo collegio, la predetta novella non ha comportato la possibilità, per il giudice della legittimità, di effettuare un'indagine sul discorso giustificativo della decisione, finalizzata a sovrapporre la propria valutazione a quella già effettuata dai giudici di merito, dovendo il giudice della legittimità limitarsi a verificare l'adeguatezza delle considerazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per giustificare il suo convincimento. La mancata rispondenza di queste ultime alle acquisizioni processuali può, soltanto ora, essere dedotta quale motivo di ricorso qualora comporti il c.d. "travisamento della prova" (consistente nell'utilizzazione di un'informazione inesistente o nell'omissione della valutazione di una prova, accomunate dalla necessità che il dato probatorio, travisato od omesso, abbia il carattere della decisività nell'ambito dell'apparato motivazionale sottoposto a critica), purché siano indicate in maniera specifica ed inequivoca le prove che si pretende essere state travisate, nelle forme di volta in volta adeguate alla natura degli atti in considerazione, in modo da rendere possibile la loro lettura senza alcuna necessità di ricerca da parte della Corte di legittimità, e non ne sia effettuata una monca individuazione ed un esame parcellizzato. Permane, al contrario, la non deducibilità, nel giudizio di legittimità, del travisamento del fatto, stante la preclusione per la Corte di cassazione di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella compiuta nei precedenti gradi di merito (cfr. ex multis Sez. 6, n. 25255 del 14/2/2012, Rv. n. 253099).
Sono, pertanto, inammissibili, perché non consentite, le doglianze del ricorrente riguardanti presunti "travisamenti del fatto" (cfr. pag. 6, par. 3 del ricorso).
Peraltro, non va trascurato che, questa Corte, con orientamento che il Collegio condivide e ribadisce, ritiene che, in presenza di una c.d. "doppia conforme", ovvero di una doppia pronuncia di eguale segno (nel caso di specie, assolutorio), il vizio di travisamento della prova può essere rilevato in siede di legittimità solo nel caso in cui il ricorrente rappresenti (con specifica deduzione) che l'argomento probatorio asseritamente travisato è stato per la prima volta introdotto come oggetto di valutazione nella motivazione del provvedimento di secondo grado (cfr. Sez. 4, n. 19710/2009, Rv. 243636 secondo cui , sebbene in tema di giudizio di Cassazione, in forza della novella dell'art. 606 cod. proc. pen., comma 1, lett. e), introdotta dalla l. n. 46 del 2006, è ora sindacabile il vizio di travisamento della prova, che si ha quando nella motivazione si fa uso di un'informazione rilevante che non esiste nel processo, o quando si omette la valutazione di una prova decisiva, esso può essere fatto valere nell'ipotesi in cui l'impugnata decisione abbia riformato quella di primo grado, non potendo, nei caso di c. d. doppia conforme, superarsi il limite del "devolutum" con recuperi in sede di legittimità, salvo il caso in cui il giudice d'appello, per rispondere alla critiche dei motivi di gravame, abbia richiamato atti a contenuto probatorio non esaminati dal primo giudice; conf. Sez. 2, n. 47035 del 3/10/2013, Giugliano, Rv. 257499; Sez. 4, n. 5615 del 13/11/2013 dep. 2014, Nicoli, Rv. 258432; Sez. 4, n. 4060 del 12/12/2013 dep. 2014, Capuzzi ed altro, Rv. 258438; Sez. 2, n. 7986 del 18/11/2016 dep. 2017, La Gumina ed altro, Rv. 269217).
Nel caso di specie, al contrario, la Corte di appello ha riesaminato e valorizzato lo stesso compendio probatorio già sottoposto al vaglio del tribunale e, dopo avere preso atto delle censure degli appellanti, è giunta alla medesima conclusione in termini di mancanza di prova del nesso di causa e, in concreto, le parti civili si limitano a reiterare le doglianze già incensurabilmente disattese nel precedente grado e riproporre la propria diversa lettura" delle risultanze probatorie acquisite, fondata su mere ed indimostrate congetture, senza documentare nei modi di rito eventuali travisamenti degli elementi probatori valorizzati.
…omissis…
8. Al rigetto dei ricorsi consegue ex lege la condanna delle parti civili ricorrenti al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali.
Così deciso il 18 settembre 2024.
Depositata in Cancelleria il 4 ottobre 2024.

Reati tributari e trattamenti di carattere estetico

CASSAZIONE PENALE, sezione IV, sentenza 10 ottobre 2024, udienza 18 luglio 2024, n. 37239, Pres. Liberati; Rel. Gai

I trattamenti di carattere estetico, nei limiti in cui abbiano lo scopo di trattare o curare persone che a seguito di malattia o di handicap fisico congenito abbiano bisogno di intervento estetico, potrebbero rientrare nella nozione di "cure mediche" o di "prestazioni mediche" esente da Iva ai sensi degli artt. 10 e 18 del D.P.R. n. 633 del 1972, ma che l'onere della destinazione del trattamento a cure mediche, ai fini dell'esenzione Iva, grava sul contribuente che effettua le prestazioni.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza emessa in data 6 ottobre 2023, la Corte di appello di Bologna, in parziale riforma della sentenza pronunciata dal Tribunale di Bologna, ha confermato la dichiarazione di penale responsabilità di Sa.Ca. per vari reati di cui agli artt. 3,4,5 e 10 D.Lgs. n. 74 del 2000, per i fatti commessi dal 2013 in poi, ha dichiarato estinti per prescrizione i reati commessi in data precedente, e rideterminato la pena, riducendola, in due anni è otto mesi di reclusione, previa concessione delle circostanze attenuanti generiche.
Secondo quanto accertato dai giudici di merito, all'esito della pronuncia di prescrizione, Sa.Ca., in relazione alla sua attività di chirurgo estetico, è stata condannata per avere: 1) presentato la dichiarazione annuale per le imposte sulle persone fisiche per l'anno 2012, in data 25 settembre 2013, sia omettendo di indicare compensi per prestazioni professionali percepiti da un albergo di M, per un importo pari a 283.357,00 Euro, con evasione IRPEF pari a 115.013,51 Euro, così integrando il reato di cui all'art. 4 D.Lgs. n. 74 del 2000 (capo unico), sia occultando compensi per prestazioni professionali ricevuti da altre strutture alberghiere per ulteriori 1.008.139,00 Euro, con l'artificio di sostituire le fatture regolarmente emesse dai fruitori delle sue prestazioni per 1.067.091,00 Euro con n. 38 fatture e n. 3 note di accredito completamente false nel contenuto e nella contabilità, recanti un importo complessivo', di 58.952,00 Euro, così integrando il reato di cui all'art. 3 D.Lgs. n. 74 del 2000, nonché omettendo di indicare ulteriori compensi per prestazioni professionali per 1.172.911,00 Euro, così integrando il reato di cui all'art. 4 D.Lgs. n. 74 del 2000, con complessiva evasione IRPEF pari a 1.278.144,00 Euro (capo A proc. n. 7434/18 rgdib.); 2) presentato la dichiarazione annuale per le imposte sulle persone fisiche per l'anno 2013, nel settembre 2014, omettendo di indicare compensi per prestazioni professionali per un importo pari a 283.357 Euro, con evasione IRPEF pari a 903.644,00 Euro, così integrando il reato di cui all'art. 4 D.Lgs. n. 74 del 2000, con complessiva evasione IRPEF pari a 565.867,00 Euro (capo B proc. n. 7434/18 rgdib.); 3) omesso di presentare la dichiarazione annuale per l'IVA per gli anni 2012, 2013 e 2014, relativamente ad operazioni imponibili pari a 2.574.793,00 Euro per il 2012, a 1.846.923,00 Euro per il 2013, e a 1.326.081,00 Euro per il 2014, così integrando il reato di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 74 del 2000 (capo C proc. n. 7434/18 rgdib.); 4) occultato o distrutto numerose fatture specificamente indicate nell'imputazione, con condotta accertata il 22 novembre 2016, così integrando il reato di cui all'art. 10 D.Lgs. n. 74 del 2000 (capo D proc. n. 7434/18 rgdib.).
2. Ha presentato ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello indicata in epigrafe, Sa.Ca., con atto sottoscritto dall'Avv….., articolando quattro motivi.
2.1. Con il primo motivo, si denuncia violazione di legge, in riferimento all'art. 10, n. 18, D.P.R. n. 633 del 1972, nonché vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., avuto riguardo alla configurabilità del reato di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 74 del 2000 per l'omessa dichiarazione IVA. Si deduce che illegittimamente la sentenza impugnata ha ravvisato la sussistenza del reato di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 74 del 2000 con riferimento alla mancata presentazione della dichiarazione per l'IVA. Si premette che la conclusione della sentenza impugnata si fonda sull'assunto per cui le prestazioni fornite dall'attuale ricorrente fossero di medicina estetica non finalizzate a cura e riabilitazione, come tali non rientranti nell'esenzione dall'IVA prevista dall'art. 10, n. 18, D.P.R. n. 633 del 1972. Si osserva che, per come evidenziato dal consulente tecnico della difesa, ma anche dalla polizia giudiziaria, le prestazioni fornite consistevano nel prelievo di sangue dalle cavità venose, nel passaggio del plasma in un dispositivo chiamato ossigenatore, e poi nella reintroduzione del liquido nell'organismo del paziente, con conseguente incremento del benessere fisico della persona sottoposta a trattamento, e, quindi, erano qualificabili come attività di cura. Si rileva che la deduzione era stata formulata alla Corte d'Appello, e che, però, questa non solo ha mantenuto ferma la tesi secondo cui le prestazioni fornite dall'attuale ricorrente fossero di medicina estetica non finalizzate a cura e riabilitazione, ma non ha nemmeno reso alcuna risposta in argomento.
…omissis…

Considerato in diritto

1. Il ricorso è nel complesso infondato.
Il primo motivo di ricorso è, in parte, inammissibile perché orientato al merito e alla diversa qualificazione delle prestazioni effettuate dalla ricorrente, volto a chiedere una rivalutazione delle conclusioni dei giudici del merito secondo cui le prestazioni fornite dall'attuale ricorrente erano di medicina estetica, non finalizzate a cura e riabilitazione, e come tali soggette ad imposizione Iva, e, comunque, infondato nella parte in cui deduce la violazione di legge in riferimento all'art. 10, n. 18, D.P.R. n. 633 del 1972.
Va premesso che, **in tema di imposta IVA, le prestazioni mediche e paramediche di chirurgia estetica si distinguono dalle prestazioni' a contenuto meramente cosmetico e sono esenti di imposta, ex art. 10, n. 18, del D.P.R. n. 633 del 1972, nei limiti in cui sono finalizzate a trattare o curare persone che, a seguito di una malattia, di un trauma o di un handicap fisico congenito, subiscono disagi psico-fisici e, dunque, sono rivolte alla tutela della salute, gravando**

sul contribuente l'onere di provare la sussistenza dei suddetti requisiti, soggettivi e oggettivi (Sez. 5 civ., n. 27947 del 13/10/2021, Rv. 662473; Sez. 5, civ. n. 21272 del 02/11/2005, Rv. 584576 -01). La pacifica giurisprudenza civile ha reiteratamente affermato che in tema di Iva, l'onere di provare la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi richiesti per godere dell'esenzione Idi cui all'art. 1 del D.P.R. n. 633 del 1972, grava sul contribuente, con la conseguenza che, se non viene fornita tale prova, i corrispettivi accertati devono ritenersi operazioni imponibili (da ultimo Sez. 5, n. 25440 del 12/10/2018, Rv. 650802-01; Sez. 5, n. 13138 del 24/06/2015; Sez. 5, n. 17656 del 06/08/2014). E con riguardo alle prestazioni di natura puramente estetica, anche se rese da personale infermieristico o medico, una volta accertato che il trattamento non abbia contenuto intrinseco di prestazione sanitaria medica o paramedica, non spetta l'esenzione (da ultimo Sez. 5, n. 19178 del 17/07/2019).

Come richiamato anche dalla sentenza impugnata, anche mediante richiamo alle decisioni della Corte di Giustizia in tema (Corte di Giustizia, 21 marzo 2013, C-91/12), **i trattamenti di carattere estetico, nei limiti in cui abbiano lo scopo di trattare o curare persone che a seguito di malattia o di handicap fisico congenito abbiano bisogno di intervento estetico, potrebbero rientrare nella nozione di "cure mediche" o di "prestazioni mediche" esente da Iva ai sensi degli artt. 10 e 18 del D.P.R. n. 633 del 1972, ma che l'onere della destinazione del trattamento a cure mediche, ai fini dell'esenzione Iva, grava sul contribuente che effettua le prestazioni**.

2. La Corte territoriale ha condiviso e fatto corretta applicazione di tale consolidato principio giurisprudenziale, rilevando l'assenza di puntuale allegazione di documentazione sanitaria (cartella clinica e prescrizione medica, attestante il carattere terapeutico in relazione alle singole prestazioni rese, implicitamente escludendo la possibilità di formulare ex post una valutazione globale delle medesime (cfr. pag. 12).

…omissis…

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 18 luglio 2024.

Depositata in Cancelleria il 10 ottobre 2024.

L’elasticità delle linee guida nei reati colposi del medico

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 4 novembre 2024, udienza 24 settembre 2024, n. 40316, Pres. Galtiero; Rel. Gai

In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, nel giudizio sulla gravità della colpa deve tenersi conto - oltre che delle specifiche condizioni del soggetta agente, del suo grado di specializzazione e della situazione specifica in cui si è trovato ad operare - della natura della regola cautelare violata, in quanto l'eventuale natura elastica della stessa, indicando un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, incide sulla esigibilità della condotta doverosa omessa, richiedendo il previo riconoscimento delle stesse da parte dell'agente.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza in data 6 giugno 2023, la Corte d'Appello di Catania, giudicando in sede di rinvio a seguito di sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di cassazione n. 4892/2020, in riforma della sentenza del Tribunale di Catania, ha assolto Ri.Gi. dal reato a lui ascritto ed ha confermato la sentenza di condanna, alla pena sospesa di mesi cinque di reclusione, in relazione al reato di cui agli artt. 113 e 589 cod. pen., nei confronti di Sc.Ro. per avere cagionato il decesso del nato di La.Ro., perché non valutava correttamente i segni clinici e lo stato della paziente, già cesarizzata due volte con algie pelviche, omettendo di predisporre ed eseguire in maniera costante il controllo cardiotocografico e il monitoraggio della ripresa del travaglio 2 dei suoi effetti sulla pregressa cicatrice isterotomia e con la mancata tempestivi 1 diagnosi di pericolo di rottura della parete uterina, rottura poi avvenuta con conseguente choc emorragico e lipotimia successiva, grave sofferenza ipossica a danno del nato, così che ne determinava il decesso, nella notte tra il 28 e 29 luglio 2009, ed ha confermato le statuizioni civili contenute nella sentenza del Tribunale.
2. Nel ripercorrere brevemente la vicenda processuale, deve darsi atto che il il Tribunale di Catania, con sentenza in data 28/11/2016, aveva condannato Sc.Ro. e Ri.Gi., quali medici di turno dell'Ospedale Santo Bambino di Catania, per avere cagionato, in concorso colposo, il decesso del nato di La.Ro.
La Corte d'Appello di Catania, investita dell'impugnazione aveva confermato, per quanto qui rileva, la sentenza del Tribunale di Catania in punto affermazione della responsabilità penale per il reato di omicidio colposo in cooperaziore colposa tra loro.
3. La sentenza di condanna è stata oggetto di annullamento da parte della Corte di cassazione con sentenza n. 4892 del 2020, che ne ha censurato l'iter logico argomentativo, con rinvio per un nuovo giudizio evidenziando profilo di contraddittorietà delle due sentenze di merito, lacunosità della motivazione ed anche carenza di motivazione sui seguenti punti:
In particolare, la sentenza di annullamento aveva dapprima evidenziato che occorreva focalizzare l'attenzione sull'addebito colposo di cui all'imputazione.
In relazione al reato che ci occupa, di cui al capo B), alla Sc.Ro. e il Ri.Gi., medici di turno presso il reparto di ginecologia ed ostetricia dell'ospedale Santo Bambino di Catania, come si ricordava in premessa, era contestato, curante la notte tra il 28 ed il 29 settembre 2009, di non avere valutato correttamente i segni clinici e lo stato di La.Ro. (paziente con peculiari problematiche al momento del suo ingresso in ospedale) omettendo di disporre e di eseguire in maniera costante il controllo cardiotocografico ed il monitoraggio della ripresa del travaglio e dei suoi effetti sulla pregressa cicatrice isterotomia.
Ciò chiarito, e ricostruiti i fatti sulla scorta delle deposizioni dei consulenti tecnici e delle dichiarazioni testimoniali, la sentenza rescindente evidenziava che le sentenze di merito non facevano chiarezza se in quella data situazione - rispetto ad una paziente in quelle condizioni e con quel pregresso - il comportamento doveroso omesso fosse quello di cui all'imputazione, ovvero di avere omesso "di eseguire in maniera costante il controllo cardiotocografico ed il monitoraggio della ripresa del travaglio e dei suoi effetti sulla pregressa cicatrice isteromia", e rilevava la carenza di motivazione sotto il profilo del nesso di causalità, ir relazione ai rapporti tra il comportamento doveroso che sarebbe stato omesso e il realizzarsi dell'evento e l'ulteriore carenza di motivazione in relazione alla indicazione, se il caso concreto fosse regolato da linee-guida o, in mancanza, da buon; pratiche clinico-assistenziali, nonché di valutare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, di specificare di quale forma di colpa si tratti, se di colpa generica o specifica, eventualmente a la luce di regole cautelari racchiuse in linee-guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza e se ed in quale misura la condotta del sanitario si fosse discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali.
Acclarata l'eventuale responsabilità di uno o di entrambi i medici, il giudice del rinvio doveva tenere conto che le Sezioni Unite di questa Corte di legittimità hanno chiarito che, in tema di responsabilità dell'esercente la pressione sanitaria, l'abrogato art. 3 comma 1, del D.L. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies cod. pen., introdotto c alla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lievé da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso iconcreto (Sez. U, n. 8770 del 21/12/2017, dep. il 2018, Mariotti, Rv. 272175; conf. sez. 4, n. 36723 del 19/04/2018, Di Saverio, Rv. 274326).
5. La Corte d'Appello di Catania, all'esito del giudizio di rinvio, ha assolto Ri.Gi. ed ha confermato la sentenza di condanna nei confronti di Sc.Ro.
In tale ambito, per quanto qui di rilievo, la sentenza impugnata dà atto della rinnovazione istruttoria, avendo disposto nuova audizione dei consulenti tecnici prof. Sa., dr. Ro. e dr. Pi., e di avere reso la decisione si. Ila scorta delle linee-guida già in atti, non essendone state prodotte altre, secondo cui il parto vaginale non è controindicato nella donne bicesarizzata e che il monitoraggio continuo è imposto solo in presenza di alcuni condizioni, non ricorrènti nel caso di specie, ma che, tuttavia, pur in assenza di linee guida che imponessero di disporre il monitoraggio continuo, nel caso concreto, in presenza di

donna bicensarizzata, con la testa del nascituro non impegnata, senza dilatazione, che spinge sulla cicatrice, secondo le linee guida del 2012, pacificamente applicabili caso in esame, alla donna doveva essere garantita una adeguata sorveglianza clinica e un monitoraggio elettronico fetale continuo nella fase attiva di travaglio e iella fase di "prodromi da travaglio", presenti nel caso in esame. Il monitoraggio attivo e continuo costituiva condotta doverosa, a livello di buone prassi, al fine di prevenire la rottura dell'utero.
In conclusione, le specifiche condizioni della paziente, come ricostruite dai consulenti tecnici in base alle evidenze della cartella clinica, imponevano, proprio per i molti fattori di rischio, enucleati a pag. 10, il continuo monitoraggio fetale, obbligo disatteso dalla imputata, ma imposto quantomeno dalle buone arassi nel contesto specifico di concreto rischio di rottura dell'utero. La doverosa condotta, che non avrebbe impedito la rottura dell'utero, avrebbe tuttavia messo in luce le alterazioni del tracciato cardiotocografico sintomatiche della rotture dell'utero che con un intervento chirurgico tempestivo di taglio cesareo avrebbe evitato gravi danni e con elevata probabilità la morte del feto, deceduto a seguito di una prolungata sofferenza fetale, individuata in tre/quattro ore, periodo corrispondente a quello intercorso tra la riconduzione in reparto della La.Ro., senza alcun monitoraggio, e l'emorragia che l'aveva colpita a seguito del a rottura dell'utero.
Conclusivamente, il continuo monitoraggio fetale avrebbe rilevato i segni della rottura dell'utero consentendo un rapido intervento che con elevata probabilità avrebbe avuto effetti salvifici per il feto. Per i giudici del merito alla luce dei dati di fatto, la colpa per imperizia in capo alla Sc.Ro. era grave.
6. Avverso la sentenza ha presentato ricorso per cassazione il difensore di fiducia dell'imputata Sc.Ro.. e ne ha chiesto l'annullamento per i seguenti motivi enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att., cod. proc. pen.
…omissis…

Considerato in diritto

1. Il ricorso è infondato e va, pertanto, rigettato.
2. Va anzitutto rilevato che la sentenza rescindente della Corte di cassazione, emessa in data 16/01/2020, evidenziava plurime carenze motivazionali e contraddittorità tra le due sentenze su punti decisivi.
Muovendo dall'addebito colposo di cui all'imputazione e cioè di non avere valutato correttamente i segni clinici e lo stato di La.Ro. (paziente già cesarizzata due volte, intervallata da parto naturale e due interiuzioni di gravidanza, con algie pelviche), omettendo di disporre e di eseguire in maniera costante il controllo cardiotocografico ed il monitoraggio della ripresa del travaglio e dei suoi effetti sulla pregressa cicatrice isterotomia, la sentenza rescindente demandava al giudice del rinvio, di fare chiarezza (in presenza di rilevata carenza motivazionale) se in quella data situazione - rispetto ad una paziente in quelle condizioni e con quel pregresso - il comportamento doveroso omesso fosse quello di cui all'imputazione, laddove si imputa alla ricorrente - si ripete - "di avere omesso di eseguire in maniera costante il controllo cardiotoqografico ed il monitoraggio della ripresa del travaglio e dei suoi effetti sulla pregressiva cicatrice isterotomia", nonché di valutare se sussisteva il nesso di causalità, in relazione ai rapporti tra il comportamento doveroso che sarebbe stato omesso e il realizzarsi dell'evento ed ancora si richiedeva la verifica se il caso concreto fosse regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali, nonché di accertare il nesso di causa tenendo conto del comportamento salvifico indicato dai predetti parametri, e di specificare di quale forma di colpa si traiti, se di colpa generica o specifica, eventualmente alla luce di regole cautelari racthius ; in linee-guida, se di colpa per imperizia, negligenza o imprudenza, nonché di motivare se ed in quale misura la condotta del sanitario si fosse discostata da linee guida o da buone pratiche clinico-assistenziali. Tenuto conto che, nel caso in esame, trovava applicazione, quale norma più favorevole, la causa di non punibilità ex art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, secondo il quale "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", si configura quale norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies od. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotti comotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinati da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto (Sez. U, n. 8770 del 21/12/2017, Mariotti, Rv. 272175; conf. Sez. 4, n. 36723 del 19/04/2018, Di Saverio, Rv. 274326) principi a c. i doveva attenersi il giudice del rinvio.
2. Così puntualizzato il perimetro del giudizio di rinvio, osserva I Collegio che, quanto al primo profilo, il percorso argomentativo della sentenza impugnata ha risolto tutti gli aspetti devoluti alla valutazione dei giudici del rinvio che, con motivazione oltremodo approfondito e corretta in diritto, hanno confermato la decisione di condanna della sola Sc.Ro. essendo intervenuta assoluzione per il Ri.Gi.
La sentenza impugnata individua, in primo luogo, l'addebito mosso, come descritto nel capo di imputazione ovvero "di aver omesso di disporre e d eseguire in maniera costante il controllo cardiotocografico ed il monitoraggio del a ripresa del travaglio e dei suoi effetti sulla pregressa cicatrice isterotomia" e pei affronta gli ulteriori quesiti devoluti.
Il percorso logico argomentativo dei giudici del rinvio, sul punto oggetto di annullamento e su cui doveva vertere il nuovo giudizio, è chiaro e corgrua è la risposta al devoluto della sentenza rescindente e alle censure difensive.
In sintesi, la sentenza impugnata ha individuato la condotta omissiva, come descritta nel capo di imputazione, ha accertato l'esistenza di linee guida che regolavano il comportamento del sanitario, evidenziando, peraltro, che le predette linee guida non imponevano, in assenza delle condizioni ivi previste, il monitoraggio continuo. Tuttavia la buona prassi medica, anche riportata ielle linee guida del 2012, imponeva, nella concreta situazione di rischio della paziente Lan.Ro., un'adeguata sorveglianza clinica e un monitoraggio elettronico fetale continuo nella fase attiva di travaglio, sicché in presenza degli specifici fattori di rischio e di prodromi di travaglio, le specifiche condizioni della La.Ro. imponevano, secondo i giudici del merito, nella condivisione delle conclusioni dei consulenti,di livello di buone pratiche, il monitoraggio continuo atteso il rischio potenziale dei due tagli cesarei e la conseguente rottura dell'utero (cfr. pag. 9- 10).
In conclusione, pur non sussistendo una indicazione del comportamento doveroso nelle linee guida per il caso concreto, le specifiche condizioni della paziente imponevano al sanitario di adeguare le stesse secondo le bue ne prassi mediche riportate nelle linee guida del 2012. Il monitoraggio

continuo avrebbe avuto con elevata probabilità effetto salvifico, con dimostrazione del nesso di causa naturalistico e psichico. Qualificavano i giudici del merito la colpa per inperizia di grado non lieve agli effetti dell'esclusione dell'art. 3 della legge Balduzzi.

3. Ciò premesso, lamenta la ricorrente, con il primo motivo ci ricorso, l'apparenza della motivazione, per non avere sostanzialmente risposto a devoluto in sede rescindente, e la contraddittorietà della conclusioni là dove i giiudici del rinvio avrebbero dato atto che la ricorrente si sarebbe attenuta alla linee guida, salvo poi addebitare un profilo di colpa per imperizia per non avere applicato le buone pratiche nel caso concreto che consigliavano un continuo monitoraggio, elevandole a vero e proprio obbligo nel caso specifico in un contèsto nel quale, invece, le linee guida non lo prevedevano. La tesi prospettata dalla ricorrente è giuridicamente infondata e contraria ai principi scolpiti dalla giurisprudenza di legittimità sul punto.

4. Quanto al caso concreto, va chiarito, come rilevava la sentenza rescindente e come ha valutato la corte di merito, che la questione attiene alla applicazione della disciplina più favorevole alla vicenda di che trattasi che è certamente la disciplina del decreto Balduzzi, e segnatamente l'art. 3 cel D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, secondo il quale "l'esercente la professione sanitaria ;he nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone: pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per colpa lieve", che le Sezioni Unite Mariotti individuano quale norma più favorevole; ai sensi dell'art. 2 comma 4 cod. pen., rispetto all'art. 590 sexies cod. pen. introdotto dalla legge Celli- Bianco nel 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza e imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpi lieve da imperizia intervenuta nella fase della scelta delle linee guida adeguata al caso concreto (S.U. n. 8770 del 21/12/2017, Mariotti, Rv. 272174).

E su ciò dimostra di concordare la ricorrente, là dove invoca l'esenzione dalla punibilità per essersi attenuta alle linee guida che non imponevano di porre in essere la condotta di cui si contesta l'omissione.

Tale prospettazione, tuttavia, non è giudicamene fondata secondo i principi reiteratamente affermati dalla giurisprudenza di legittimità sul punto.

5. Sulla natura delle linee guida la giurisprudenza di legittimità ha ormai assunto posizioni consolidate.

I principi sono scolpiti nella sentenza Sez. 4 n. 7849 del 2012, anche richiamata nel ricorso, che nel ripercorre la giurisprudenza sul terna, ha ribadito **che le linee guida non hanno carattere precettivo come quello attribuito delle regole cautelari codificate, poiché hanno un più ampio margine di flessibilità Le linee guida hanno rilievo sul piano orientativo della condotta dell'operatore sanitario facendo salve le specificità del caso, specificando e richiamando sul sunto, gli arresti precedenti secondo cui il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina di per sé l'esonero della responsabilità penale del sanitario, ai sensi del previgente art. 3 comma 1, della legge Balduzzi dovendo comunque accertarsi se la specificità del quadro clinico del paziente imponesse un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato da dette linee guida** (Sez. 4, n. 24455 del 22/04/2015, Plataroti) **in quanto queste (le linee guida) non sono in grado di offrire standard legali e precostituiti, non divengono cioè regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica** (Sez. 4, n. 1 6237 del 29/01/2013, Cantore). Da un lato la varietà, il diverso grado di qualificazione delle linee guida, dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumento di indirizzo e di orientamento privo della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica, non costituiscono uno strumento di precostituita ontologica affidabilità. Ne consegue che, nel caso in cui tali raccomandazioni non siano adegua:a rispetto all'obiettivo della miglior cura per lo specifico caso del paziente, l'esercente la professione sanitaria ha il dovere di discostarsene.

…omissis…

6. Ed allora il mero rispetto delle linee guida non esonera e;" se dalla responsabilità il sanitario, dovendo nella pratica medica essere valutata l'adeguatezza della regola cautelare posta in via astratta al caso concreto.

Qualora la regola cautelare, posta in via astratta e non esaustiva dalle linee guida, si riveli inadeguata in relazione allo specifico profilo di rischio, valutato in rapporto alla situazione concreta, l'errore del sanitario nell'adattamento delle linee guida rispetto al caso concreto esonera la sua responsabilità solo sé "lieve".

Se "il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinenti: proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiartà che gli si prospettano nello specifico caso clinico", ancora una volta "la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errori sia non lieve" (Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105). Dunque, non rileva ex se quale circostanza di esonero dalla responsabilità penale l'essersi attenuto alle linee guida, come astrattamente previste, dovendo queste essere adeguate alla situazione concreta e disattese in presenza di specifici fattori di rischio nel caso concreto e il sanitario risponde dell'evento solo quando l'errore sia non lieve.

7. Così definiti i parametri normativi della questione, la sentenza ripugnata ha ritenuto, sulla scorta di un percorso argomentativo per nulla cadente e/o manifestamente illogico che, in presenza della situazione di fatto accertata, e non oggetto di contestazione (paziente bicesarizzata con algie pelviche, oon testa impegnata e dilatazione zero, e con testa che spinge sulla cicatrice), e-a norma cogente, come indicato nella buona prassi medica del 2012, il controllo continuo, controllo che avrebbe rilevato le anomalie e la conseguente rottura dell'utero e consentito un intervento rapido con effetti salvifici sul feto con elevati: grado di probabilità.

A confutazione della tesi difensiva, ancora sviluppata in udienza, scrivono i giudici del rinvio a pag. 12, che alla Sc.Ro. che aveva somministrato alla La.Ro. il farmaco Miolene, il quale aveva fatto cessare le contrazioni, dosi attestando "l'inizio di travaglio", su cui la difesa ha speso argomenti per escluderlo in via di fatto, trattandosi di un farmaco a lento rilascio nel tempo sicché si doveva prevedere che le contrazioni sarebbero riprese al termine dei suoi effetti; che aveva mandato in reparto la La.Ro. conoscendo la sua storia pregressa e le algie che presentava, senza alcun tipo di controllo per circa quattro ore, fino all'emorragia a cui aveva fatto seguito l'intervento chirurgico non risolutivo.

Una volta individuata la regola cautelare da osservare nel caso concreto ovvero il monitoraggio continuo della paziente, omissione di cui deve rispondere la ricorrente, stabilire se il

Omissis abbia detto il vero o meno diventa, secondo i giudici del merito, del tutto secondario. A parte il fatto che nelle quattro ore, dalle 00,15 alle 04,40, in cui la La.Ro. era rimasta in reparto, non aveva avuto alcun controllo (e di ciò vi è conferma dalla testimonianza della compagna di stanza), in ogni caso l'osservanza della regola cautelare da parte del sanitario avrebbe risolto monte la valutazione dell'operato dell'infermiere *Omissis*, e ciò in quanto il continuo monitoraggio avrebbe rilevato i segni della rottura dell'utero con esecuzione di un intervento immediato con elevata probabilità di effetti salvifici (che è stato eseguito in abbondante ritardo proprio perché la La.Ro. era rimasta in reparto senza alcun controllo).

I giudici territoriale hanno perciò ritenuto un elevato grado di colpa nella condotta dell'imputata che aveva rimandato la paziente in stanza con la flebo contenente un farmaco che avrebbe bloccato le contrazioni solo per u periodo limitato e nella scelta di non eseguire alcun monitoraggio e/o alcun controllo manuale, nelle ore successive nonostante continuasse a stare male (vomito) accusando sintomi che la stessa gestante aveva indicato quali segni premonitori del parto nelle due precedenti gravidanze.

7. In conclusione, **le linee guida che non prescrivevano il continuo monitoraggio, erano inadeguate al caso concreto** (sulla loro inadeguatezza al caso concreto sono chiare le conclusioni del CTP a pag. 9), senza che la Sc.Ro. abbia tuttavia declinato la norma cautelare astratta alla peculiarità del caso concreto, in rapporto allo specifico rischio di rottura dell'utero, che imponeva un controllo continuo: tale mancato adeguamento è stato ritenuto a lei imputabile quale colpa grave essendo mancata, da parte del medico, non solo la valutazione dell'adeguatezza delle linee guida al caso concreto, ma altresì l'individuatone della regola cautelare per prevenire il rischio specifico della rottura dell'utero che, nel contesto specifico, non era affatto imprevedibile. Nella concomitante presenza di tutti i suddetti fattori, ovverosia il fatto che la gestante avesse in passato già subito due cesarei con correlata cicatrice, che presentasse algie pelviche e che accusasse i segni premonitori del parto malgrado la mancata dilatazione dell'utero, si imponeva, pertanto secondo le buone prassi mediche, quale condotta doverosa, il monitoraggio costante della paziente. La sua omissione ha correttamente indotto la corte territoriale a ravvisare la colpa grave nella puntuale applicazione dei principi fissati dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui **in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, nel giudizio sulla gravità della colpa deve tenersi conto - oltre che delle specifiche condizioni del soggetta agente, del suo grado di specializzazione e della situazione specifica in cui si è trovato ad operare - della natura della regola cautelare violata, in quanto l'eventuale natura elastica della stessa, indicando un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, incide sulla esigibilità della condotta doverosa omessa, richiedendo il previo riconoscimento delle stesse da parte dell'agente** (Sez. 4 - , n. 15258 del 11/02/2020, Rv. 279242 - 02).

8. Si impone il rigetto del ricorso e la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

…omissis…

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali, Manda alla cancelleria per la comunicazione del presente dispositiva all'ASP Catania, Amministrazione di appartenenza dell'imputata, ai sensi dell'ar . 154 ter disp. att. cod. proc. pen.

Così deciso il 24 settembre 2024.

Depositata in Cancelleria il 4 novembre 2024.

Attività terapeutica libidinosa

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 12 novembre 2024, udienza 9 ottobre 2024, n. 41427, Pres. Sarno; Rel. Di Stasi

In tema di violenza sessuale, il medico, durante attività diagnostica o terapeutica, può legittimamente compiere azioni che coinvolgono la sfera della libertà sessuale di un paziente solo se ha ottenuto un consenso esplicito e informato da parte di quest'ultimo, oppure se ricorre lo stato di necessità. Inoltre, il medico deve interrompere immediatamente tali azioni in caso di disaccordo espresso da parte del paziente.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza del 27/10/2023, la Corte di appello di Bologna confermava la sentenza emessa in data 06/04/2022 dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Bologna, con la quale, all'esito di giudizio abbreviato, Ar.Do. era stato dichiarato responsabile del reato di cui all'art. 609-bis e 609 ter n. 5 cod.pen, e, riconosciuta l'ipotesi della minore gravità di cui al terzo comma nonché le circostanze attenuanti generiche con regime di prevalenza sulla contestata aggravante, condannato alla pena di anni uno e mesi otto di reclusione ed alle correlate pene accessorie, con concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena subordinato alla partecipazione a specifico corso di recupero presso gli enti indicati dall'art. 165, comma 4, cod. pen.
2. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'imputato, a mezzo dei difensori di fiducia, articolando quattro motivi di seguito enunciati.
…omissis…

Considerato in diritto

1. Il primo motivo di ricorso è inammissibile.
Le questioni relativa alla natura del trattamento medico ed "manovra del coccige" ed alla rilevanza dell'errore sulla esistenza di un valido consenso al trattamento medico non hanno costituito oggetto di motivo di appello.
Va richiamato l'orientamento costante di questa Corte (Sez. U. 30.6.99, Piepoli, Rv. 213.981) secondo cui la denuncia di violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello costituisce causa di inammissibilità originaria dell'impugnazione; non possono, quindi, essere dedotte con il ricorso per cassazione questioni sulle quali il giudice di appello abbia correttamente omesso di pronunciare, perché non devolute alla sua cognizione (Sez.3, n.16610 del 24/01/2017,Rv.269632), tranne che si tratti di questioni rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del giudizio o che non sarebbe stato possibile dedurre in precedenza (Sez.2, n.6131 del 29/01/2016, Rv.266202), ipotesi che non ricorre nella specie.
La censura relativa alla omessa valutazione da parte dei Giudici di merito dell'esistenza di un consenso informato al trattamento medico è aspecifica.
La Corte di appello ha specificamente evidenziato che le risultanze istruttorie comprovavano che l'imputato non aveva chiarito ai genitori della persona offesa il contenuto dei trattamenti terapeutici e le modalità di esecuzione delle terapie prescelte; ha, quindi, rimarcato che l'imputato si era attenuto, nelle prime sedute avvenute alla presenza dei genitori della ragazza, alle buone pratiche relative alla professione esercitata e che, invece, negli incontri successivi, svoltisi solo con la persona offesa, aveva posto in essere atti sessuali in maniera repentina, senza accertarsi del consenso della vittima, sottoposta a pratiche comportanti una invasione della sfera sessuale (pag 11 della sentenza impugnata).
Rispetto a tali specifiche argomentazioni, il ricorrente propone censure generiche, in quanto prive di specifico riscontro con le argomentazioni svolte nella sentenza impugnata, confronto doveroso per l'ammissibilità dell'impugnazione, ex art. 581 cod. proc. pen., perché la sua funzione tipica è quella della critica argomentata avverso il provvedimento oggetto di ricorso (Sez.6, n.20377 del 11/03/2009, Rv.243838; Sez.6, n.22445 del 08/05/2009, Rv.244181).
Trova, dunque, applicazione il principio, già affermato da questa Corte, secondo cui, in tema di inammissibilità del ricorso per cassazione, i motivi devono ritenersi generici non solo quando risultano intrinsecamente indeterminati, ma altresì quando difettino della necessaria correlazione con le ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato (Sez.2, n.19951 del 15/05/2008, Rv.240109; Sez. 5, n. 28011 del 15/02/2013, Rv. 255568; Sez.2, n.11951 del 29/01/2014, Rv.259425).La mancanza di specificità del motivo, invero, deve essere apprezzata non solo per la sua genericità, come indeterminatezza, ma anche per la mancanza di correlazione tra le ragioni argomentate dalla decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione, questa non potendo ignorare le esplicitazioni del giudice censurato senza cadere nel vizio di aspecificità conducente, a mente dell'art. 591 comma 1 lett. c), all'inammissibilità del ricorso (Sez. 4, 29/03/2000, n. 5191, Barone, Rv. 216473; Sez. 1, 30/09/2004, n. 39598, Burzotta, Rv. 230634; Sez. 4, 03/07/2007, n. 34270, Scicchitano, Rv. 236945; Sez. 3, 06/07/2007, n. 35492, Tasca, Rv. 237596).
Va, comunque, evidenziato che la censura è anche manifestamente infondata, in quanto il modulo di consenso informato, presente agli atti ed allegato al ricorso, risulta di contenuto generico e non menziona trattamenti terapeutici specifici e le relative modalità esecutive.
Va, quindi, richiamato il condivisibile orientamento di questa Corte, secondo cui, **in tema di violenza sessuale, il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito il suo consenso, esplicito e informato, o se sussistono i presupposti dello stato di necessità e deve, inoltre, immediatamente fermarsi in caso di dissenso del predetto** (Sez.3, n. 18864 del 22/02/2019, Rv.275743 - 01); il principio, si è osservato, è coerente con la giurisprudenza delle Sezioni Unite che hanno affermato la necessità del consenso del paziente nell'esplicazione dell'attività medico-chirurgica (Sez.U, n. 2437 del 18/12/2008, dep.21/01/2009, Rv.241752 - 01) e con la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 438 del 2008, che ha affermato che il consenso informato presenta una funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona quello alla autodeterminazione e quello alla salute).

E, quanto al contenuto del consenso informato, va evidenziato come la giurisprudenza civile di legittimità- del tutto in linea con la giurisprudenza penale in ordine alla necessità del consenso informato del paziente per il compimento delle attività mediche - ne richieda la completezza e specificità (Cfr Sez.3 civ, n. 23328 del 19/09/2019, Rv.655489 - 01 **in tema di attività medico-chirurgica, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone** (in senso conforme, Sez. 3 civ, n. 2177 del 04/02/2016, Rv. 639069 - 01).

2. Il secondo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Va ricordato, in premessa, che secondo il costante orientamento di questa Corte, il Giudice di merito può trarre il proprio convincimento circa la responsabilità penale anche dalle sole dichiarazioni rese dalla persona offesa, sempre che sia sottoposta a vaglio positivo circa la sua attendibilità, senza la necessità di applicare le regole probatorie di cui all'art. 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen., che richiedono la presenza di riscontri esterni (Cfr. Sez U, n.41461 del 19/07/2012, Rv.253214; Sez.2, n.43278 del 24/09/2015, Rv.265104 - 01 Sez. 1, n. 29372 del 27/7/2010, Rv. 24801).

Si è anche precisato come tale controllo, considerato l'interesse di cui la persona offesa è naturalmente portatrice ed al fine di escludere che ciò possa comportare una qualsiasi interferenza sulla genuinità della deposizione testimoniale, debba essere condotto con la necessaria cautela, attraverso un esame particolarmente rigoroso e penetrante, che tenga conto anche degli altri elementi eventualmente emergenti dagli atti (Sez. 6, n. 33162 del 03/06/2004, Rv. 229755 - 01). Anche più di recente si è ribadito che le dichiarazioni della persona offesa, costituita parte civile, possono essere poste, anche da sole, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella richiesta per la valutazione delle dichiarazioni di altri testimoni, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto e, qualora risulti opportuna l'acquisizione di riscontri estrinseci, questi possono consistere in qualsiasi elemento idoneo a escludere l'intento calunniatorio del dichiarante, non dovendo risolversi in autonome prove del fatto, né assistere ogni segmento della narrazione, posto che la loro funzione è sostanzialmente quella di asseverare esclusivamente ed in via generale la sua credibilità soggettiva fCfr. Sez.5, n. 21135 del 26/03/2019, Rv. 275312 - 01).

Ed è acquisizione pacifica che la valutazione circa l'attendibilità della persona offesa involge un'indagine positiva sulla credibilità soggettiva del dichiarante e sulla attendibilità intrinseca del racconto, che si connota quale giudizio di tipo fattuale, ossia di merito, in quanto attiene al modo di essere della persona escussa; tale giudizio può essere effettuato solo attraverso la dialettica dibattimentale, mentre è precluso in sede di legittimità, specialmente quando il giudice del merito abbia fornito una spiegazione plausibile della sua analisi probatoria (Cfr. Sez.2, n.7667 del 29/01/2015, Rv.262575; Sez. 3, n. 8382 del 22/01/2008, Rv. 239342; Sez. 3, n. 41282 del 05/10/2006, Rv. 235578).

Nella specie, i Giudici di appello hanno confermato l'affermazione di responsabilità dell'imputato, richiamando la ricostruzione in fatto e le valutazioni del primo giudice, fondate sulle dichiarazioni rese dalla persona offesa, ritenuta pienamente attendibile.

In particolare, la Corte territoriale ha, innanzitutto rimarcato la linearità logica e la coerenza interna del narrato accusatorio, rappresentato, nell'immediatezza dei fatti, alle persone a lei più vicine (il fidanzato, il padre, la psicologa) con la medesima versione dei fatti; la ragazza riferiva che l'imputato, dopo le inziali sedute avvenute alla presenza della madre, aveva iniziato successivamente, nelle sedute in cui ella era si era recata da sola nello studio medico, dapprima a metterle le dita nell'ano per poi arrivare a penetrarle la vagina; la ragazza riferiva pure che durante le sedute l'imputato le chiedeva con insistenza "Ti piace? Ti piace?".

La Corte di merito ha evidenziato anche la presenza di riscontri esterni alle dichiarazioni della persona offesa, costituite non solo dalle dichiarazioni testimoniali rese delle persone con le quali la minore si era confidata, ma anche dalle dichiarazioni rese dalla segretaria dell'imputato (la quale si era mostrata meravigliata del fatto che le visite venivano spesso fissate il venerdì, giornata nella quale l'imputato non era solito ricevere pazienti) e il contenuto della telefonata intercorsa tra l'imputato e la madre della persona offesa (nel corso della quale l'imputato riconosceva di aver effettuato la manovra del coccige e invitava i genitore a presenziare alle prossime sedute già programmate per spiegare il contenuto del trattamento terapeutico, riconoscendo, in tal modo, di non averli preventivamente informati delle modalità del trattamento terapeutico).

La Corte di merito ha, poi, esaminato le singole censure difensive mosse con l'atto di appello, volte ad evidenziare discrasie e divergenze nel narrato accusatorio e con le altre dichiarazioni testimoniali, evidenziando che le divergenze attenevano solo ad aspetti marginali ed a fatti non decisivi, mentre il nucleo essenziale del racconto della persona offesa era rimasto sempre immutato (pp 8,9,10, 11, 12 della sentenza impugnata).

La motivazione è congrua e non manifestamente illogica e si sottrae al sindacato di legittimità.

Nè coglie nel segno la doglianza con la quale si deduce che le dichiarazioni della persona offesa - sia durante le indagini preliminari che in sede di integrazione istruttoria disposta dal primo giudice -, sarebbero state acquisite senza il rispetto dei criteri previsti dalla Carta di Noto e senza un accertamento peritale in ordine alla capacità di testimoniare.

Va ricordato che linee guida della Carta di Noto, nei casi in cui le prescrizioni non siano nemmeno indirettamente trasfuse in analoghe previsioni del codice di rito (casi e modi in cui procedere all'accertamento della capacità a testimoniare del minorenne -artt. 5 e 6 della Carta; modi, procedure e protocolli scientifici da seguire in sede di assunzione di dichiarazioni dal minorenne-art. 7 della Carta; metodiche più corrette che l'esperto deve seguire per esprimere il proprio parere ed il contenuto del parere stesso- artt. 8, 9, 11, 12, 13, 14 e 16 della Carta), riguardano non tanto le modalità estrinseche di assunzione della prova (peraltro già disciplinate dal codice di rito), ma le modalità ritenute scientificamente e metodologicamente più adatte a garantire la genuinità intrinseca delle dichiarazioni del minore e la loro capacità evocativa del fatto, preservandole, ad un tempo, dal pericolo di manipolazioni di qualsiasi tipo, non necessariamente volontarie.

In questi casi, dunque, le linee guida della Carta di Noto acquistano rilevanza non nella fase di assunzione estrinseca della prova (già disciplinata dal codice di rito), ma in quella della sua successiva valutazione in relazione agli artt. 192 comma 1 cod. proc. pen. e 546 comma 1, lett. e) cod. proc. pen (Sez.3, n. 39411 del 13/03/2014, Rv. 262976).

È stato, infatti, chiarito che, in tema di esame testimoniale, non determina nullità o inutilizzabilità della prova l'inosservanza dei criteri dettati dalla cosiddetta "Carta di Noto" nella conduzione dell'esame dei minori, persone offese di reati di natura sessuale, che hanno carattere non tassativo, in quanto si limitano a fornire suggerimenti volti a garantire l'attendibilità delle dichiarazioni del minore e la protezione psicologica dello stesso (Sez.3, n. 15737 del 15/11/2018, dep. 10/04/2019,Rv.275863 - 01).

Nella specie, come in precedenza esposto, la motivazione in ordine alla attendibilità della persona risulta congrua, esauriente e priva di vizi logici.

Anche la questione relativa all'accertamento della capacità a testimoniare è manifestamente infondato e sì rimanda per le relative considerazioni alla disamina del motivo di ricorso che segue, incentrato proprio su tale aspetto.

3. Il terzo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Secondo il consolidato orientamento di questa Corte, **in tema di reati sessuali nei confronti di minori, il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità a testimoniare non rende per ciò stesso inattendibile la testimonianza della persona offesa, giacché un tale accertamento, seppure utile laddove si tratti di minori di età assai ridotta, non è tuttavia un presupposto indispensabile per la valutazione dell'attendibilità, ove non emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità**" (Sez.3, n.8541 del 18/10/2017, Rv. 272299 - 01; Sez.3, n. 25800 del 01/07/2015, dep.22/06/2016, Rv.267323 - 01; Sez. 3, 24.10.2011, n. 38211, Rv 251381).

Nella specie, la Corte di appello ha fatto buon governo del suesposto principio di diritto, evidenziando che la persona offesa era prossima alla maggiore età e che i disagi psichici di cui la stessa soffriva non avevano natura psichiatrica né erano idonei ad influire sulla capacità della stessa di percezione della realtà, richiamando in merito le valutazioni effettuare dalla psicologa che aveva assistito la minore durante la sua audizione; ha, quindi, ritenuto accertata in senso positivo la capacità a testimoniare della persona offesa, con argomentazioni congrue e prive di vizi logici.

Il ricorrente, neppure confrontandosi criticamente con tali argomentazioni, indica quali elementi che avrebbero dovuto far propendere i Giudici di merito per l'incapacità a testimoniare della persona offesa, i disturbi psicofisici di cui soffriva la minore, già valutati dai Giudici di merito come non incidenti su tale profilo, e, in maniera non pertinente, temi relativi al diverso profilo della valutazione di attendibilità della persona offesa. Con riferimento a tale ultimi aspetto, giova ricordare che questa Corte ha affermato, in tema di dichiarazioni rese dal teste minore vittima di reati sessuali, che la valutazione della sua attendibilità è compito esclusivo del giudice - non delegabile a periti e consulenti tecnici -, il quale deve procedere direttamente all'analisi della condotta del dichiarante, della linearità del suo racconto e dell'esistenza di riscontri esterni allo stesso (Sez.3, n. 189 del 12/11/2020, dep.07/01/2021, Rv.280824 - 01; Sez 3, n.47033 del 18/09/2015, Rv.265528; Sez.4,n.44644 del 18/10/2011, Rv.251662).

…omissis…

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro tremila in favore della Cassa delle Ammende. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalle parti civili Co.Ca., Co.Ma. e Fa.Ci., che liquida in complessivi Euro 4.800 oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma il 9 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 12 novembre 2024.

Violenza sessuale con abuso di autorità del medico

CASSAZIONE PENALE, sezione III, sentenza 30 dicembre 2024, udienza 15 ottobre 2024, n. 47582, Pres. Di Nicola; Rel. Corbo

La condotta del medico che compie atti incidenti sulla sfera sessuale del paziente, dopo avergli consapevolmente fornito informazioni inesatte, reticenti o incomplete, così precludendo l'effettivo esercizio del diritto ad autodeterminarsi, integra gli estremi della violenza sessuale con abuso di autorità perché strumentalizza la posizione di preminenza per costringere il soggetto passivo a subire tali atti.

…omissis…

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza emessa il 29 gennaio 2024, la Corte di appello di Milano, pronunciando in parziale riforma della sentenza di condanna del Tribunale di Milano, ha: 1) confermato la dichiarazione di penale responsabilità di Stefano Po.St. per il reato di cui all'art. 609-bis cod. pen. in danno di Be.An., la concessione dell'attenuante della minore gravità con giudizio di equivalenza rispetto all'aggravante della violazione dei doveri inerenti ad un pubblico servizio, nonché il diniego delle circostanze attenuanti generiche; 2) dichiarato non doversi procedere per i reati di cui all'art. 609-bis cod. pen. in danno di Pe.Gi., e Sa.Ca., in quanto estinti per prescrizione; 3) rideterminato la pena, riducendola, in cinque anni di reclusione.
Secondo quanto ricostruito dai giudici di merito, in particolare, Po.St., abusando della propria autorità e posizione connessa all'esercizio del pubblico servizio di medico di medicina generale, avrebbe costretto la paziente Be.An. a subire atti sessuali, introducendo, in modo repentino e senza previo consenso, il proprio dito all'interno della vagina della donna, muovendolo e permanendo in tale posizione circa tre o quattro secondi, dopo aver asserito la necessità di dover procedere ad un controllo delle ovaie, in data 22 settembre 2017.
2. Ha presentato ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello indicata in epigrafe la parte civile Po.St., con atto sottoscritto dagli Avv. Edoardo Pacia e Davide Giudici, articolando quattro motivi.
2.1. Con il primo motivo, si denuncia violazione di legge, in riferimento all'art. 609-bis cod. pen., nonché vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., avuto riguardo alla ritenuta sussistenza dell'elemento soggettivo del reato.
Si premette che, nella specie, si discute non di un errore sul dissenso, ma di un errore sul consenso, e, perciò, di un errore sul fatto rilevante a norma dell'art. 59, quarto comma, cod. pen. Si deduce che, posta questa premessa, la Corte d'Appello illegittimamente non ha motivato sul perché dovrebbe escludersi il ragionevole dubbio circa la rappresentazione, nell'imputato, dell'esistenza di un effettivo consenso da parte della vittima, desumibile dal comportamento di questa. Si rimarca che un preciso elemento da cui inferire che l'imputato avesse informato la persona offesa della manovra che si accingeva a compiere, e che questa avesse prestato il consenso all'atto, o comunque avesse posto in essere un comportamento idoneo a far ritenere esistente il suo consenso in proposito, è fornito dalle dichiarazioni della donna di avere detto al sanitario di indossare il tampone e di aver autonomamente abbassato i pantaloni.
2.2. Con il secondo ed il terzo motivo, sviluppati congiuntamente, si denuncia violazione di legge, in riferimento all'art. 62-bis cod. pen., nonché vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., avuto riguardo al diniego delle circostanze attenuanti generiche.
Si deduce, in primo luogo, che la sentenza impugnata ha omesso di considerare che l'atto si pone sulla linea di confine tra l'attività medica e la violenza sessuale, anche per l'uso del guanto, è durato pochi secondi, e non risulta aver cagionato gravi effetti psicologici sulla vittima, e che l'imputato ha partecipato attivamente e correttamente al processo. Si deduce, in secondo luogo, che la sentenza impugnata è incorsa in travisamento degli atti del processo, perché, per negare le circostanze attenuanti generiche, ha valorizzato l'omessa corresponsione della provvisionale e per le spese processuali, quando, invece, risultano effettuati i bonifici in favore delle parti civili costituite per l'intero importo delle somme liquidate a titolo di provvisionale in primo grado (si allegano le copie dei bonifici; quelli effettuati in favore della persona offesa del reato per cui è stata confermata la dichiarazione di responsabilità penale sono datati 5 ottobre 2022).
2.3. Con il quarto motivo, si denuncia vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., avuto riguardo al diniego del giudizio di prevalenza della circostanza attenuante della minore gravità del fatto sull'aggravante di cui all'art. 61, n. 9, cod. pen.
Si deduce che la sentenza impugnata ha omesso di esaminare il corrispondente motivo di appello, pur dando atto della sua proposizione. Si rappresenta che la censura è particolarmente rilevante, perché, di fatto, l'aggravante, per come contestata, coincide con l'elemento integrativo della violenza, e, quindi, la sua affermazione potrebbe dar luogo ad una duplicazione del "peso" dell'abuso della posizione di autorità (si cita Sez. 3, n. 25434 del 22/09/2015).

Considerato in diritto

…omissis…
3. La questione da esaminare attiene alle condizioni necessarie per la configurabilità dell'errore sulla sussistenza di un valido consenso della vittima all'atto sessuale da parte dell'esercente di una professione medica.
Il tema da approfondire, per la precisione, attiene non alla configurabilità della esimente di cui all'art. 59, quarto comma, cod. pen. quando l'errore del medico che compie atti sessuali sul paziente verta sulla sussistenza di un valido consenso (cfr., per l'affermazione dell'ammissibilità dell'esimente, Sez. 3, n. 18864 del 22/02/2019, P., Rv. 275743 - 02), bensì alla individuazione delle condizioni alla cui presenza può ritenersi ricorrere l'errore del sanitario sulla sussistenza di un valido consenso.
3.1. Secondo un principio già affermato nella giurisprudenza di legittimità, **il medico, nell'esercizio di attività diagnostica o terapeutica, può lecitamente compiere atti incidenti sulla**

sfera della libertà sessuale di un paziente solo se abbia acquisito il suo consenso, esplicito e informato, o se sussistono i presupposti dello stato di necessità e deve, inoltre, immediatamente fermarsi in caso di dissenso del predetto (Sez. 3, n. 18864 del 22/02/2019, P., Rv. 275743 - 01).

Questo principio si ricollega ad una elaborazione consolidata della giurisprudenza secondo cui il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato (così, ad esempio, Sez. 4, n. 11335 del 16/01/2008, Hiscer, Rv. 238968 - 01, e Sez. 4, n. 16375 del 23/01/2008, Di Domenica, Rv. 239806 - 01, ma anche, in motivazione, Sez. U, n. 2437 del 18/12/2008, dep. 2009, Giulini, par. 5).

3.2. La necessità di un consenso del paziente "libero e informato", in particolare, è prevista espressamente l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000) e puntualmente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 14 del 2023, e Corte cost., sent. n. 438 del 2008).

In particolare, si è espressamente osservato che "il consenso informato, quale condizione per la liceità di qualsivoglia trattamento sanitario, trova fondamento nell'autodeterminazione, nelle scelte che riguardano la propria salute, intesa come libertà di disporre del proprio corpo, diritti fondamentali della persona sanciti dagli artt. 2,13,32 Cost. e dagli artt. 1,2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo quanto disposto dall'art. 1 della legge n. 219 del 2017, "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge". Più precisamente, il consenso del paziente deve essere libero e consapevole, preceduto da informazioni complete, aggiornate e comprensibili relative a diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto al trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi" (così Corte cost., sent. n. 14 del 2023, par. 16.1).

Ma già da tempo la Corte costituzionale aveva affermato che **il "consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", che le "informazioni... devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione", e che "il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale"** (Corte cost., sent. n. 438 del 2008).

In questa prospettiva, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza civile di legittimità, il consenso informato costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al trattamento medico propostogli, ossia di un diritto autonomo e distinto da quello alla salute, il quale trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2,13 e 32, comma 2, Cost. (cfr., per tutte, Sez. 3 civ., n. 28985 del 11/11/2019, Rv. 656134 - 01, e Sez. 3 civ., n. 11749 del 15/05/2018, Rv. 648644 - 01). E l'inadempimento, da parte del medico, dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - a condizione che sia allegata e provata, da parte dell'attore, l'esistenza di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato, sempre che essi superino la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e non siano futili, ovvero consistenti in meri disagi o fastidi (così, ad esempio, Sez. 3 civ., n. 20885 del 22/08/2018, Rv. 650433 - 01, e Sez. 3 civ., n. 2847 del 09/02/2010, Rv. 611428 - 01).

Deve, quindi, concludersi che il medico ha l'obbligo di fornire "informazioni complete, aggiornate e comprensibili relative a diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati" (per ripetere le parole di Corte cost., sent. n. 14 del 2023) anche al solo fine di consentire al paziente l'esercizio del diritto fondamentale ad autodeterminarsi.

3.3. Riconducendo ad unità i due profili indicati nei parr. 3.1 e 3.2, deve ritenersi che, in tanto può ravvisarsi un errore rilevante a norma dell'art. 59, quarto comma, cod. pen. nel medico che compie atti incidenti sulla sfera di libertà sessuale del paziente, in quanto il primo si rappresenti di agire avendo ricevuto un valido consenso da parte del secondo, e, quindi, avendo fornito a quest'ultimo "informazioni complete, aggiornate e comprensibili", tali da consentire al medesimo un effettivo esercizio del diritto ad autodeterminarsi rispetto agli atti che egli, professionista, si accinge a compiere.

Ne consegue che **il medico, il quale abbia consapevolmente fornito al paziente informazioni inesatte o lacunose in ordine ai trattamenti che si accinge a compiere, e quindi anche in ordine alle ragioni che rendono necessario o utile procedervi, così da precludere al medesimo l'effettivo esercizio del diritto fondamentale ad autodeterminarsi, non si rappresenta di agire in presenza di un valido consenso, ossia di un presupposto indispensabile perché possa sussistere un errore sul fatto scusabile a norma dell'art. 59, quarto comma, cod. pen.**

Questa conclusione, del resto, appare pienamente in linea con l'affermazione secondo cui la scriminante putativa del consenso dell'avente diritto non è applicabile quando debba escludersi, in base alle circostanze del fatto, la ragionevole persuasione di operare con l'approvazione della persona che può validamente disporre del diritto (cfr., in particolare Sez. 3, n. 37166 del 18/05/2016, B., Rv. 268311 - 01, che, in applicazione del principio, ha ritenuto corretta l'esclusione dell'esimente con riferimento alla condotta di abuso sessuale commessa da uno psicologo nei confronti di alcune pazienti, in condizioni di inferiorità psichica, cui veniva indotta la convinzione che le pratiche sessuali fossero necessarie alla guarigione).

Più in generale, può affermarsi che **la condotta del medico, il quale compie atti incidenti sulla sfera sessuale del paziente, dopo avergli consapevolmente fornito informazioni inesatte, reticenti o incomplete, così**

precludendo al medesimo l'effettivo esercizio del diritto fondamentale ad autodeterminarsi, integra gli estremi della violenza sessuale con abuso di autorità, perché strumentalizza la sua posizione di preminenza per costringere il soggetto passivo a subire tali atti (sulla rilevanza della posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, del soggetto agente, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 609-bis, primo comma, cod. pen., cfr. Sez. U, n. 27326 del 16/07/2020, C., Rv. 279520 - 01).

4. La sentenza impugnata espone analiticamente le ragioni per le quali ritiene che l'attuale ricorrente abbia commesso il reato di violenza sessuale del quale si discute in questa sede mediante abuso di autorità.

4.1. Quanto al contenuto delle fonti di prova acquisite, in particolare, la Corte d'Appello riporta le dichiarazioni della persona offesa e di due sanitari con i quali questa si era consultata, le indicazioni dei consulenti tecnici nominati dal Pubblico Ministero e dalla difesa, e le dichiarazioni dell'imputato.

Secondo quanto indicato nella sentenza impugnata, la persona offesa, Be.An., ha dichiarato che: a) ella, in data 22 settembre 2017, si era recata nell'ambulatorio del suo medico di base, il dott. Gr., per un problema di gonfiore allo stomaco e vi aveva trovato l'attuale imputato quale sostituto del dott. Gr.: b) l'imputato le aveva chiesto se avesse intolleranze o allergie, e poi se avesse una infezione urinaria o avvertisse bruciore nell'atto di urinare; c) nonostante ella avesse risposto negativamente, l'imputato aveva proceduto ad un esame delle urine, aveva affermato di rilevare l'esistenza di una lieve infezione urinaria ed aveva chiesto alla persona offesa di sdraiarsi sul lettino; d) l'imputato, poi, mentre ella si trovava in posizione supina con la maglia alzata fino sotto il seno e i pantaloni slacciati e leggermente abbassati in vita, le aveva tastato l'addome e, subito dopo, le aveva abbassato i pantaloni fino a scoprire parzialmente la zona pubica della stessa; e) ella aveva chiesto immediatamente spiegazioni e il professionista le aveva risposto di dover accertare se le ovaie fossero ingrossate; f) l'imputato, nonostante le perplessità della persona offesa circa la connessione tra il problema da lei lamentato e le ovaie, e nonostante fosse stato informato della presenza di un tampone mestruale nella vagina, aveva proceduto, "senza fornire ulteriori informazioni", ad indossare i guanti e ad introdurre un dito nell'organo sessuale della paziente, lo aveva mosso per alcuni secondi, e poi aveva terminato l'ispezione ("Non mi ha chiesto di poter fare la visita ginecologica che stava per fare, mi ha semplicemente informata che doveva sentire se avevo le ovaie ingrossate, ma non mi ha detto: "Adesso farò questo gesto..."); g) il medico, nell'immediato prosieguo, aveva prescritto alla donna generici esami del sangue ed una visita allergologi, "senza nulla esporre in ordine al controllo ginecologico appena effettuato"; h) ella era rimasta perplessa, ed aveva subito informato in fidanzato, il quale aveva consultato il proprio medico di base, il quale gli aveva confermato l'irregolarità della visita; i) ella, quindi, successivamente, aveva parlato con il proprio medico di base, il dott. Gr., della vicenda, e questi gli aveva confermato l'irregolarità delle operazioni compiute dal suo sostituto, oltre a raccontarle di aver ricevuto già alcuni anni prima, da altra paziente, la segnalazione di un'analoga condotta dell'attale imputato, vissuta come "inopportuna"; I) ella, ancora, qualche tempo dopo, in occasione del controllo ed. pap test, aveva avuto ulteriore conferma dell'irregolarità di quanto subito da un'ostetrica, la dott.ssa Fo., ed aveva perciò deciso di presentare denuncia.

Sempre secondo quanto rappresentato nella sentenza impugnata, sia il dott. Gr.. sia la dott.ssa Fo. hanno confermato l'anomalia del trattamento sanitario subito dalla persona offesa; il dott. Gr., inoltre, ha aggiunto di aver ricevuto più segnalazioni di comportamenti anomali dell'attuale imputato, ed ha precisato di non aver mai effettuato, in trent'anni di esercizio della professione sanitaria come medico di famiglia, una visita ginecologica, ma di aver piuttosto prescritto alle pazienti eventuali visite specialistiche di tale tipologia.

Ancora, dalla motivazione della Corte d'Appello, emerge che il consulente tecnico del Pubblico Ministero ha dichiarato che: a) le visite ginecologiche effettuate dall'imputato sulla persona offesa, e su altre pazienti, non erano necessarie a fronte dei disturbi lamentati e non erano state precedute da un adeguato consenso informato, né eseguite correttamente; b) in particolare, quanto al fatto oggetto del cui accertamento si discute in questa sede, "i sintomi esposti dalla paziente non erano sufficienti per ipotizzare una infezione delle vie urinarie, inoltre, anche a fronte dell'esito del tampone, non era richiesta una visita ginecologica di urgenza, eseguita, tra l'altro, senza il consenso informato della paziente e in maniera non corretta". Emerge inoltre, che il consulente tecnico della difesa, ha affermato che l'imputato ha ottemperato alle indicazioni del codice di deontologia medica per le prestazioni di urgenza, che le "esplorazioni vaginali" erano volte ad escludere urgenze di intervento, che ogni medico è abilitato ad effettuare visite ginecologiche, e che l'imputato "aveva sostanzialmente ottenuto il consenso informato delle pazienti e le aveva, poi, congedate con la prescrizione di adeguati esami e terapie"; ha però ammesso che il comportamento tenuto dall'imputato "in tutti i casi analizzati era stato non usuale".

Il Giudice di secondo grado, infine, segnala che l'imputato, in relazione al controllo effettuato sulla persona offesa, ha precisato "di aver deciso procedere ad una esplorazione vaginale, poiché la paziente lamentava non solo un gonfiore, ma anche un dolore addominale; aveva spiegato le ragioni per le quali riteneva opportuno procedere ad un controllo ginecologico, addirittura, arrabbiandosi con la Be.An. per non averlo informato di essere nel periodo del ciclo mestruale e di aver indossato un assorbente interno".

4.2. Sulla base di questi elementi istruttori, la Corte d'Appello ha affermato la responsabilità dell'imputato per il delitto di violenza sessuale in danno di Be.An.

La sentenza impugnata, in linea generale, osserva che l'imputato ha abusato della sua posizione di sanitario e del conseguente affidamento risposto dalle persone sottoposte a visita, strumentalizzando la propria posizione di supremazia, per eseguire "mere esplorazioni" con le dita all'interno della vagina", attività che "devono essere ritenute non necessarie, e effettuate superando i limiti delle prestazioni richieste e comunque obiettivamente consentite", e che sono state compiute senza aver "ottenuto dalle pazienti alcun consenso informato".

Con specifico riferimento al fatto per il quale ha confermato la condanna, la Corte d'Appello ha evidenziato che l'imputato non ha spiegato alla paziente quale collegamento potesse esserci tra il fastidio addominale lamentato e l'ingrossamento delle ovaie, né il tipo di manovra che si sarebbe apprestato a compiere, ma si è limitato ad indossare i guanti e ad infilare il dito nella vagina della donna per alcuni secondi, nonostante la stessa lo avesse esplicitamente informato di avere il tampone per le mestruazioni, così da lasciarla perplessa in ordine al trattamento effettuato.

Il Giudice del gravame, inoltre, ha rimarcato come le visite ginecologiche praticate dall'imputato nei confronti delle

diverse pazienti che hanno rappresentato vicende analoghe a quelle denunciate da Be.An. siano state ritenute "assolutamente insolite" da tutti i medici di base, siano state effettuate con modalità scorrette, e si siano caratterizzate per la "insidiosa repentinità della penetrazione con le dita".

5. Le conclusioni della sentenza impugnata in ordine all'affermazione di responsabilità dell'attuale ricorrente per il reato di violenza sessuale in danno di Be.An. anche con riguardo alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, e alla esclusione di un errore sul fatto dell'imputato per errore sull'esistenza di un valido consenso della persona offesa, sono immuni da vizi.

Invero, la Corte d'Appello, con motivazione precisa e congrua, ha spiegato perché deve ritenersi che l'imputato abbia consapevolmente omesso di informare correttamente la persona offesa del tipo di atto che si accingeva a compiere, e comunque delle ragioni che rendevano necessario o utile procedervi.

Di conseguenza, è corretto concludere che l'imputato non versava in errore su un ipotizzato consenso presunto della paziente, perché egli, omettendo consapevolmente di fornire le corrette informazioni che era tenuto a fornire, era a conoscenza dell'assenza di qualunque valido consenso della persona offesa al compimento dell'atto da lui realizzato ed incidente sulla sfera della libertà sessuale della vittima.

Ne discende, allora, che l'imputato, avendo consapevolmente fornito alla vittima informazioni inesatte, reticenti o comunque incomplete, ha precluso alla stessa l'effettivo esercizio del diritto fondamentale ad autodeterminarsi, ha strumentalizzato la sua posizione di preminenza per costringere il soggetto passivo a subire atti incidenti sulla propria sfera sessuale, e, con tale condotta, ha integrato gli estremi della fattispecie di violenza sessuale con abuso di autorità.

6. Fondate sono le censure formulate nel secondo e nel terzo motivo, che contestano il diniego delle circostanze attenuanti generiche, deducendo, in particolare, il travisamento degli atti del processo con riferimento all'avvenuto pagamento delle somme liquidate a titolo di provvisionale e di spese processuali.

In effetti, la sentenza impugnata ha negato la concessione delle circostanze attenuanti generiche, affermando che l'imputato può valorizzare soltanto il suo stato di incensuratezza, e che non ha dimostrato alcuna sensibilità per le persone offese, perché ha omesso di corrispondere, anche solo in parte, l'importo liquidato a titolo di provvisionale in favore delle stesse.

Tuttavia, il ricorso evidenzia che, diversamente da quanto indicato dalla Corte d'Appello, l'imputato ha corrisposto le somme liquidate a titolo di provvisionale e di spese processuali, e, in particolare, allega i relativi bonifici, effettuati il 5 ottobre 2022, in favore di Be.An., persona offesa del reato per il quale è stata confermata la dichiarazione di penale responsabilità.

Di conseguenza, risulta evidente che il diniego delle circostanze attenuanti generiche è stato espressamente deciso sulla base un presupposto inesistente, ed anzi omettendo qualunque valutazione della documentazione prodotta dalla difesa, attestante l'esatto contrario. La relativa statuizione, quindi, è viziata ed è necessario un nuovo giudizio sul punto.

…omissis…

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente al punto concernente le attenuanti generiche e al punto concernente il giudizio di comparazione tra circostanze con rinvio per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte d'Appello di Milano. Rigetta nel resto il ricorso.

Così deciso il 15 ottobre 2024.

Depositato in Cancelleria il 30 dicembre 2024.

Consiglio di Stato e Tar

a cura di Maurizio Santise
Consigliere di Stato

*** Sulla perdita di legittimazione a ricorrere per le imprese che accettano le clausole di salvaguardia**
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione I, 15 aprile 2024, n. 2475, Pres. ed Est. Palliggiano

*** L'inclusione del metodo ABA nei livelli essenziali delle prestazioni non comporta l'automatico riconoscimento, in capo al richiedente, di un diritto all'erogazione del trattamento nella misura richiesta**
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDIA, BRESCIA, sezione I, 2 maggio 2024, n. 365, Pres. Gabbricci, Est. Buzano

*** Revisione del sistema di accreditamento e contrattualizzazione delle strutture private operanti all'interno del servizio sanitario**
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE SICILIA, PALERMO, sezione I, 31 luglio 2024, n. 2373, Pres. Veneziano, Est. Cappellano

*** Applied behavior analysis (ABA): natura giuridica e personalizzazione del trattamento**
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione V, 4 novembre 2024, n. 5910, Pres. Abbruzzese, Est. Di Vita

*** Farmacie, differenza con laboratori di analisi, uso di spazi esterni per l'effettuazione di screening oncologici**
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione I, 14 novembre 2024, n. 6225, Pres. Salamone, Est. Esposito

*** Le clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni di accreditamento sono legittime**
CONSIGLIO DI STATO, sezione III, 9 dicembre 2024, n. 9825, Pres. Caputo, Est. Tulumello

*** Sul risarcimento dei danni da adozione di illegittime delibere sulla fissazione dei tetti di spesa**
CONSIGLIO DI STATO, sezione V, 20 dicembre 2024, n. 10280, Pres. Franconiero, Est. Sestini

*** Sulle misure di profilassi per l'abbattimento di 26 capi bufalini e sull'indennizzo ex art. 19 del D.M. n. 592/95**
CONSIGLIO DI STATO, sezione III, 24 dicembre 2024, n. 10386, Pres. Corradino, Est. Pescatore

Sulla perdita di legittimazione a ricorrere per le imprese che accettano le clausole di salvaguardia

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione I, 15 aprile 2024, n. 2475, Pres. ed Est. Palliggiano

Le clausole di salvaguardia inserite nei contratti stipulati con le strutture private accreditate sono legittime e non risultano in contrasto con il diritto di difesa, atteso che esse tutelano il preminente interesse al contenimento della spesa per la sanità pubblica; per gli operatori privati si pone unicamente l'alternativa se accettare le condizioni derivanti da esigenze programmatorie e finanziarie pubbliche (e dunque il budget assegnato alla propria struttura), restando nel campo della sanità pubblica, oppure se collocarsi esclusivamente nel campo della sanità privata, in regime di libera concorrenza, accettando il rischio d'impresa connesso alle normali dinamiche competitive del mercato. Pertanto, la sottoscrizione del contratto priva il soggetto aderente della legittimazione ad impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa, anche successivi alla clausola stessa, con conseguente inammissibilità del ricorso.

Fatto e diritto

1. Con ricorso introduttivo, notificato alle amministrazioni resistenti e ad un centro controinteressato, la società ricorrente ha impugnato, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento, la deliberazione della Giunta regionale della Campania n. 556 del 3 novembre 2022, successivamente conosciuta, pubblicata sul B.U.R.C. il successivo 7, avente ad oggetto l'attuazione della DGRC 497 del 10 novembre 2021 riguardo alla determinazione in via definitiva dei limiti di spesa e dei relativi contratti con le case di cura private per regolare i volumi e le tipologie delle prestazioni di assistenza ospedaliera erogate nell'esercizio 2022.

La Regione Campania e l'ASL Napoli 1 Centro si sono costituite in giudizio, contestando l'avverso ricorso ed i relativi motivi aggiunti, chiedendone il rigetto. In via preliminare, La Regione ne ha eccepito l'inammissibilità, per la sussistenza della clausola di salvaguardia nel contratto ex art. 8 quinquies del D. Lgs n. 502/1992 stipulato dalla struttura ricorrente.

Con ordinanza collegiale n. 4331 del 17 luglio 2023, la Sezione ha formulato avviso alle parti - ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. - relativamente al profilo di inammissibilità ovvero improcedibilità del ricorso per effetto della sopra menzionata clausola di salvaguardia ed ha chiesto alla Regione ed all'ASL incombenti istruttori.

Alla pubblica udienza del 18 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione. Il 28 febbraio 2024 è stata riconvocata la camera di consiglio.

2. Preliminarmente dev'essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalle amministrazioni resistenti.

L'eccezione è fondata.

La clausola di salvaguardia è stata introdotta in Regione Campania dal 2014, dal momento che nelle riunioni congiunte di verifica del Piano di Rientro – tenutesi il 27 novembre 2013 ed il 10 aprile 2014 – il Tavolo di Verifica degli Adempimenti Regionali ed il Comitato Permanente per i Livelli Essenziali di Assistenza hanno prescritto l'inserimento nei contratti con gli erogatori privati di una "clausola di salvaguardia" ai fini della "tutela della programmazione regionale" (DCA n. 129 del 31 ottobre 2014, II Dato atto, terzo capoverso).

In particolare, nel verbale del 27 novembre 2013 della riunione congiunta del tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti regionali con il comitato permanente allo scopo di assicurare i livelli essenziali di assistenza, si legge che "Tavolo e Comitato, così come già fatto anche per altre Regioni in Piano di Rientro, chiedono alla struttura commissariale, ai fini della tutela della programmazione regionale, di inserire, nei prossimi contratti con le strutture private accreditate, una clausola di salvaguardia nei termini qui di seguito esplicitati (sulla legittimità dei quali si è espressa l'Avvocatura Generale dello Stato, con parere reso al Ministero della Salute in data 28 ottobre 2013): "1. Con la sottoscrizione del presente accordo la struttura accetta espressamente, completamente ed incondizionatamente il contenuto e gli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto. 2. In considerazione dell'accettazione dei provvedimenti indicati sub comma 1 (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe ed ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili".

Successivamente, il DCA n. 103 del 2016 ("Definizione per gli esercizi 2016/2017 dei limiti di spesa e dei relativi contratti con gli erogatori privati: integrazioni e modifiche urgenti dei decreti commissariali n. 85 e n. 89 dell'8/8/2016") ha modificato il testo della clausola di salvaguardia, previsto negli schemi dei contratti ex art. 8 quinquies del d. lgs n. 502/1992 e s.m.i. dai decreti commissariali n. 85 e n. 89 del 8 agosto 2016, stabilendo che lo stesso sostituito dal seguente con effetto immediato: "2. In considerazione dell'accettazione dei provvedimenti indicati sub comma 1 (ossia i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe ed ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto) con la sottoscrizione del presente contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i predetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili, aventi effetti temporalmente circoscritti alla/alle annualità di erogazione delle prestazioni, regolate con il presente accordo/contratto".

Sostanzialmente, tale specifica clausola si risolve in una dichiarazione con cui la struttura sanitaria, in sede contrattuale, accetta espressamente ed a monte i

provvedimenti che determinano tetti di spesa e tariffe, quali parti integranti del contratto e presupposti del medesimo.
D'altronde, la clausola di salvaguardia è contemplata nell'accordo-contratto che la struttura privata accreditata – ai sensi dell'art. 8-quinquies d. lgs 502/1992 - ha l'obbligo di stipulare con la parte pubblica per potere erogare prestazioni sanitarie per conto ed a carico del servizio sanitario regionale, in un rapporto pubblico-privato che ha tipica natura della concessione ex lege di pubblico servizio.
L'intensità del potere pubblicistico emerge proprio in sede di stipula dell'accordo-contratto, funzionale al raggiungimento di quanto in precedenza stabilito dall'amministrazione negli atti di programmazione sanitaria.
In ambito sanitario, l'interesse pubblico è posto infatti al centro delle valutazioni dell'amministrazione, mentre l'interesse del privato accreditato, di carattere prevalentemente economico, riceve uno spazio del tutto residuale.
La natura concessoria del rapporto di accreditamento comporta che, nello svolgimento della propria attività, i soggetti accreditati siano sottoposti ad uno stringente regime di controlli circa l'appropriatezza e la qualità delle prestazioni erogate. L'amministrazione dispone persino del potere di revoca dell'accreditamento per le ipotesi di mancato riscontro positivo dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.
Ed è per questo che il rilievo della volontà dei privati è confinato esclusivamente nella decisione di "accettare" (o non) il contenuto dell'accordo-contratto, senza alcuna possibilità di modificarlo o integrarlo, nemmeno in un momento successivo, laddove si presentino delle sopravvenienze. La posizione di predominio del soggetto pubblico si spiega perché l'accreditamento ha ad oggetto un'attività propria dell'amministrazione che quest'ultima affida in parte al privato. Al riguardo, l'art. 32 Cost., pur non richiedendo che i soggetti erogatori abbiano natura pubblica, impone in capo alla "Repubblica" il dovere di adoperarsi per tutelare la salute.
Nell'accreditamento istituzionale il dovere di garantire il risultato, ossia le prestazioni sanitarie, si trasferisce in capo ai privati, nei limiti e col corrispettivo fissati nell'accordo-contratto. Gli accreditati non sono obbligati ad erogare le prestazioni sanitarie al di fuori dei contratti e, per converso, l'amministrazione non è tenuta a pagare la relativa remunerazione.
Non esiste dunque un obbligo di "assistenza incondizionata" in capo agli accreditati, ma soltanto di assistenza nei limiti delle statuizioni contrattuali. Sul punto è sufficiente richiamare la previsione legislativa che consente alla pubblica amministrazione di sospendere le prestazioni per il fatto di aver esaurito le risorse finanziarie fissate nei contratti, essendo vietata la possibilità di remunerare le prestazioni erogate oltre i limiti contrattuali, con conseguente configurabilità, in caso contrario, di responsabilità per danno erariale (Corte dei conti, Sezione giur. per la Regione Calabria n. 183 del 2022).
Nella prospettiva del mantenimento dei rigorosi impegni di finanza pubblica e di destinazione delle risorse finanziarie a beneficio del settore sanitario gioca un ruolo determinante proprio la clausola di salvaguardia la cui funzione è per l'appunto di intercettare e prevenire ogni ipotesi di conflitto, già in essere o potenziale, relativo a concrete e definite questioni che possano contrapporre l'amministrazione alla struttura privata operante nell'ambito della sanità pubblica (Cons. Stato, 11 dicembre 2023, n. 10652, che ha inteso la generica formula "provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa" come di portata indistinta e omnicomprensiva).
Ciò premesso, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale che ritiene legittime le clausole di salvaguardia inserite nelle convenzioni di accreditamento in materia sanitaria, con la conseguenza che l'avvenuta sottoscrizione priva la ricorrente della legittimazione ad impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa, anche successivi alla clausola stessa, avendone la stessa accettato il contenuto e gli effetti o comunque prestato preventiva acquiescenza per ipotesi di modifiche future.
Invero, con sentenza n. 4076 del 2023, il Consiglio di Stato ha affermato che "in ipotesi analoghe a quella in esame viene in rilievo lo schema tipico dell'acquiescenza", giacché l'assenso alla stipulazione del contratto si atteggia quale "comportamento univocamente indicativo della volontà della parte stipulante di accettarne gli effetti, tanto da acquisire i diritti ed assumere gli obblighi, in maniera ugualmente volontaria, che si riconnettono e sono funzionali all'esecuzione della prestazione alle condizioni economiche predeterminate dall'Amministrazione (nell'esercizio del suo potere programmatorio in materia sanitaria)". Da tale angolo visuale, "la cd. clausola di salvaguardia è, quindi, meramente ricognitiva dell'effetto preclusivo dell'iniziativa impugnatoria che si produce, per generale opinione giurisprudenziale, nel caso in cui il soggetto pregiudicato dal provvedimento ponga in essere atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, che dimostrino la chiara e incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività".
Non rileva, in senso contrario, l'eventuale clausola di riserva della struttura sanitaria, con la quale si precisa di sottoscrivere il contratto al solo fine di non incorrere nella sospensione del rapporto di accreditamento e riservandosi comunque ogni più ampia tutela. Una simile clausola non è contemplata nel modello contrattuale di riferimento, ragion per cui deve intendersi come non apposta, risultando quindi inidonea ad impedire la formazione dell'accordo (cfr. Cons Stato n. 321/2018; Cons. Stato n. 6569/2020; Cons Stato n. 8127/2021, Cons. Stato n. 8451/2021).
Nello stesso senso, con successiva sentenza n. 6685 del 2023, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimità delle clausole di salvaguardia, precisando che "le due clausole, quella relativa all'accettazione incondizionata dei tetti di spesa e delle tariffe e quella relativa alla rinuncia delle azioni, sono strettamente collegate tra di loro, in quanto dirette a imporre il rispetto di un determinato regolamento contrattuale, i cui contenuti, come stabilito dalla legge, sono in parte determinati autoritativamente mediante provvedimenti amministrativi, che definiscono la misura e le modalità di distribuzione delle risorse disponibili e che si inseriscono all'interno di rapporti contrattuali condizionati dall'esigenza di porre rimedio allo squilibrio finanziario maturato nel corso degli anni, e assolvono alla funzione di evitare che il rispetto dei vincoli finanziari, attuato con la sottoscrizione di accordi compatibili con le risorse disponibili, rimanga esposto ad iniziative in sede giurisdizionale in grado di compromettere o porre in pericolo gli obiettivi perseguiti. Tali clausole "imposte", peraltro, non costituiscono una novità, trovando ampio spazio nel settore commerciale, come dimostra l'esperienza quotidiana, e risultano giustificate dalla ratio che intendono perseguire".
D'altronde, gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, ma sono

soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria (ex multis, Tar Napoli, sez. I, 10 luglio 2023, n. 4131; Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2018, n. 3810; id., 29 luglio 2011, n. 4529; 14 giugno 2011, n. 3611; 13 aprile 2011, n. 2290; v. anche Corte Cost. 28 luglio 1995, n. 416).

Non a caso, la citata sentenza n. 4076 del 2023 ha evidenziato che "gli operatori privati – in quanto impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute – non possono considerarsi estranei ai vincoli oggettivi e agli stati di necessità conseguenti al piano di rientro, al cui rispetto la Regione è obbligata", tant'è che "chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8879).

"Se è vero, dunque, che la stipulazione degli accordi ex art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502/1997 è condizione imprescindibile per l'erogazione di prestazioni sanitarie con oneri a carico del S.S.R., non può non valere anche il reciproco, ovvero che una volta siglato lo stesso, peraltro senza alcuna riserva, le prestazioni erogabili a carico del pubblico erario sono quelle e solo quelle ivi ritenute compatibili con gli atti di programmazione generale vigenti in relazione all'attuale stato della spesa pubblica, colpito da stringenti restrizioni finanziarie" (Cons. Stato n. 6685/2023).

In questa direzione, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la clausola di salvaguardia non può ritenersi in contrasto con il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.) e ciò per le seguenti argomentazioni:

- la Corte costituzionale, con sentenza n. 238 del 2014, ha affermato che il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale può essere limitato purché vi sia un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente sul principio consacrato dall'art. 24 della Costituzione;
- nella materia oggetto del presente contenzioso, tale interesse pubblico preminente risiede nel principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio (artt. 81 e 97 Cost.) e, precipuamente, nell'esigenza di contenimento della spesa nel settore della sanità pubblica, al quale gli stessi soggetti accreditati – a fronte dei vantaggi economici che comunque ricevono nel fornire prestazioni sanitarie per conto ed a carico del servizio sanitario regionale, non possono ritenersi estranei;
- **la contestata clausola è stata, infatti, prevista quale presidio essenziale per il controllo della spesa sanitaria e per preservare il complessivo equilibrio finanziario del sistema sanitario (cfr. Corte cost. n. 161 del 2022, secondo cui i vincoli in materia di contenimento della spesa pubblica sanitaria costituiscono espressione di un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica; ex plurimis, sentenze n. 36 del 2021, n. 130 e n. 62 del 2020, e n. 197 del 2019). L'adesione volontaria all'accordo – e con esso alla clausola di salvaguardia - suggella, dunque, la posizione prioritaria che riveste l'obiettivo di contenimento della spesa pubblica, obiettivo che non è fine a sé stesso ma è del tutto funzionale a garantire continuità, anche per il futuro, all'erogazione di prestazioni sanitarie.**

In altri termini, l'adesione alla clausola di salvaguardia preclude al soggetto accreditato di esperire quei rimedi processuali il cui intento sostanziale è di ribaltare gli atti generali di programmazione economica nel settore sanitario.

Del resto, in presenza di una inevitabile limitatezza delle risorse, "non è pensabile di poter spendere senza limite …", poiché è "viceversa la spesa a dover essere commisurata alle effettive disponibilità finanziarie, le quali condizionano la quantità ed il livello delle prestazioni sanitarie, da determinarsi previa valutazione delle priorità e delle compatibilità e tenuto conto ovviamente delle fondamentali esigenze connesse alla tutela del diritto alla salute" (Corte Cost., 23 luglio 1992, n. 356).

Più in generale, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri". Nel relativo bilanciamento assume particolare importanza il principio di proporzionalità, quale criterio per definire, unitamente alla ragionevolezza, il punto di equilibrio nel rapporto di integrazione reciproca tra i diritti fondamentali tutelati in Costituzione (Corte cost. n. 85 del 2013).

A tal proposito, pare opportuno evidenziare che, nonostante con DPCM del 5 dicembre 2019 sia cessato il mandato commissariale, la Regione Campania è ancora sottoposta alla disciplina dei Piani di Rientro, che proseguono attraverso i Programmi Operativi, sicché permangono le esigenze sottese all'introduzione della suddetta clausola, che equivale ad un impegno della parte privata contraente al rispetto e accettazione dei vincoli di spesa essenziali in un regime di Piano di Rientro.

La clausola di salvaguardia persegue per l'appunto la finalità di garantire il necessario contenimento della spesa sanitaria nelle regioni che presentano un deficit economico finanziario, come la Regione Campania, evitando al contempo che il rispetto dei vincoli finanziari possa essere esposto ad iniziative in sede giurisdizionale in grado di compromettere o porre in pericolo gli obiettivi perseguiti.

In assenza di analoghe condizioni e di consimili presupposti di necessità, tali da giustificare (ratione temporis) la compressione del diritto di difesa, nulla esclude che il descritto bilanciamento – che non può dirsi fisso e immutabile – possa trovare in futuro un nuovo punto di equilibrio, anche attraverso una valutazione di opportunità da parte dell'Amministrazione circa il mantenimento di siffatta clausola (cfr. Cons. Stato n. 1908/2020, secondo cui la richiamata giurisprudenza che reputa legittima la clausola di "rinuncia al contenzioso" non è suscettibile di estensione incondizionata in altri ambiti di materia).

Allo stato attuale, per gli operatori privati si pone unicamente l'alternativa se accettare le condizioni derivanti da esigenze programmatorie e finanziarie pubbliche (e dunque il budget assegnato alla propria struttura), restando nel campo della sanità pubblica, oppure se collocarsi esclusivamente nel mercato della sanità privata. In altri termini, qualora ritenga insufficiente il budget assegnatogli, il ricorrente è comunque libero di operare in regime di libera concorrenza, accettando il rischio d'impresa connesso alle normali dinamiche competitive del mercato (Cons. Stato n. 6685/2023).

D'altronde, come precisato dalla giurisprudenza in rassegna, lo svolgimento di un'attività economica privata, a fini di lucro,

in regime protetto di riserva e sostenuta da un finanziamento pubblico costituisce una fattispecie del tutto speciale.

Sotto altro profilo ermeneutico, l'ipotetica nullità della clausola di salvaguardia per contrasto con norme imperative ex art. 1418 c.c. (violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.) potrebbe comportare la caducazione dell'intero contratto in base alla disciplina di cui all'art. 1419 c.c. (cfr. Tar Campobasso, sez. I, 16 ottobre 2023, n. 265), il che rappresenterebbe un esito interpretativo distonico rispetto agli interessi delle parti in causa ed alla tutela invocata dal ricorrente.

La disposizione da ultimo citata prevede, infatti, che la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte che è colpita dalla nullità.

Nella prospettiva della parte pubblica, in difetto di una valida e incondizionata accettazione della clausola di salvaguardia da parte dell'altro contraente, verrebbe meno il suo interesse alla conclusione dell'accordo, non potendo essa programmare efficacemente la spesa sanitaria, stante il rischio del permanere di contestazioni giudiziali sui tetti di spesa (Cons. Stato, Sez. II, 28 dicembre 2021, n. 8676; Cons. Stato Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 137; da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2023, n. 3997 e Cons. Stato, 7 luglio 2023, n. 6685).

Ad ogni modo, in linea di continuità con la giurisprudenza consolidatasi in materia e avallata dalle pronunce di questa sezione, il Collegio non ravvisa ragionevoli motivi per discostarsi dall'orientamento che ritiene legittime le clausole di salvaguardia inserite nei contratti stipulati con le strutture private accreditate, la cui sottoscrizione priva il soggetto aderente della legittimazione a impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa che lo riguardano, con l'ulteriore conseguenza di rendere inammissibili le censure formulate.

3.- Il ricorso, pertanto, va dichiarato inammissibile.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

L'inclusione del metodo ABA nei livelli essenziali delle prestazioni non comporta l'automatico riconoscimento, in capo al richiedente, di un diritto all'erogazione del trattamento nella misura richiesta

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDIA, BRESCIA, sezione I, 2 maggio 2024, n. 365, Pres. Gabbricci, Est. Buzano

È ammissibile il ricorso per l'accertamento del diritto all'erogazione del trattamento riabilitativo con metodo A.B.A. per il disturbo dello spettro autistico anche in caso di mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di diniego dell'amministrazione sanitaria, rientrando la controversia in esame nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), nell'ambito della quale la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ha ad oggetto diritti soggettivi (nel caso di specie il diritto alla salute) strettamente connessi all'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, e come tali non soggetti ai termini di decadenza.

L'inclusione del metodo dell'analisi comportamentale applicata (Applied Behaviour Analysis –A.B.A.) per il trattamento del disturbo dello spettro autistico nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza (LEA) implica che il diniego di tale trattamento può risultare giustificato solo a fronte dell'erogazione da parte dell'Amministrazione sanitaria di una diversa terapia che possa contrastare altrettanto efficacemente la disabilità di cui è portatore il minore, ai sensi dell'art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992. Ne consegue che se, da un lato, l'inclusione nei LEA del metodo A.B.A. non comporta l'automatico riconoscimento in capo al richiedente di un diritto all'erogazione del trattamento nella misura richiesta sulla base di quanto indicato dai soggetti erogatori privati, dall'altro, l'ambito di discrezionalità tecnica riconosciuto all'Amministrazione sanitaria riguarda la scelta del trattamento terapeutico più adeguato in base alle specifiche condizioni di salute del minore e, tra più "forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze", di quella che garantisce un "uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza" (art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992).

Fatto

In data -*OMISSIS*- il minore -*OMISSIS*- è stato dimesso dall'Ospedale pediatrico -*OMISSIS*-con diagnosi di "sospetto disturbo dello spettro autistico" con la seguente prescrizione "si consiglia presa in carico urgente presso le strutture di neuropsichiatria del territorio per riabilitazione globale".
Il minore è stato preso in carico dalla ASST Bergamo Est in data-*OMISSIS*-, a seguito di segnalazione avvenuta in data-*OMISSIS*-.
In particolare, dalla "sintesi della presa in carico del minore" (doc. 6 ricorrente e doc. 5 resistente ASST) dell'ASST Bergamo Est - Unità Operativa di Neuropsichiatria per l'Infanzia-Adolescenza (UONPIA) di -*OMISSIS*- risulta che:
- a seguito della prima visita del minore è stato diagnosticato "Disturbo dello Spettro Autistico di livello 3";
- al termine della valutazione il minore è stato inserito in lista d'attesa presso il Servizio per terapia neuropsicomotoria;
- in data -*OMISSIS*- la Commissione Medica dell'ASL di Bergamo, ai sensi dell'art. 4 l. n. 104/1992, ha riconosciuto il minore "portatore di handicap in situazione di gravità (comma 3 art. 3)" (doc. 23 ricorrente);
- in data -*OMISSIS*-, in vista dell'inserimento nella scuola dell'infanzia previsto per settembre 2019, è stata certificata una diagnosi funzionale per "Disturbo dello Spettro autistico di livello 3 secondo il DSM-5", prescrivendo la necessità dell'insegnante di sostegno, al fine di garantire il diritto allo studio secondo quanto previsto dagli artt. 12 e 13 l. n. 104/1992 e dall'art. 2, comma 2 bis l.r. n. 31/80 (doc. 6 resistente ASST);
- dall-*OMISSIS*- il minore ha iniziato presso il Servizio la terapia neuropsicomotoria individuale a cadenza bisettimanale. Tale intervento, sospeso in presenza dal 21.02.2020 a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19, è proseguito da remoto con intervento indiretto sul minore attraverso training al genitore fino al 25.06.2020. In tale data la terapia neuropsicomotoria è stata ripresa in presenza con frequenza monosettimanale in base alle restrizioni legate all'emergenza sanitaria da Covid-19;
- a novembre 2020 sono stati effettuati incontri di valutazione logopedica;
- da gennaio 2021, nell'ambito della terapia psicomotoria è stata introdotta, insieme alla figura già presente della neuropsicomotricista, la figura professionale della logopedista al fine dell'implementazione del lavoro sulla comunicazione funzionale;
- sempre da gennaio 2021 è stato introdotto nell'ambito del Piano terapeutico individuale (PTI) lo strumento "PECS" volto a favorire e rafforzare l'intenzionalità comunicativa;
- ad aprile 2021 il minore è stato sottoposto a rivalutazione dello sviluppo psicomotrorio con evidenza di "grave ritardo psicomotrorio";
- nel luglio 2021, a seguito di scelta della famiglia in accordo con l'equipe ABA, lo strumento comunicativo PECS proposto

è stato abbandonato e la presenza della logopedista durante la terapia è stata garantita con frequenza quindicinale al fine di mantenere il supporto logopedico:
- la terapia neuropsicomotoria, come prescritto nel PTI, si è conclusa in data 23.12.2021.
L'ASST Bergamo Est rileva nella memoria depositata in data 17.02.2023 che "Anche nel 2022 è proseguita la presa in carico. Si sono svolti incontri con la scuola in data 21.12.2022, 7.4.2022 e 12.5.2022. Da ultimo, è stato fissato un nuovo incontro tra personale dell'ASST e la scuola di -*OMISSIS*-per il 20.4.2023. Nell'ambito della presa in carico tutt'ora attuale è stata mantenuta la disponibilità a monitoraggi clinici e controlli su richiesta dei genitori. Al momento, tuttavia, i ricorrenti non hanno fatto alcuna richiesta per far rivedere il bambino alla NPI di riferimento. Allo stesso tempo rimane ferma l'attività certificativa (certificati per benefici, relazioni scolastiche ecc.) sempre su richiesta dei genitori" (pag. 6 e 7).
I ricorrenti dichiarano invece che "il minore da dicembre 2021 non ha più nessun piano terapeutico della A.S.S.T., né dalla U.O.N.P.I.A." (pag. 5 del ricorso).
Dal dicembre 2019, come riferito dai ricorrenti, il minore ha iniziato ad effettuare la terapia con metodo A.B.A. presso il centro -*OMISSIS*-, per un numero di ore inferiore (6 ore settimanali) rispetto a quelle previsto dal progetto terapeutico predisposto dal predetto centro (pari a 25 ore settimanali), a causa dell'elevato costo della terapia (704 euro a settimana).
Con lettera del 10.12.2021 i ricorrenti, tramite il proprio legale – dopo avere premesso di "essere stati costretti a rivolgersi a dei terapisti privati per ivi far svolgere la terapia comportamentale di tipo A.B.A." e che "le spese per poter effettuare questa terapia in maniera intensiva sono troppo elevate e la famiglia non è in grado di poterle sostenere" – hanno richiesto all'ASST Bergamo Est di "…provvedere ad erogare la terapia A.B.A. al bambino immediatamente, nella misura di almeno 20 ore a settimana, come da Linee Guida I.S.S., ovvero a voler rimborsare le spese sostenute per detta terapia".
Con lettera del 22.02.2022, questa volta indirizzata all'A.T.S. di Bergamo, i ricorrenti, tramite il proprio legale, hanno ripresentato la medesima richiesta.
In riscontro a tale richiesta, con nota prot. n. -*OMISSIS*- l'A.T.S. di Bergamo ha riferito di non essere il soggetto erogatore di prestazioni e di avere inviato all'ASST Bergamo Est competente la segnalazione ricevuta.
Successivamente, con nota prot. n. -*OMISSIS*- l'ASST Bergamo Est ha comunicato che la richiesta di erogazione della terapia A.B.A. al minore o, in alternativa, il rimborso delle relative spese, non poteva essere accolta sulla scorta delle seguenti considerazioni:
- affinché "gli oneri discendenti da un trattamento riabilitativo possano essere posti a carico del SSR è necessario che il trattamento sia stato indicato come necessario e che sia stato preventivamente autorizzato dal servizio Pubblico di riferimento nel rispetto dei Livelli Minimi di Assistenza fissati dal Legislatore";
- "…in merito alla validità scientifica delle tecniche del modello ABA, le Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità emanate nell'ottobre 2011 rilevano come sia "presente un'ampia variabilità a livello individuale negli esiti ottenuti dai programmi intensivi comportamentali ABA" e come sia "quindi necessario che venga effettuata una valutazione clinica caso-specifica per monitorare nel singolo bambino l'efficacia dell'intervento, ossia se e quanto questo produca i risultati attesi";
- dalle Linee Guida si ricava che lo stato attuale delle conoscenze non consente di affermare che il compito del Servizio Sanitario Regionale di garantire agli utenti interventi efficaci e un'adeguata presa in carico debba essere necessariamente effettuato attraverso l'adozione di un unico e specifico metodo;
- "nel caso di esame la ASST ha assolto ai suoi obblighi assistenziali mettendo a disposizione tecniche e metodologie di intervento riconosciute dai LEA".
Con ricorso ex art. 700 c.p.c. del 18.04.2022 davanti al Tribunale Ordinario di Bergamo i ricorrenti hanno richiesto, in via cautelare, di "…accertare e dichiarare il diritto dei ricorrenti, quali genitori di -*OMISSIS*-, a ricevere dalla Agenzia di Tutela della Salute ATS Bergamo il trattamento riabilitativo con metodo A.B.A. in misura pari a 25 ore settimanali, ovvero nella misura maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia e per l'effetto condannare la ATS convenuta al pagamento in via diretta delle spese sostenute relative alle cure ricevute da terzi per un periodo di almeno 48 mesi, ovvero nella misura minore o maggiore che sarà ritenuta di giustizia".
Con decreto n. -*OMISSIS*-, il Tribunale Ordinario di Bergamo ha dichiarato, in base ai principi espressi dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 1781/2022, il difetto di giurisdizione sulla domanda volta ad "affermare il diritto del minore a ricevere il trattamento ABA e contestando quindi la decisione della struttura pubblica di non includerlo tra le terapie erogabili a favore del figlio", e ha respinto la domanda cautelare di condanna al pagamento delle spese sostenute per difetto del requisito del periculum in mora.
I sigg.ri -*OMISSIS*- in qualità di genitori del minore -*OMISSIS*-, hanno proposto ricorso, notificato in data 21.01.2023, davanti a questo Tribunale per "l'accertamento, previa adozione delle misure cautelari più idonee, del diritto del minore disabile -*OMISSIS*- a ricevere dalla A.T.S. Bergamo e dalla A.S.S.T. Bergamo Est, in via diretta o in via indiretta, ovvero sostenendo le spese relative alle ore di terapia ricevute da terzi, il trattamento riabilitativo con metodo A.B.A. nella misura di 25 ore settimanali, per il periodo di almeno 48 mesi, ovvero nella misura maggiore o minore che sarà ritenuta di giustizia; e per la condanna della A.T.S. Bergamo e dalla A.S.S.T. Bergamo Est ad erogare l'intervento comportamentale con metodo ABA al minore -*OMISSIS*- come indicato dalle Linee Guida dell'I.S.S., in misura pari a 25 ore settimanali, in via diretta ovvero in via indiretta, sostenendo le spese relative alle ore di terapie con metodo ABA ricevute da terzi, per un periodo di almeno 48 mesi, ovvero nella misura maggiore o minore che sarà ritenuto di giustizia; nonché in ogni caso per la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inerzia serbata nell'erogare le terapie comportamentali con metodo A.B.A. da quantificarsi in complessivi 18.621,36 € per spese di terapia comportamentale erogata da terzi, salvo successive all'instaurazione del presente giudizio, ovvero nella misura minore o maggiore che sarà ritenuta di giustizia".
Si sono costituite in giudizio l'ATS di Bergamo e l'ASST Bergamo Est.
All'esito dell'udienza camerale del 22.02.2023, con ordinanza n. 164/2023, questa Sezione ha "Ritenuto che, in ragione della complessità e della novità delle questioni di diritto oggetto di controversia, le esigenze dedotte dalla parte ricorrente possano essere meglio soddisfatte attraverso la sollecita fissazione dell'udienza di merito, ex art. 55 comma 10 c.p.a.".
Si è costituita in giudizio anche la Regione Lombardia.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie e repliche.
All'udienza pubblica del 22 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione e, successivamente, è stata riconvocata per la camera di consiglio del 17 gennaio 2024.

Diritto

In via pregiudiziale, sotto il profilo della sussistenza della giurisdizione, il Collegio ritiene di doversi conformare all'ordinanza n. 1781/2022 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, resa in un'analoga controversia, secondo la quale "La domanda di condanna dell'ASL al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104 del 2010, non essendo dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente".
Al riguardo, l'ASST Bergamo Est rileva che, mentre la domanda relativa all'accertamento del diritto all'ottenimento di un determinato trattamento riabilitativo o all'erogazione o al rimborso delle spese da sostenere in futuro rientrerebbe, sulla base dei suesposti principi enunciati dalle Sezioni Unite, nella giurisdizione esclusiva del g.a., non potrebbe invece ritenersi inclusa in tale ambito la domanda risarcitoria, la quale, ad avviso dell'Amministrazione resistente, trattandosi della richiesta di condanna a titolo di responsabilità aquiliana, dovrebbe essere devoluta alla giurisdizione ordinaria. Analoga eccezione è stata sollevata dall'ATS di Bergamo.
La tesi non risulta condivisibile.
Ed invero, l'impostazione seguita dalla Corte Costituzionale (sent. n. 204/2004), e successivamente recepita dal codice del processo amministrativo, è nel senso che l'azione risarcitoria non costituisce una materia a sé stante, ma uno strumento di tutela della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. Di conseguenza, qualora tale situazione giuridica soggettiva rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, la relativa tutela, inclusa quella risarcitoria, deve essere assicurata da questo giudice, e ciò a maggior ragione nelle ipotesi, come nel caso di specie, di giurisdizione esclusiva nelle quali si fa questione anche di diritti soggettivi. Diversamente opinando, si costringerebbe la parte privata, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, ad adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno, in contrasto con i principi di effettività della tutela.
L'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'ASST Bergamo Est e dall'ATS di Bergamo limitatamente alla proposta domanda risarcitoria deve pertanto ritenersi infondata.
Ciò posto, in via preliminare, occorre esaminare le ulteriori eccezioni sollevate dalle Amministrazioni resistenti.
In primo luogo, l'ATS di Bergamo eccepisce l'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. g), c.p.a. per l'errata indicazione nella procura dell'autorità giudiziaria davanti alla quale viene proposto il ricorso, ed in particolare per l'indicazione "Tar Lombardia" senza il riferimento alla Sezione staccata di Brescia.
L'eccezione è infondata.
Nel caso di specie, più che un'errata indicazione dell'autorità giudiziaria, vi è semmai la mancata specificazione della Sezione staccata di Brescia davanti alla quale è stato proposto il ricorso, elemento tuttavia che non incide in alcun modo sulla validità e sulla specialità della procura risultando chiaramente l'indicazione del giudizio per il quale è conferita.
In secondo luogo, l'ATS eccepisce l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione del provvedimento emesso dalla stessa in data -*OMISSIS*-, in quanto, a seguito della decisione del ricorso ex art. 700 c.p.c. del Tribunale Ordinario di Bergamo, sarebbero ripresi a decorrere i termini decadenziali per l'impugnazione di tale provvedimento, poi effettivamente decorsi, ove applicabile la sospensione feriale, in data 25.10.2022, a fronte della notifica del ricorso in data 26.01.2023.
Anche tale eccezione è infondata.
Al riguardo, occorre in primo luogo rilevare che il provvedimento emesso dall'ATS in data -*OMISSIS*-, a differenza di quanto affermato dall'Amministrazione nella formulazione dell'eccezione sopra esposta, non costituisce un diniego alla richiesta dei ricorrenti, bensì una comunicazione nella quale si riferisce solamente che la competenza nell'erogazione delle prestazioni spetta all'ASST Bergamo Est e che a quest'ultima è stata inoltrata la segnalazione. Non si tratta, pertanto, in astratto di un provvedimento lesivo delle posizioni giuridiche dei ricorrenti e passibile di impugnazione.
In ogni caso, la controversia in esame, come indicato dalla richiamata ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ord. n. 1781/2022), rientra nella giurisdizione esclusiva di questo giudice (art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.), nell'ambito della quale la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ha ad oggetto diritti soggettivi, nel caso di specie il diritto alla salute, strettamente connessi all'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, e come tali non soggetti ai termini di decadenza.
Per tale motivo, non essendo intervenute decadenze attesa la natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, deve ritenersi infondata anche l'eccezione, sollevata dall'ATS di Bergamo, di inammissibilità e irricevibilità del ricorso per la mancata tempestiva riproposizione del giudizio davanti a questo Tribunale, ai sensi dell'art. 11 c.p.a., la quale impedirebbe eventualmente la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda originariamente proposta, ma non esclude la facoltà della parte, onde evitare uno stallo processuale, di instaurare un nuovo giudizio davanti all'Autorità munita di giurisdizione nell'esercizio del suo diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.
A ciò si aggiunga che il provvedimento del Tribunale Ordinario di Bergamo, reso in un giudizio instaurato ai sensi dell'art. 700 c.p.c., è per sua natura privo di stabilità e insuscettibile di passare in giudicato (cfr. Cons. di Stato, sent. n. 1463/2021), con la conseguenza che il dies a quo del termine per riproporre il giudizio, decorrente ai sensi dell'art. 11 c.p.a. dal "passaggio in giudicato" della pronuncia che declina la giurisdizione, non può essere individuato, come prospettato dall'Amministrazione resistente, nel mero decorso del termine per la proposizione del reclamo ai sensi dell'art. 669 terdecies c.p.c.
Sempre in via preliminare, tutte le Amministrazioni resistenti (ATS di Bergamo, ASST Bergamo Est e Regione Lombardia) eccepiscono, reciprocamente, il difetto di legittimazione passiva.
Le eccezioni sollevate dall'ATS di Bergamo e dall'ASST Bergamo Est devono ritenersi infondate.

Ed invero, considerato che la domanda è volta all'accertamento del diritto ad ottenere il trattamento riabilitativo A.B.A. in forma diretta o indiretta e il risarcimento del danno per le spese sostenute per la terapia comportamentale erogata da terzi, devono ritenersi legittimate entrambe, per la parte di rispettiva competenza: l'ATS, quale soggetto preposto ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni e l'ASST, quale soggetto che deve predisporre il piano individuale ed erogare le prestazioni.

Deve invece ritenersi fondata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla Regione Lombardia.

Ed invero, la Regione, avendo il compito della programmazione e del finanziamento del servizio sanitario, da un lato, non è stata direttamente coinvolta nella presa in carico del minore e non è stata destinataria delle richieste di erogazione di un determinato trattamento avanzate dai ricorrenti, e dall'altro, gli atti a contenuto generale e programmatico dalla stessa emanati, oltre a non essere oggetto di contestazione nel presente giudizio, non esprimono preclusioni nei confronti del metodo A.B.A.

A ciò si aggiunga, come è stato rilevato in giurisprudenza, che "…il fatto che il sistema sanitario funzioni sulla base di meccanismi di finanza derivata non implica evidentemente che ogni soggetto che, in un sistema multilivello, a monte eroga i finanziamenti o detta linee programmatiche divenga per ciò solo obbligato alla prestazione che resta erogata da un ente pubblico che presenta autonomia giuridica, gestionale e finanziaria" (Tar Piemonte, sent. n. 896/2023, cfr. punto 7 della motivazione).

Sotto tale profilo, in particolare, si deve rilevare che i rapporti di finanza derivata ai quali ha fatto riferimento l'ATS di Bergamo per opporsi all'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla Regione Lombardia, e più in generale il sistema di finanziamento del sistema sanitario, non sono in discussione nel presente giudizio e rimangono disciplinati dalla normativa di riferimento.

In accoglimento della suesposta eccezione, deve pertanto essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Regione Lombardia.

Nel merito i ricorrenti asseriscono che il proprio figlio sarebbe privo di adeguato trattamento terapeutico da parte dell'Amministrazione sanitaria e che la sua condizione imporrebbe l'utilizzo del trattamento A.B.A., rientrante nei livelli essenziali di assistenza (LEA) e che gli assicurerebbe significativi miglioramenti.

Occorre premettere il quadro normativo, nazionale e regionale, di riferimento onde verificare se il trattamento A.B.A. (Applied Behaviour Analysis - analisi comportamentale applicata), richiesto dai ricorrenti, rientri o meno nel novero delle prestazioni sanitarie per le quali sussistono evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, di cui all'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 502/1992, e, come tale, sia sussumibile nei c.d. livelli essenziali di assistenza (LEA) erogati dal Servizio sanitario nazionale.

Ai sensi dell'art. 3 septies, comma 4 e 5, d.lgs. n. 502/1992 "4. Le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria e attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da HIV e patologie in fase terminale, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative. 5. Le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria, secondo le modalità individuate dalla vigente normativa e dai piani nazionali e regionali, nonché dai progetti-obiettivo nazionali e regionali".

Con specifico riferimento ai disturbi dello spettro autistico il legislatore ha emanato la l. n. 134/2015 (avente ad oggetto "Disposizioni in materia di diagnosi, cura e abilitazione delle persone con disturbi dello spettro autistico e di assistenza alle famiglie"), la quale "…in conformità a quanto previsto dalla risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. A/RES/67/82 del 12 dicembre 2012 sui bisogni delle persone con autismo, prevede interventi finalizzati a garantire la tutela della salute, il miglioramento delle condizioni di vita e l'inserimento nella vita sociale delle persone con disturbi dello spettro autistico".

In particolare nella predetta legge si prevede, all'art. 2, che "L'Istituto superiore di sanità aggiorna le Linee guida sul trattamento dei disturbi dello spettro autistico in tutte le età della vita sulla base dell'evoluzione delle conoscenze fisiopatologiche e terapeutiche derivanti dalla letteratura scientifica e dalle buone pratiche nazionali ed internazionali" e, al successivo art. 3, che "Nel rispetto degli equilibri programmati di finanza pubblica e tenuto conto del nuovo Patto per la salute 2014-2016, con la procedura di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, si provvede all'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, con l'inserimento, per quanto attiene ai disturbi dello spettro autistico, delle prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche disponibili. 2. Ai fini di cui al comma 1, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano garantiscono il funzionamento dei servizi di assistenza sanitaria alle persone con disturbi dello spettro autistico, possono individuare centri di riferimento con compiti di coordinamento dei servizi stessi nell'ambito della rete sanitaria regionale e delle province autonome, stabiliscono percorsi diagnostici, terapeutici e assistenziali per la presa in carico di minori, adolescenti e adulti con disturbi dello spettro autistico…".

Con D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (avente ad aggetto "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502"), all'art. 60, comma 1, è stato quindi previsto che "Ai sensi della legge 18 agosto 2015, n. 134, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone con disturbi dello spettro autistico, le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche".

Al secondo comma di tale norma è stato inoltre specificato che "Ai sensi dell'art. 4 della legge 18 agosto 2015, n. 134, entro centoventi giorni dall'adozione del presente decreto, il Ministero della salute, previa intesa in sede di Conferenza unificata, provvede, in applicazione dei livelli essenziali di assistenza, all'aggiornamento delle linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nei disturbi pervasivi dello sviluppo (DPS), con particolare riferimento ai disturbi dello spettro autistico, di cui all'accordo sancito in sede di Conferenza unificata il 22 novembre 2012. Le linee di indirizzo sono aggiornate con cadenza almeno triennale".

In data 10 maggio 2018 è stata quindi stipulata un'intesa, ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 134/2015, tra il Governo, le

Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali – recante "Aggiornamento delle linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nei Disturbo dello Spettro Autistico" – nell'ambito della quale si dispone che "La presa in carico della persona nello spettro autistico e della sua famiglia, nell'ambito della gestione integrata e in raccordo con il più ampio progetto individuale, richiede la predisposizione di un percorso diagnostico terapeutico assistenziale (PDTA) in cui l'intervento più appropriato sia identificato sulla base di bisogni specifici nelle diverse epoche di vita della persona. È necessario quindi identificare percorsi mirati per sottogruppi di pazienti verso i quali la risposta organizzativa e gestionale e il follow up devono essere diversificati a seconda del grado di complessità assistenziale. La persona con sospetto diagnostico e/o diagnosi di ASD e i suoi familiari devono essere il centro di una rete assistenziale regionale integrata di cui fanno parte i servizi afferenti agli ambiti di salute, sociale, istruzione e lavoro. La presa in carico della famiglia delle persone nello spettro autistico è indispensabile fin dall'avvio del percorso di valutazione, proseguendo nelle fasi della comunicazione della diagnosi, della costruzione e attuazione del progetto terapeutico e nel momento di valutazione della sua efficacia. È necessario predisporre percorsi secondo un modello di rete clinica e di approccio multi professionale, interdisciplinare ed età specifico per la diagnosi, la costruzione e attuazione del progetto abilitativo individualizzato e con intensità di cure differenziate. La rete assistenziale regionale deve adeguarsi in modo fluido e coordinato ai bisogni della persona nelle diverse epoche di vita garantendo una particolare attenzione alle fasi di transizione e alla presa in carico dell'età adulta" (cfr. pagg. 7 e 8 dell'Intesa).

In attuazione della predetta Intesa, la Regione Lombardia, con deliberazione della Giunta Regionale n. XI/5415 del 25.10.2021, ha approvato il Piano Operativo Regionale Autismo che ha sviluppato "…le seguenti tematiche: inquadramento epidemiologico; il sistema dell'offerta; la diagnosi precoce; la presa in carico nelle diverse età della vita: età evolutiva – fase di transizione dall'età evolutiva all'età adulta ed età adulta" (cfr. pag. 6 della delibera).

La Regione Lombardia, con deliberazione n. IX/6003 del 21.02.2022 (avente ad oggetto "Integrazioni alla d.g.r. XI/5791 del 21 dicembre 2021. Programma operativo regionale a favore di persone con gravissima disabilità e in condizione di non autosufficienza e grave disabilità di cui al fondo per le non autosufficienze triennio 2019-2021-annualità 2021 esercizio 2022") ha inoltre previsto l'emissione di "…voucher sociosanitari, finalizzati a promuovere interventi tesi al miglioramento della qualità della vita…", tra i quali sono inclusi gli "…interventi di supporto di tipo socioeducativo, a completamento di interventi di abilitazione e riabilitazione, che seguono principi comportamentali (es. TEACH, ABA, ecc.)" (cfr. pag. 26).

Così delineato il quadro normativo, si deve rilevare, con riferimento all'utilizzo del metodo dell'analisi comportamentale applicata (Applied Behaviour Analysis – A.B.A.) per il trattamento del disturbo dello spettro autistico, che la giurisprudenza ne ha affermato l'inclusione nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza (LEA).

In particolare, in una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sent. n. 8708/2023, cfr. punto 3.1. della motivazione) è stato sottolineato che "…questo Consiglio di Stato ha più volte affermato, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, che il trattamento ABA -*OMISSIS*- rientra certamente tra i livelli essenziali di assistenza (LEA) a norma dell'articolo 60 del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e delle conseguenti Linee di indirizzo dell'Istituto superiore di sanità, da ultimo approvate in Conferenza unificata in data 10 maggio 2018, in attuazione della legge 18 agosto 2015, n.134 (cfr. sent. n. 2129/2022). Del resto, non risulta ragionevole opporsi alla necessità - per vero irrinunciabile - di assicurare l'effettivo trattamento ABI - nella misura sufficiente prevista dalle Linee di indirizzo dell'Istituto superiore di sanità - dovendosi ritenere che tali prestazioni, anche attraverso l'erogazione indiretta e, dunque, strumentale, debbano concorrere a realizzare quella "prestazione di risultato" rappresentata dal visto riconoscimento del trattamento Aba nei Lea".

La giurisprudenza ha infatti rilevato che "L'analisi comportamentale applicata (metodo ABA) è una prestazione socio-sanitaria ad elevata integrazione sanitaria per la quale sussistono evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, come tali ricomprese nei LEA, **ovvero tra le prestazioni che devono essere assicurate dal sistema sanitario pubblico ai sensi degli artt. 1, comma 7, e 3-septies, commi 4 e 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 nonché dell'art.60 del DPCM 12 gennaio 2017.** In tal senso si esprime chiaramente da ultimo il Consiglio di Stato, sebbene in vicenda diversa da quella oggetto del presente giudizio (cfr., Consiglio di Stato, sez. III, n. 2119/2022 del 23.3.2022), resa sulla sentenza del T.A.R. Napoli n. 3735/2021 che, sul punto specifico, si era soffermata diffusamente (attesa la rilevanza specifica, in quel contenzioso, dell'individuazione esatta della natura giuridica delle prestazioni inerenti alla metodologia ABA)" (Tar Lazio, sent. n. 12259/2023).

Fermi restando tali principi, è stato rilevato che "Tuttavia, la sussunzione nei LEA del metodo A.B.A. non determina l'automatico riconoscimento, in capo al privato richiedente, di un diritto soggettivo all'erogazione del trattamento nella misura richiesta, anche perché, nonostante le linee guida n. 21 del 2011 indichino espressamente che la maggioranza dei trattamenti dei disturbi dello spettro autistico si basano sul metodo A.B.A., esse rappresentano pur sempre una serie di raccomandazioni da rispettare nel trattamento dell'autismo, dalle quali non è possibile far discendere «un automatico diritto all'erogazione di una determinata terapia, per consistenza ed entità predeterminata, quanto piuttosto la pretesa a che il paziente sia inserito nell'apposito percorso socio-sanitario per essere al meglio diagnosticato e quindi curato secondo le più opportune terapie» (ex multis T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 7giungo 2023, n. 3511). Detto altrimenti, **l'astratta validità del trattamento richiesto non implica la sua concreta idoneità a migliorare le condizioni di vita del singolo paziente, in assenza del riconoscimento dell'appropriatezza della prestazione da parte dell'amministrazione, che deve svolgersi sulla base di una valutazione tecnico-discrezionale della stessa: il trattamento deve, infatti essere «calibrato sul singolo paziente, considerando le sue peculiari esigenze e i suoi specifici bisogni assistenziali e di cura, quindi sulla necessità di un costante aggiornamento dei moduli terapeutici, ad esito delle periodiche visite e valutazioni, preordinate all'adeguamento della terapia somministrata» (cfr. Tar Napoli, sez. VI, 11 aprile 2023 n. 2223). La scelta dell'intervento clinico più appropriato da utilizzare nella cura dell'autismo su singoli pazienti, è, infatti, «basata su valutazioni tecnico-discrezionali e caso-specifiche che, nella misura in cui sono riconosciute dal servizio sanitario nazionale, non possono essere certo**

rimesse alla libera ed esclusiva scelta delle famiglie, come inesattamente asserito, bensì al Nucleo Territoriale di Neuropsichiatria Infantile che deve preliminarmente valutarne l'appropriatezza, in base alla scienza medica, rispetto alle specifiche esigenze del paziente» (cfr. Consiglio di Stato, sent. 2129/22 cit.), anche perché, soprattutto nel caso della sindrome autistica, il trattamento non è affatto standardizzabile né determinabile a priori, con riferimento sia al metodo da applicare sia alla sua intensità, intesa come numero di ore settimanali di prestazione. Del resto, le stesse linee guida prevedono espressamente che l'intensità dei programmi A.B.A. varia «di solito da 20 a 40 ore la settimana» (Tar Piemonte, sent. n. 896/2023, punto 10 della motivazione).

Il Collegio, nel condividere i suesposti orientamenti, rileva che, una volta riconosciuto il metodo A.B.A. nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza (LEA), il diniego di tale trattamento può risultare giustificato solo a fronte dell'erogazione da parte dell'Amministrazione sanitaria di altra terapia che possa contrastare altrettanto efficacemente la disabilità di cui è portatore il minore, ai sensi dell'art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502/1992, a norma del quale "Sono esclusi dai livelli di assistenza erogati a carico del Servizio sanitario nazionale le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che: [...] c) in presenza di altre forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze, non soddisfano il principio dell'economicità nell'impiego delle risorse, ovvero non garantiscono un uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza".

Ed invero, se, come detto, da un lato, l'inclusione nei LEA del metodo A.B.A. non comporta l'automatico riconoscimento in capo al richiedente di un diritto all'erogazione del trattamento nella misura richiesta sulla base di quanto indicato dai soggetti erogatori privati, dall'altro, l'ambito di discrezionalità tecnica riconosciuto all'Amministrazione sanitaria, trattandosi di prestazioni rientranti nei LEA e volte a tutelare il diritto alla salute del richiedente, riguarda la scelta del trattamento terapeutico più adeguato nel caso di specie e, tra più "forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze", di quella che garantisce un "uso efficiente delle risorse quanto a modalità di organizzazione ed erogazione dell'assistenza" (art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502/1992).

Nel caso di specie, a fronte della specifica richiesta dei ricorrenti, l'ASST Bergamo Est (alla quale l'ATS di Bergamo ha inoltrato la richiesta per competenza), sulla base delle generiche motivazioni poste a base del diniego e riportate nella parte in fatto (nota prot. n. 13344/2022), non risulta avere effettuato tale valutazione in concreto in considerazione della specifica situazione del minore, potendo giustificarsi il diniego di erogare un trattamento rientrante nei LEA solamente a fronte di una specifica indicazione delle "forme di assistenza volte a soddisfare le medesime esigenze" che l'Amministrazione sanitaria ritiene di erogare nel caso concreto e delle ragioni per le quali, in base alle specifiche condizioni di salute del minore, le stesse debbano considerarsi egualmente efficaci nel contrastare la disabilità rispetto alla terapia richiesta dai ricorrenti sulla base delle Linee Guida dell'I.S.S.

In analoghe controversie è stata infatti censurata la condotta dell'Amministrazione rilevando che "…benché allo stato il piccolo paziente sia in trattamento, l'amministrazione non ha mai preso espressa posizione sulla circostanza se il trattamento ABA sia o meno potenzialmente più efficace, nel caso concreto di quello in atto" (Tar Piemonte, sent. n. 896/2023, cfr. punto 11 della motivazione).

Tale omissione risulta ancora più rilevante nel caso di specie, considerato che, dagli atti depositati, ed in particolare dalla sintesi della presa in carico del minore dell'ASST Bergamo Est – UONPIA di -*OMISSIS*- (doc. 5 ASST Bergamo Est), emerge che gli interventi riabilitativi previsti nel PTI si sono conclusi in data 23.12.2021, e quindi antecedentemente alla diffida inviata dai ricorrenti in data 22.02.2022.

Pertanto, alla luce delle considerazioni suesposte, il ricorso può trovare accoglimento nei limiti dell'obbligo dell'ATS e dell'ASST, entro novanta giorni dalla pubblicazione della presente sentenza, di riesaminare la richiesta dei ricorrenti – tenuto conto di quanto contenuto nella presente decisione circa l'inquadramento normativo del metodo A.B.A. e sulla base delle condizioni di salute del minore, come risultanti dagli atti del procedimento e dagli accertamenti che l'Amministrazione sanitaria vorrà disporre, nonché di tutti gli altri elementi che concorrono a determinare la personalizzazione del trattamento (età, concreta efficacia, concorrente trattamento in ambiente scolastico, o altro) – al fine di valutare l'inclusione nel piano individuale del minore dell'erogazione del trattamento A.B.A. nella misura necessaria alle sue esigenze e, in alternativa, di individuare ed erogare altro trattamento egualmente efficace nel caso concreto sotto il profilo medico-scientifico e rispondente alle medesime finalità ai sensi dell'art. 1, comma 7, lett. c), d.lgs. n. 502/1992.

La domanda risarcitoria, invece, allo stato non può essere accolta non potendosi ritenere, come si è detto, per la sola inclusione nei LEA del metodo A.B.A., accertato il diritto soggettivo all'erogazione del trattamento nella misura richiesta sulla base di quanto prescritto da un centro erogatore privato, ferma la possibilità della riproposizione in futuro della predetta domanda all'esito degli accertamenti che verranno svolti in ottemperanza della presente decisione.

Le spese di lite, alla luce della novità e peculiarità delle questioni trattate e del parziale accoglimento del ricorso, possono essere compensate per la metà tra i ricorrenti e l'ATS di Bergamo e l'ASST Bergamo Est, e per la restante metà (liquidata come in dispositivo), poste a carico, in solido, dell'ATS di Bergamo e dell'ASST Bergamo Est, in applicazione del principio di soccombenza.

Nei confronti invece della Regione Lombardia, per la quale sussiste il difetto di legittimazione passiva, le spese di lite possono essere integralmente compensate in considerazione della novità e della peculiarità delle questioni trattate.

Revisione del sistema di accreditamento e contrattualizzazione delle strutture private operanti all'interno del servizio sanitario

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE SICILIA, PALERMO, sezione I, 31 luglio 2024, n. 2373, Pres. Veneziano, Est. Cappellano

Con la riforma disposta dall'art. 15 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) – che ha modificato gli articoli 8 quater e 8 quinquies del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502– è stata introdotta una revisione del sistema di accreditamento e contrattualizzazione delle strutture private in una logica pro concorrenziale. Il meccanismo attuativo previsto dall'art. 8 quinquies del d.lgs. n. 502 del 1992 è stato affidato al decreto del Ministero della salute 19 dicembre 2022, e ad atti generali delle singole regioni, in fase di ulteriore attuazione.
È legittimo il decreto assessoriale che individui i criteri e i requisiti, valevoli per tutte le strutture private che intendano operare (o continuare ad operare) nel servizio sanitario con remunerazione pubblica, necessari ad innestare nel sistema i nuovi principi di riforma economico sociale dettati dalla stessa l. n. 118 del 2022 rientra nell'ipotesi di retroattività cd. "impropria" delineata dalla sentenza dall'Adunanza plenaria 5 agosto 2022 n. 9, incidendo su effetti ontologicamente e funzionalmente distinti dal pregresso fatto generatore.

Diritto

A. – Viene in decisione il ricorso promosso dalle odierne istanti – strutture sanitarie accreditate con il Servizio Sanitario nella branca della Medicina Fisica e Riabilitazione, nonché Laboratorio analisi, afferenti alle Aziende Sanitarie di Agrigento, di Catania e di Trapani – avverso il Decreto dell'Assessore per la Salute n. 20 del 9 gennaio 2024, "Semplificazione del sistema di requisiti generali organizzativi, strutturali e tecnologici per l'esercizio delle attività sanitarie e per l'accreditamento istituzionale e identificazione dei requisiti da applicare e delle evidenze da ricercare in ragione del livello di complessità delle strutture".
B. – In via preliminare, deve darsi atto della rinuncia, formalizzata dalla difesa erariale in udienza, all'eccezione di difetto di legittimazione passiva della Presidenza della Regione Siciliana.
C. – Nel merito, il ricorso è fondato nei limiti appresso precisati, per la ritenuta fondatezza del quinto motivo nei sensi che saranno chiariti.
C.1. – Con il primo motivo parte ricorrente si duole dell'applicazione della nuova disciplina contenuta nel D.A. n. 20/2024 in quanto riferibile anche al mantenimento dell'accreditamento delle strutture già operanti nel perimetro del servizio sanitario nazionale/regionale, e non solo – come previsto dalla normativa nazionale cui si dà attuazione – per le nuove strutture e/o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti.
Deve anche osservarsi che tale doglianza, sulla presunta illegittima applicazione retroattiva della disciplina da parte dell'Assessorato, presenta un carattere assorbente rispetto a tutte le altre, in quanto l'eventuale accoglimento di tale censura comporterebbe l'inapplicabilità, in radice, della stessa disciplina a tutte le strutture già inserite nel sistema dell'accreditamento.
Ciò premesso, tale motivo non è fondato per le ragioni appresso precisate.
A tal fine, si rende necessario ricostruire, seppure sinteticamente, il seguente quadro normativo e attuativo che disciplina tale ambito del settore sanitario.
Com'è noto, il complesso sistema di autorizzazione, accreditamento e contrattualizzazione delle strutture sanitarie rinviene principalmente la propria disciplina, a livello statale, nel d. lgs. n. 502/1992, come modificato dal d. lgs. n. 229/1999; nonché, nell'art. 32, co. 8, della l. n. 449/1997.
Il d. lgs. n. 502/1992, pur affermando la libertà di scelta riservata all'utente del Servizio sanitario, quale prevista dall'art. 8 bis dello stesso decreto, al fine di tutelare il diritto fondamentale alla salute sancito dall'art. 32 Cost., ha disciplinato l'erogazione delle prestazioni sanitarie da parte dei privati in un contesto di principi e regole caratterizzate da poteri di programmazione, controllo e monitoraggio di tali attività – e della sussistenza dei requisiti di qualità prescritti – in quanto funzionali alla tutela della salute e in una logica di contenimento della spesa pubblica (v. art. 32, co. 8, l. n. 449/1997).
Come rilevato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 9 maggio 2022, n. 113, la disciplina contenuta nel d. lgs. n. 502/1992, superando l'assetto delineato dalla l. n. 833/1978 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), ha prefigurato una coesistenza tra le prestazioni offerte da strutture pubbliche e private munite dell'accreditamento istituzionale.
L'accreditamento, collocato all'interno della funzione programmatoria dell'amministrazione pubblica, stabilisce un collegamento funzionale e organizzativo tra i soggetti erogatori del pubblico servizio e le istituzioni pubbliche, attraverso il quale vengono quantificate le prestazioni erogabili.
Queste ultime – e, in particolare, la quantità e la qualità delle stesse - dipendono da valutazioni programmatiche ed organizzative dell'amministrazione titolare del servizio da erogare; sicché, il provvedimento di accreditamento costituisce il risultato di una complessa e articolata valutazione finalizzata a verificare l'efficienza e la qualità tecnica in capo all'operatore privato, il quale deve essere in possesso di adeguati requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi.
Dunque, attraverso l'istituto dell'accreditamento istituzionale, specificamente disciplinato dall'art. 8 quater del d. lgs. n. 502/1992, le Regioni verificano preventivamente la capacità

della struttura, con riferimento anche alla complessità organizzativa e funzionale, alla competenza e all'esperienza del personale, alle dotazioni tecnologiche necessarie: in altri termini – in una condivisibile logica di tutela dell'utenza – verificano che le strutture, le quali presentano l'istanza per entrare in questo peculiare settore, risultino funzionali agli indirizzi di programmazione regionale, e superino positivamente la verifica di funzionalità dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

È all'interno di tale quadro normativo che è intervenuta la legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021), le cui modifiche agli articoli 8 quater e 8 quinquies del d. lgs. n. 502/1992 si pongono quale risultato anche delle segnalazioni pervenute dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (v., sul punto, la relazione dell'Assessorato datata 8 aprile 2024, depositata in data 30 aprile).

Il Capo V (Concorrenza e tutela della salute) si apre con l'articolo 15 – rubricato "Revisione e trasparenza dell'accreditamento e del convenzionamento delle strutture private nonché monitoraggio e valutazione degli erogatori privati convenzionati" – di riforma dell'iter per l'accreditamento e la contrattualizzazione delle strutture private.

Quanto all'art. 8 quater (Accreditamento istituzionale) del d. lgs. n. 502/1992, l'art. 15, co. 1, lett. a), della l. 5 agosto 2022, n. 118, ne ha modificato il comma 7, il quale – mentre nella versione antecedente prevedeva la possibilità di un accreditamento concesso in via provvisoria per il tempo necessario alla "verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati" - con la modifica legislativa stabilisce che "Nel caso di richiesta di accreditamento da parte di nuove strutture o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti, l'accreditamento può essere concesso in base alla qualità e ai volumi dei servizi da erogare, nonché sulla base dei risultati dell'attività eventualmente già svolta, tenuto altresì conto degli obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie e degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza, le cui modalità sono definite con decreto del Ministro della salute, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131".

In sostanza, la nuova versione della norma non contempla più l'accreditamento provvisorio, e prevede criteri più stringenti strettamente connessi alla programmazione regionale.

Per quanto attiene all'art. 8 quinquies (Accordi contrattuali) del d. lgs. n. 502/1992, l'art. 15, co. 1, lett. b), della l. n. 118/2022 ha inserito il comma 1 bis, secondo cui "I soggetti privati di cui al comma 1 (id est: i soggetti con cui stipulare gli accordi) sono individuati, ai fini della stipula degli accordi contrattuali, mediante procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare. La selezione di tali soggetti deve essere effettuata periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria regionale e sulla base di verifiche delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta; a tali fini si tiene conto altresì dell'effettiva alimentazione in maniera continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico (FSE) ai sensi dell'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, secondo le modalità definite ai sensi del comma 7 del medesimo articolo 12, nonché degli esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate, le cui modalità sono definite con il decreto di cui all'articolo 8-quater, comma 7".

Il Decreto del Ministro della Salute 19 dicembre 2022, non censurato, in attuazione della citata disposizione ha dettato le modalità di valutazione in termini di qualità, sicurezza e appropriatezza delle attività erogate, da applicarsi, in caso di richiesta di accreditamento di nuove strutture pubbliche e private o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti (art. 2) e per la selezione dei soggetti privati ai fini della stipula degli accordi contrattuali (art. 3): le relative valutazioni saranno effettuate, tra l'altro, sulla base di elementi definiti dall'allegato A (art. 2 – rilascio di nuovi accreditamenti) e dall'allegato B (art. 3 – stipula accordi contrattuali).

Sulla base di questa complessa disciplina, a livello regionale l'Assessorato della Salute ha adottato (tra l'altro) il D.A. n. 20/2024, contestato dalla parte ricorrente sotto vari profili, sia per quanto attiene all'applicazione anche alle strutture già accreditate e contrattualizzate; sia per diversi aspetti della disciplina di dettaglio.

Deve in primo luogo precisarsi che il tenore letterale del comma 7 dell'art. 8 quater, come modificato dall'art. 15 – e del quale l'art. 1 del D.M. è riproduttivo – costituisce un elemento del tutto neutro, in quanto:

- anche la precedente versione della norma nazionale dispone(va) che "Nel caso di richiesta di accreditamento da parte di nuove strutture o per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti, l'accreditamento può essere concesso, in via provvisoria, per il tempo necessario alla verifica del volume di attività svolto e della qualità dei suoi risultati. L'eventuale verifica negativa comporta la sospensione automatica dell'accreditamento temporaneamente concesso";
- le modifiche nel corso degli anni ai requisiti di accreditamento sono state estese dalla Regione a tutte le strutture già accreditate, con la previsione di un regime transitorio al fine di consentire alle stesse una finestra temporale di adeguamento ai nuovi standard.

Ciò precisato in ordine al tenore letterale della norma, deve quindi rilevarsi – quanto all'asserita illegittima retroattività del D.A. rispetto alle strutture già accreditate – che, come osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, una norma è retroattiva "…a) se introduce, sulla base di una nuova qualificazione di fatti e rapporti già assoggettati all'imperio di una legge precedente, una disciplina degli effetti già esauriti alla vigenza della legge precedente ovvero b) se introduce una nuova disciplina degli effetti di un rapporto sorto in precedenza senza distinguere tra effetti che si siano verificati anteriormente o posteriormente alla sua entrata in vigore; non è retroattiva, invece, se disciplina status, situazioni soggettive e rapporti che, pur costituendo lato sensu gli effetti di un pregresso fatto generatore (e, per questo, previsti e considerati nel quadro di una diversa normazione), siano ontologicamente e funzionalmente (e, quindi, indipendentemente dal loro collegamento con il fatto generatore) distinti e, per questo, suscettibili di una nuova regolamentazione mediante l'esercizio di poteri e facoltà non consumati sotto la vecchia disciplina (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 29 gennaio 2021, n. 2142; sez. lav., 5 aprile 2022, n. 11012).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, le prime due sono ipotesi di retroattività c.d. propria, l'ultima di retroattività c.d.

impropria, in quanto la successiva disposizione, pur disponendo per il futuro, incide sullo stato dei rapporti giuridici che sono sorti in ragione di fatti generatori anteriori alla sua entrata in vigore…" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 agosto 2022, n. 9).

Ad avviso del Collegio il D.A. n. 20/2024 rientra in tale ultima ipotesi.

Convince, sul punto, la difesa erariale nella parte in cui esclude che si possa configurare una sorta di doppio binario tra vecchie e nuove strutture/attività sul piano dell'accreditamento e della contrattualizzazione; e come sia piuttosto necessario preservare, a regime, un sistema coerente e unitario di offerta di prestazioni a remunerazione pubblica proprio in ossequio alla logica di derivazione eurounitaria ispirata ai principi della concorrenza (seppure "amministrata") e del miglioramento dei risultati complessivi del sistema, quale enucleabile anche dalla novella legislativa di cui alla l. n. 118/2022.

L'obiettivo legittimamente perseguito dall'Assessorato regionale è, dunque, quello di porre in una posizione di parità tutte le strutture operanti nel perimetro del servizio sanitario nazionale/regionale, le quali devono necessariamente operare secondo i medesimi standard di qualità, venendo del resto in rilievo un sistema in cui tutte le strutture sono soggette a periodiche verifiche sulla permanenza dei requisiti per l'accreditamento; circostanza che implica che tutte le strutture operanti nella stessa branca siano poste sullo stesso piano, seppure con la previsione di una graduale attuazione con una fase transitoria biennale per gli adeguamenti in favore delle strutture/attività preesistenti.

Osserva d'altro canto il Collegio che, a seguire fino in fondo la prospettazione di parte ricorrente, l'auspicata cristallizzazione della posizione delle strutture storicamente accreditate finirebbe per danneggiarle piuttosto che giovare, in quanto – una volta avviate le procedure di selezione "eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare" – le strutture già accreditate si troverebbero a competere con le nuove strutture accreditate in possesso di standard obiettivamente più elevati.

Deve ulteriormente osservarsi che – contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, le quali assumono di essere titolari di un "diritto legittimo" – non è identificabile in capo alle strutture già accreditate e contrattualizzate una posizione tutelata (e tutelabile) alla conservazione inalterata della situazione soggettiva, in quanto:

- è granitico l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il rapporto di accreditamento implica una valutazione discrezionale, oltre che tecnica (sul possesso di determinati requisiti), che impedisce il consolidarsi di posizioni sostanziali, tali da configurarsi quali legittimo affidamento nella intangibilità della stessa posizione; e, piuttosto, dall'evoluzione della normativa di settore quale sopra delineata, si desume il contrario, in quanto le strutture sono destinatarie di costanti monitoraggi e verifiche di qualità nell'ottica competitiva e della delimitazione temporale sia dell'accreditamento che del contratto e della competitività tra gli operatori;
- quanto poi alla natura di detto atto di accreditamento, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato viene in rilievo un provvedimento abilitativo-concessorio, che si colloca a metà strada tra la concessione di servizio pubblico e l'abilitazione tecnica idoneativa (v. Corte Cost. n. 113/ 2022 cit.; Consiglio di Stato, Sez. III, 18 ottobre 2021, n. 6954, 30 aprile 2020, n. 2773; 3 febbraio 2020, n. 824; 27 febbraio 2018, n. 1206);
- l'accreditamento istituzionale, come accennato, ha durata limitata nel tempo, come chiaramente previsto anche dall'art. 2 del D.M. 19 dicembre 2022, coerentemente con l'obiettivo di sviluppo dell'intero sistema e di monitoraggio della sua concreta applicazione; sicché, non è più ipotizzabile il mero reiterato rinnovo dell'accreditamento, nella rinnovata logica della verifica periodica e trasparente della maggiore efficienza e qualità di soggetti aspiranti (ancor prima della novella legislativa, v. Consiglio di Stato, Sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1043, richiamata da T.A.R. Campania, Sez. I, 8 maggio 2023, n. 2806);
- i commi 2 e 3 dell'art. 5 (Disposizioni finali) del D.M. confermano infine, sia pur indirettamente, l'assoggettamento anche delle strutture già esistenti alla nuova disciplina, escludendo quindi la loro cristallizzazione al momento dell'originario accreditamento, stabilendo che:
- le regioni adeguano il proprio sistema, definendo "indicatori che tengano conto del contesto del proprio territorio e delle tipologie di strutture presenti" (art. 5, co. 2);
- "3. Nelle more dell'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo, continuano ad applicarsi i precedenti criteri ai fini dell'accreditamento e per la stipula degli accordi contrattuali con le strutture private accreditate. Gli accordi contrattuali stipulati prima dell'adeguamento degli ordinamenti regionali ai sensi del comma 1 restano efficaci fino alla scadenza contrattualmente stabilita" (cfr. art. 5, co. 3).

La stessa selezione di cui al nuovo comma 1 bis dell'art. 8 quinquies del d. lgs. n. 502/1992, come modificato, dovrà essere periodicamente rinnovata, tenendo conto, da un lato, della programmazione sanitaria e degli esiti delle verifiche delle attività già espletate; dall'altro lato, della effettiva alimentazione in maniera continuativa e tempestiva del fascicolo sanitario elettronico (FSE) ai sensi dell'art. 12 del d.l. n. 179/2012 (conv. dalla l. n. 221/2012): parametro legislativo, quest'ultimo, evidentemente funzionale a garantire il raggiungimento di uno degli obiettivi prefissati dalla Missione 6 Salute del PNRR, rafforzato dall'introduzione – con lo stesso art. 15 della legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) – del comma 4 bis nell'art. 8 octies del d. lgs. n. 502/1992, secondo cui la mancata implementazione del FSE costituisce grave inadempimento degli obblighi assunti con la stipula degli accordi.

Ad avviso del Collegio, non rileva sul piano giuridico che posizioni, quali quelle dei soggetti già accreditati e contrattualizzati, si siano protratte nel tempo con una certa stabilità anche nell'assegnazione dei budget (nota la questione della cd. spesa storica), in quanto tale posizione – soprattutto alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni – non può ritenersi una posizione adeguatamente consolidata, e come tale tutelabile, solo per essersi protratta per un tempo ragionevolmente lungo.

Né può ritenersi che le strutture private non fossero consapevoli dei rilevanti mutamenti nel complessivo assetto ordinamentale, preannunciati da copiosa giurisprudenza amministrativa sull'illegittimità del mero criterio storico (il criterio fondato sui precedenti fatturati). Deve, peraltro, osservarsi che uno degli obiettivi legati al PNRR è quello di una riforma legata ad un rinnovato assetto istituzionale e organizzativo, che consenta di conseguire standard qualitativi di cura adeguati: il

raggiungimento di tale obiettivo è possibile solo in presenza di un sistema di strutture sanitarie che si muovono unitariamente all'interno di un sistema coerente nel suo complesso, e rispetto agli obiettivi del legislatore nazionale.

Va infine rilevato, rispetto a tale complesso obiettivo, che l'entrata in vigore dei nuovi requisiti è stata temporalmente modulata, in quanto, come si evince dall'art. 8, punto 6, del D.A. impugnato, i nuovi codici si applicano dal 1° gennaio 2025 – e per i dodici mesi successivi – solo per i casi di accreditamento da parte di nuove strutture pubbliche o private, e per l'avvio di nuove attività in strutture preesistenti; successivamente – quindi, a partire dal 1° gennaio 2026 – a tutte le strutture pubbliche e private anche ai fini del rinnovo dell'accreditamento e delle verifiche per il mantenimento dell'autorizzazione (v. relazione dell'Assessorato datata 8 aprile 2024 cit.).

Il primo assorbente motivo, in quanto infondato, deve pertanto essere respinto.

C.2. – Il secondo, il terzo e il quarto motivo – i quali per ragioni di ordine logico possono essere esaminati congiuntamente – sono infondati.

Con il secondo motivo le ricorrenti si dolgono della contraddittorietà tra gli articoli 2 e 3 del D.A. n. 20/2024, che impedirebbe di stabilire quali siano le categorie e, soprattutto, a quali strutture si applichi il decreto.

Assumono, inoltre, come illogica e contraddittoria, negli articoli da 4 a 7, la disciplina sull'individuazione dei requisiti e il rinvio agli allegati, con riferimento alle due maxi categorie "Aziende monopresidio" e "Aziende multipresidio".

Con il terzo e il quarto motivo deducono il difetto di motivazione e la violazione del principio di proporzionalità.

La prospettazione nel suo complesso non convince.

Deve preliminarmente darsi atto – come fondatamente eccepito dalla difesa erariale – che il D.A. n. 20/2024 ricalca in moltissimi punti il D.A. n. 436/2021, non impugnato, innovando il contenuto di tale ultimo atto solo per taluni aspetti: pertanto, la maggior parte dei profili di censura si presenta finanche inammissibile, sia per la mancata contestazione del D.A. n. 436/2021, di cui in moltissime parti il Decreto censurato è meramente riproduttivo; sia, per carenza di un interesse concreto e attuale, in quanto solo genericamente prospettato dalle ricorrenti.

Le predette, invero, non chiariscono in alcun punto sotto quale profilo tale distinzione inciderebbe su ciascuna delle rispettive posizioni e, quindi, quale interesse concreto e attuale sorregga tale profilo di censura.

La debolezza e la genericità della prospettazione è del resto disvelata dalla duplice circostanza, per cui: a) la stessa impostazione è stata utilizzata nella redazione del D.A. n. 436/2021, come è agevole evincere dal raffronto di tale decreto con il D.A. n. 20/2024 e dalla sovrapponibilità della maggior parte delle definizioni – identiche nei due decreti – e del campo di applicazione; b) le stesse ricorrenti non hanno difficoltà ad incardinarsi nella tipologia delle strutture sanitarie ambulatoriali specialistiche, indicate dall'Assessorato quali aziende monopresidio (v. relazione del Dipartimento regionale, del 2 maggio 2024, depositata il 7 maggio).

Con particolare riguardo al secondo motivo, è a tal fine sufficiente raffrontare il contenuto dell'art. 2 del D.A. n. 20/2024 con il contenuto dell'art. 3 del D.A. n. 436/2021 (in atti), dal quale si evince – fatta eccezione per le nuove definizioni di Azienda Multipresidio e Azienda Monopresidio – la totale sovrapponibilità di tutte le altre definizioni.

La stessa pressoché totale sovrapponibilità si riscontra anche per quanto attiene all'Ambito di applicazione, in base al raffronto tra l'art. 3 del D.A. n. 20/2024 e l'art. 2 del D.A. n. 436/2021.

Osserva in particolare il Collegio che:

- la maggior parte degli elementi indicati nella tabella esplicativa in seno al ricorso sono del tutto sovrapponibili a quelli oggetto del D.A. n. 436/2021;
- in taluni casi – come diffusamente relazionato dall'Assessorato – non vi è alcuna sostanziale modifica rispetto a quanto previsto dal D.A. n. 436/2021, se non l'introduzione di una "evidenza", o di un sub codice, che nulla aggiunge all'adempimento da effettuare già in base al citato D.A. n. 436/2021 (v., per esempio: 1A.06.02.01, sub codice 09), adozione del Piano aziendale per la gestione del rischio; 1A.06.02.04, corrispondente al sub codice 04 della stessa evidenza di cui al D.A. n. 436/2021, sulla dotazione di un Sistema per la gestione del rischio clinico, come indicato nella relazione del 2 maggio 2024);
- in altri casi, si tratta di evidenze riferite ad adempimenti normativi cogenti, quali: a) l'alimentazione del Fascicolo Sanitario Elettronico introdotto dall'art. 12 del d.l. n. 179/2012, il cui mancato rispetto, come già chiarito, costituisce ex lege grave inadempimento degli obblighi contrattuali (v. art. 8 octies, co. 4 bis, del d. lgs. n. 502/1992); b) la normativa nazionale sul rispetto dei termini per il rilascio della documentazione clinica agli aventi diritto, di cui alla l. n. 24/2017 (v., 2A.02.05.01, sub codici 05) e 06), come esplicato nella relazione del Dipartimento del 2 maggio 2024 cit.);
- in altri casi ancora, le innovazioni derivano dal puntuale recepimento del D.M. 19 dicembre 2022 (2A.06.02.01 "L'Organizzazione è dotata di un Sistema per la gestione del rischio clinico").

Rispetto a tali evidenze, la prospettazione di parte ricorrente si muove ancora una volta su un piano astratto e, come tale, inammissibile, in quanto non chiarisce in alcun punto sotto quale profilo tali requisiti – peraltro in larghissima parte già previsti dal D.A. n. 436/2021 – inciderebbero sulla posizione di ciascuna delle ricorrenti.

Il riferimento, generico, alla presunta "manifesta sproporzionalità" dei criteri ai quali le strutture dovrebbero adeguarsi viene ribadito nella memoria depositata il 21 giugno 2024, nella quale – facendo riferimento all'istruttoria disposta dalla Sezione – la difesa delle ricorrenti, mutando parzialmente prospettazione, evidenzia, in sintesi, che il D.A. n. 436/2021 non sarebbe applicativo del nuovo D.M.; elemento, questo, obiettivamente neutro rispetto ai profili di doglianza come complessivamente esposti.

Osserva sul punto il Collegio che:

- la prospettazione del ricorso, supportata da apposita tabella esemplificativa, è che l'impianto complessivo del D.A. n. 20/2024 abbia formalmente e sostanzialmente stravolto il precedente assetto, costringendo potenzialmente le strutture ricorrenti ad apportare numerose modifiche e adempimenti eccessivamente onerosi anche economicamente e, come tali, anche sproporzionati;
- tale prospettazione è efficacemente smentita sia dall'Assessorato nella su citata relazione del 2 maggio 2024; sia, dal mero raffronto tra i due atti generali con riferimento a ciascun codice e sub codice;
- il D.A. n. 20/2024 del resto sostituisce dichiaratamente il D.A. n. 436/2021, come previsto dall'art. 8, co. 5, prima parte, dello stesso D.A. n. 20/2024, ponendosi pertanto in una linea di assoluta continuità.

Da quanto finora esposto e rilevato, consegue l'infondatezza anche della dedotta violazione del principio di proporzionalità, in quanto basato su un asserito stravolgimento del complesso dei requisiti, smentito per tabulas dagli atti.

Per quanto attiene, poi, alla figura del direttore tecnico vicario (codice 1A.01.03.02, sub codice 06) – sul quale si sofferma la difesa delle ricorrenti – osserva il Collegio che tale prescrizione, che impone l'individuazione del vicario, è stata introdotta soprattutto con riguardo alle strutture multipresidio (cui le ricorrenti non appartengono), nei casi in cui lo stesso direttore svolga l'attività su più sedi.

Va, infatti, rammentato che, in base all'art. 4, co. 2, ult. parte, della l. n. 412/1991, le istituzioni sanitarie private gestite da persone fisiche e da società – che erogano prestazioni poliambulatoriali, di laboratorio generale e specialistico in materia di analisi chimico-cliniche, di diagnostica per immagini, di medicina fisica e riabilitazione, di terapia radiante ambulatoriale, di medicina nucleare "in vivo e in vitro" – devono avere un direttore sanitario o tecnico, che risponde personalmente dell'organizzazione tecnica e funzionale dei servizi e del possesso dei prescritti titoli professionali da parte del personale.

Rispetto alla previsione del direttore tecnico vicario – che rende effettiva la presenza del direttore, quale figura indispensabile, in ciascuna delle strutture dotate di una propria autorizzazione e di una propria autonomia – le ricorrenti non chiariscono, se non con un generico riferimento a tale figura vicaria, sotto quale profilo tale specificazione inciderebbe sulla loro organizzazione e sulle loro capacità.

Il profilo di doglianza, pertanto – oltre ad essere infondato, attesa la ragionevolezza della previsione – si presenta finanche inammissibile, tenuto conto sia della caratteristica di tutte le ricorrenti quali strutture monopresidio, non coinvolte (né risulta dagli atti) da tale prescrizione; sia, del possibile svolgimento di tale funzione fondamentale con il personale già presente che presta stabilmente attività assistenziale presso la sede, senza oneri aggiuntivi.

Quanto finora osservato – sulla mancanza di rilevanti modifiche e presunti stravolgimenti del complessivo assetto dei requisiti e dei criteri – depotenzia fortemente il dedotto vizio di motivazione di cui al quarto motivo.

D'altro canto – per tutto quanto già rilevato al punto C.1.) – non può condividersi la premessa di fondo da cui muovono le ricorrenti, di essere titolari di una posizione consolidata per il solo fatto che si sia protratta nel tempo, in quanto tale prospettazione è sconfessata sia dalla stessa normativa nazionale di cui il D.M. 19 dicembre 2022 e il D.A. n. 20/2024 costituiscono applicazione, nata sotto la spinta dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato sull'introduzione di meccanismi competitivi; sia, dall'insussistenza in concreto di una modifica della maggior parte dei criteri in senso peggiorativo.

Con riguardo, poi, alla dedotta violazione del principio di proporzionalità – una volta chiarito che non si è avuto alcuno stravolgimento dell'assetto quale delineato precedentemente – anche la tempistica per l'applicazione della disciplina è rispettosa di tale principio, in quanto per le strutture già esistenti è stato previsto un biennio per gli adeguamenti.

I motivi secondo, terzo e quarto, pertanto, in quanto infondati devono essere respinti.

C.3. – Con il quinto motivo le ricorrenti contestano l'introduzione di uno dei requisiti per il mantenimento dell'accreditamento, indicato, per quanto di loro specifico interesse, nel criterio 3 (Aspetti strutturali) dell'allegato B2 (strutture non residenziali complesse monopresidio), relativo alla "Idoneità delle attrezzature", codice 2A.03.10.01 ("L'Organizzazione dispone di tecnologie adeguate"), il quale all'evidenza 01, prevede che "Le attrezzature in uso presso l'Organizzazione hanno una anzianità di esercizio non superiore a 10 anni calcolata dalla data del primo collaudo".

Parte ricorrente deduce sia il contrasto con la normativa comunitaria e con il d. lgs. n. 137/2022 sui dispositivi medici, in quanto l'unico criterio di adeguatezza degli stessi sarebbe la valutazione medica e le certificazioni del fabbricante, irrilevante quindi l'anzianità delle attrezzature; sia, il difetto di motivazione e la manifesta illogicità in quanto l'anzianità non è in grado di garantire la funzionalità del macchinario.

Ciò premesso il motivo è fondato nei sensi appresso precisati, per la ritenuta fondatezza del difetto di motivazione ed eccesso di potere per illogicità.

Anche in tal caso si rende necessario fare una breve premessa sul criterio in contestazione derivante dal D.M. 19 dicembre 2022, il quale:

- nell'Allegato A, in relazione al possesso dei requisiti per l'accreditamento, prevede la verifica ("controlli e monitoraggi") da parte della Regione della "Dotazione e vetustà delle apparecchiature";
- nell'allegato B - "Verifiche per la selezione dei soggetti privati in relazione agli accordi contrattuali" - prescrive la verifica, da parte della Regione, nello specifico ambito "QUALITÀ", della "Dotazione e vetustà delle apparecchiature, rispetto ai volumi e alla tipologia di attività da erogare, anche tenendo conto di eventuali piani di ammodernamento tecnologico e dell'implementazione delle apparecchiature coerenti con le tipologie di prestazioni da erogare".

Da tale disciplina di dettaglio – la quale non è stata censurata da parte ricorrente – si desume, quindi, quale punto fermo dell'evoluzione del sistema, l'obiettivo dell'ammodernamento tecnologico e, altresì, l'inserimento di tale elemento anche quale criterio in sede di predisposizione dell'avviso di selezione di cui all'art. 8 quinquies, co. 1 bis, del d. lgs. n. 502/1992, come modificato; e ciò, nella considerazione che le apparecchiature sanitarie sono un fattore produttivo essenziale per l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza, e che l'obsolescenza del macchinario condiziona anche il numero e la qualità delle prestazioni erogate.

L'Assessorato, pertanto, in linea di principio del tutto legittimamente ha dato esecuzione all'art. 15 della l. n. 118/2022 nel rispetto delle competenze riservate all'autonomia regionale, individuando i criteri e i requisiti necessari a innestare nel sistema sanitario regionale i nuovi principi di riforma economico-sociale dettati dalla stessa l. n. 118/2022.

Tale assetto regolamentare si pone, inoltre, in coerenza con l'obiettivo previsto dal PNRR - Missione 6: Salute, Investimento 1.1: Ammodernamento del parco tecnologico e digitale ospedaliero, secondo cui "Le infrastrutture tecnologiche e digitali ospedaliere presentano un significativo grado di obsolescenza e risultano carenti in molte strutture. Ciò rischia di compromettere la qualità delle prestazioni e l'efficienza del sistema, e può avere un effetto negativo sulla fiducia dei cittadini nel sistema sanitario".

Per tale ragione, non persuade il riferimento di parte ricorrente alla normativa sulla sicurezza dei macchinari in relazione alla durata di vita degli stessi, in quanto – fermo restando la sussistenza dei requisiti per poter immettere sul mercato e utilizzare legittimamente e in sicurezza una apparecchiatura,

con i relativi obblighi di manutenzione finalizzati al mantenimento del livello di prestazioni iniziali – la prescrizione contestata attiene ad un obiettivo di miglioramento degli standard di qualità del servizio reso, in una logica pro concorrenziale e di migliore tutela della salute di coloro che si rivolgono al servizio sanitario nazionale/regionale.

Ciò premesso, osserva a questo punto il Collegio che – a fronte del significativo obiettivo indicato dal D.M. e dal PNRR, di monitorare e implementare tale aspetto relativo alle apparecchiature sanitarie – l'Assessorato ha effettuato la scelta di introdurre uno standard temporale costruito come requisito fisso, applicabile indistintamente a qualsiasi attrezzatura (sia essa a bassa, media, alta tecnologia), indipendentemente dal monitoraggio sulle caratteristiche delle apparecchiature e dalla concreta utilizzazione dei macchinari in un determinato periodo temporale; nonché, indipendentemente dalla valutazione tecnica sull'obsolescenza di ciascuna attrezzatura in relazione all'utilizzo cui è destinata all'interno della struttura, e alla branca di riferimento.

Orbene, deve innanzitutto osservarsi che è lo stesso D.M. 19 dicembre 2022 – il quale ben può costituire parametro di legittimità di atti amministrativi attuativi adottati dalla Regione – a fornire una pluralità di indicatori, in quanto dispone che, in sede di verifiche di qualità per la selezione dei soggetti privati per la stipula degli accordi contrattuali, la valutazione della dotazione e della vetustà delle apparecchiature venga effettuata rispetto "ai volumi e alla tipologia di attività da erogare, anche tenendo conto di eventuali piani di ammodernamento tecnologico e dell'implementazione delle apparecchiature coerenti con le tipologie di prestazioni da erogare" (Allegato B sopra riportato).

Risulta, inoltre, dalla stessa documentazione versata in atti dall'Assessorato (v. rapporto 2017 sulla rilevazione delle apparecchiature sanitarie in Italia) che:

- l'anzianità delle apparecchiature, riferita alla "data di primo collaudo", costituisce solo uno – per quanto importante – degli indicatori applicabili;
- in base alla rilevazione dei dati in alcune esperienze regionali, risulta indicativo e significativo un eventuale upgrade eseguito sulle apparecchiature, quale intervento teso a riqualificare il macchinario anche per quanto attiene al valore e alle potenzialità diagnostiche (v. punto 4.6 del Rapporto);
- uno dei dati utili al fine di accertare l'obsolescenza di un macchinario è anche il tempo di utilizzo dello stesso all'interno della struttura, con riferimento al numero di esami effettuati in un determinato range temporale;
- per quanto attiene al monitoraggio e al profilo della obsolescenza, la media calcolata (di obsolescenza) talvolta prende in esame la data del primo collaudo e non tiene conto di eventuali successivi aggiornamenti (v. punto 4.2.2. del Rapporto 2017);
- la valutazione relativa all'anzianità, in rapporto ad apparecchiature della stessa tipologia o classe di appartenenza, dovrebbe accompagnarsi alla valutazione dell'efficacia, cioè della capacità dell'apparecchiatura in concreto a rendere le prestazioni cui è destinata, in relazione ai sistemi disponibili allo stato dell'arte e analoghi per caratteristiche (punto 4.4. del Rapporto).

Inoltre, come si evince dal PNRR, sul quale l'Assessorato ha in parte basato la propria difesa sul punto:

- per le strutture pubbliche si fa specifico riferimento alle "grandi apparecchiature ad alto contenuto tecnologico (TAC, risonanze magnetiche, Acceleratori Lineari, Sistema Radiologico Fisso, Angiografi, Gamma Camera, Gamma Camera/TAC, Mammografi, Ecotomografi)", in ordine alle quali l'investimento prevede l'ammodernamento digitale del parco tecnologico ospedaliero, tramite l'acquisto di 3.133 nuove grandi apparecchiature di tale tipologia, caratterizzate da una vetustà maggiore di 5 anni (v. PNRR in atti);
- prendendo spunto dalla discussione in udienza – durante la quale le parti hanno fatto riferimento ad una nota ministeriale che consente la riallocazione delle apparecchiature – deve osservarsi che, sebbene la nota del Ministero della Salute del 15 novembre 2023 (prodotta nell'analogo ricorso R.G. n. 410/2024, trattato dal Collegio alla stessa udienza) attenga alla specifica tipologia di attrezzature ad alto contenuto tecnologico con una vetustà maggiore di 5 anni – è altrettanto vero che il Ministero, anche al fine di dare un ulteriore contributo all'abbattimento delle liste d'attesa, ha ammesso a determinate condizioni la riallocazione di tali attrezzature.

Pertanto – ferma restando la necessità di conoscere la vetustà delle apparecchiature e di attuare un più stringente monitoraggio e controllo sulle stesse, nell'ottica dell'ammodernamento e dell'implementazione tecnologica – il PNRR fa un riferimento specifico, quanto alla vetustà, alle grandi apparecchiature ad alto contenuto tecnologico; per contro, non risultano ulteriori dati e/o indicazioni, in relazione alla molteplicità delle tipologie di macchinari, su limiti temporali generali predeterminabili a priori.

Deve ulteriormente osservarsi che, in altro punto dell'Allegato B2 al D.A., criterio 7 "Processi di miglioramento ed innovazione", "Gestione e manutenzione delle attrezzature" - Codice 2A.07.02.01 - Subcodici evidenza 01, 02, 03 – si prescrive una procedura che definisce le modalità di programmazione degli acquisti, e che tiene conto dell'obsolescenza e della eventuale disponibilità di nuove tecnologie per il miglioramento dell'assistenza sanitaria, attraverso il processo di valutazione HTA.

Il riferimento è alla "Health Technology Assessment – HTA, che – come può evincersi dalla consultazione del sito del Ministero della Salute – è un processo multidisciplinare che sintetizza le informazioni sulle questioni cliniche, economiche, sociali ed etiche connesse all'uso di una tecnologia sanitaria, in modo sistematico, trasparente e imparziale: tale valutazione può prendere in considerazione diversi aspetti, sia clinici (problema di salute e uso attuale della tecnologia, caratteristiche tecniche, sicurezza, efficacia clinica) sia non clinici (costi ed efficacia economica, analisi etica, aspetti organizzativi, aspetti sociali, aspetti legali).

L'indicazione di una siffatta procedura di valutazione complessa dei fattori incidenti sul grado di efficienza e sulla utilizzabilità di una tecnologia sanitaria dimostra come vengano al riguardo in rilevo elementi valutativi ben più ampi e articolati del mero dato cronologico del lasso di tempo trascorso dal collaudo dell'apparecchiatura.

Osserva conclusivamente il Collegio che il requisito per il mantenimento dell'accreditamento, di cui al criterio 3), codice 2A.03.10.01, evidenza 01, così come delineato non resiste alle censure di eccesso di potere per difetto di motivazione e illogicità, in quanto strutturato con un termine fisso e invariabile (10 anni dalla data del primo collaudo), decorso il quale le strutture private devono dismettere le apparecchiature in uso indipendentemente da una verifica in concreto delle diverse caratteristiche delle apparecchiature, e della funzionalità delle stesse.

Pertanto, il D.A. n. 20/2024 deve in tale parte essere annullato. Venendo in rilievo un annullamento (anche) per difetto di motivazione, l'Assessorato in sede di riesercizio del potere discrezionale provvederà a rimodulare tale prescrizione, tenuto conto dell'obbligo della Regione di adeguare la propria disciplina al rinnovato quadro normativo nazionale e alle disposizioni contenute nel D.M. 19 dicembre 2022, il quale, come già osservato:

- in sede di verifica per gli accreditamenti, prevede il controllo e il monitoraggio della dotazione e vetustà delle apparecchiature (Allegato A, Ambito "Qualità"):

– per quanto attiene alle verifiche finalizzate alla selezione dei soggetti privati per la stipula degli accordi contrattuali, contiene precise e utili indicazioni sulla verifica della "Dotazione e vetustà delle apparecchiature", in relazione "ai volumi e alla tipologia di attività da erogare, anche tenendo conto di eventuali piani di ammodernamento tecnologico e dell'implementazione delle apparecchiature coerenti con le tipologie di prestazioni da erogare" (Allegato B, Ambito "Qualità").

D. – Conclusivamente, il ricorso, in quanto fondato nei limiti e nei sensi sopra precisati, deve essere accolto nei suddetti limiti e, per l'effetto, va annullato il D.A. n. 20/2024 nella sola parte relativa al criterio che prevede che "Le attrezzature in uso presso l'Organizzazione hanno una anzianità di esercizio non superiore a 10 anni calcolata dalla data del primo collaudo"; salvi, sul punto, gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione regionale è tenuta ad adottare per dare completa attuazione alla disciplina nazionale discendente dalla legge 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021) e dal Decreto del Ministro della Salute 19 dicembre 2022 di attuazione.

E. – Tenuto conto dell'accoglimento solo per tale profilo, nonché della novità della questione, sussistono i presupposti per compensare tra le parti le spese di giudizio.

Applied behavior analysis (ABA): natura giuridica e personalizzazione del trattamento

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione V, 4 novembre 2024, n. 5910, Pres. Abbruzzese, Est. Di Vita

Il metodo ABA (analisi comportamentale applicata) rientra tra le prestazioni socio - sanitarie ad elevata integrazione sanitaria, ricomprese nei livelli essenziali di assistenza (Lea), ossia tra le prestazioni che devono essere assicurate dal sistema sanitario pubblico ai sensi degli articoli 1, comma 7, e 3-septies, commi 4 e 5, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 nonché del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 gennaio 2017 (definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza).

Fatto

I ricorrenti, genitori di un minore (nato nel mese di novembre del 2005) affetto da disturbo dello spettro autistico con livello di gravità 3, impugnano gli atti indicati in epigrafe con i quali è stato disciplinato il percorso diagnostico terapeutico assistenziale (PDTA) per la presa in carico globale integrata dei soggetti con disturbi dello spettro autistico in età evolutiva ai sensi della delibera G.R. n. 131/2021 - alla quale l'A.S.L. Caserta ha dato esecuzione con la delibera n. 40/2022 parimenti impugnata - ed è stato riconosciuto al minore un trattamento ABA che prevede n. 10 ore settimanali, a fronte delle n. 15 ore precedentemente erogate.
Deducono eccesso di potere, sviamento, violazione dell'art. 117 della Costituzione, violazione di legge sotto distinti profili, difetto di motivazione, carenza di istruttoria ed articolano le argomentazioni di seguito compendiate:
- sarebbe illegittima la delibera di G.R. n. 131/2021 in ordine alla predeterminazione del numero di ore settimanali di terapia ABA erogabili a carico del S.S.N., nella misura in cui essa è parametrata al mero dato anagrafico degli aventi diritto, indipendentemente dalle specifiche condizioni patologiche del paziente;
- la delibera A.S.L. n. 40/2022 attuativa della delibera regionale sarebbe illegittima in quanto prevede che gli operatori sanitari che erogano il trattamento ABA debbano essere in possesso dell'accreditamento istituzionale ex D.Lgs. n. 502/1992, sebbene il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 2129/2022 abbia escluso tale presupposto e, in ogni caso, tale atto sarebbe stato poi superato dalla successiva delibera A.S.L. n. 638/2022 che si è allineata all'indirizzo giurisprudenziale di secondo grado; inoltre sarebbe irragionevole la creazione di un doppio binario per l'ABA ripartito tra prestazioni a prevalenza sociale a carico dei Comuni e a prevalenza sanitaria a carico del S.S.R.;
- il piano terapeutico impugnato sarebbe illegittimo in quanto recherebbe un numero insufficiente di ore di terapia, non rispetterebbe lo standard minimo di ore settimanali di terapia ABA che, secondo gli istanti, dovrebbe essere parametrato a 26 ore settimanali come previsto dalla delibera n. 131 (pag. 14) e, inoltre, non recherebbe adeguata motivazione sulle ragioni della decurtazione del numero di ore precedentemente erogate tenuto anche conto del livello di gravità severo (3) della patologia del minore;
- sarebbe illegittima la durata del trattamento ABA per violazione della delibera n. 131.
Si è costituita l'A.S.L. che eccepisce l'inammissibilità del ricorso avverso la delibera n. 131/2021 di cui, in realtà, l'amministrazione non avrebbe tenuto conto nella quantificazione del monte orario di terapia ABA, non essendovi corrispondenza tra le ore in concreto assegnate al minore (10 ore) e quelle astrattamente erogabili in base all'età secondo la delibera (4 ore nella fascia anagrafica corrispondente).
La parte resistente contesta poi la genericità delle deduzioni attoree e la carenza di prova in ordine alla inappropriatezza ed insufficienza delle ore assegnate al minore. Rileva a tale proposito che il nuovo piano di trattamento terapeutico (con durata di 1 anno e non di 6 mesi come lamentato dalla parte ricorrente) è stato stilato da un'equipe multidisciplinare che ha visitato il minore nei giorni 28.3.2023, 7.4.2023 e 11.4.2023 ed ha predisposto un nuovo progetto tenendo conto delle specifiche condizioni del paziente e della fase di transizione in cui si trova, evidenziando, tra l'altro, che in precedenza il maggiore monte ore (ritenuto congruo dai ricorrenti) era stato semplicemente prorogato senza alcuna visita.
Resiste in giudizio anche la Regione Campania che chiede il rigetto del gravame.
Con decreto presidenziale n. 938 del 6.6.2023 il T.A.R. ha accolto la domanda cautelare ai fini del riesame del progetto terapeutico alla luce dei motivi di ricorso.
L'A.S.L. ha provveduto all'incombente, previa rivalutazione clinica del minore, confermando il numero di n. 10 ore di trattamento ABA per la durata di 12 mesi (cfr. documentazione depositata il 30.6.2023).
Con ordinanza collegiale n. 1099/2023 il Tribunale ha rigettato la domanda cautelare con la seguente motivazione: "ai sensi dell'art. 73 comma 3 del c.p.a., nel caso all'esame appare dubbia l'effettiva lesività della impugnata delibera di Giunta Regionale n. 131/2021, di cui evidentemente l'A.S.L. non ha tenuto conto nella determinazione del PDTA, non ravvisandosi corrispondenza tra il monte ore assegnato in concreto al minore (10 ore) e quello previsto nell'atto regionale in relazione all'età (fino ad un massimo di 4 ore settimanali per la fascia 14-17 anni e 11 mesi); Considerato, quanto alla presunta incongruità delle ore di terapia assegnate al minore in rapporto a quelle precedentemente erogate, che le censure non appaiono prima facie assistite dalla ragionevole previsione di accoglimento, attesi i limiti del sindacato di questo Plesso in relazione a valutazioni tecnico – discrezionali dell'amministrazione, risultando esplicitate le ragioni della modifica del trattamento, peraltro attuato nel quadro di un processo di transizione, data l'età del minore (classe 2005); a tale ultimo proposito, giova infatti rilevare che, secondo quanto riportato nella delibera regionale n. 131/2021 e non contestato in parte qua, con l'aumentare dell'età del minore, l'incremento dell'intensità dell'intervento terapeutico non

determina un corrispondente miglioramento nell'outcome raggiunto".
Con ordinanza n. 3802 del 15.9.2023 il Consiglio di Stato, in riforma del provvedimento incidentale di primo grado, ha concesso la tutela cautelare con la seguente motivazione: "… la delicatezza della vicenda contenziosa, connotata da specifici e peculiari aspetti legati anche all'età del destinatario delle cure e alla gravità della patologia di cui soffre, richiede un suo approfondimento nella sede di merito, alla luce della giurisprudenza di primo e secondo grado formatasi nelle more in materia, anche sulla base dell'orientamento espresso dalla Sezione, secondo cui il trattamento ABA per le patologie autistiche rientra tra i livelli essenziali di assistenza (LEA) a norma dell'articolo 60 del d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e delle conseguenti Linee di indirizzo dell'Istituto superiore di sanità (ISS), da ultimo approvate in Conferenza unificata in data 10 maggio 2018, in attuazione della legge 18 agosto 2015, n. 134 (cfr. Consiglio di Statto, Sezione III, 23 marzo 2022, n. 2129)".
Con motivi aggiunti tempestivamente notificati e depositati nel termine di legge parte ricorrente estende il gravame al verbale U.V.I. (Unità di Valutazione integrata) del 14.6.2023 con cui, pur confermando il livello di gravità 3 della patologia del minore (disturbo dello spettro autistico), si attribuiscono n. 10 ore di trattamento ABA settimanale.
Lamentano l'illegittimità dell'atto per mancata partecipazione del Dipartimento di Salute Mentale alla seduta dell'U.V.I., così come prevista, nella fase di transizione all'età adulta, dalla delibera n. 131 (pag. 18) e, inoltre, deducono profili di illegittimità derivata.
Si è costituito il Comune di Marcianise, in qualità di ente locale capofila dell'Ambito C05 per la gestione associata delle funzioni del settore sociale, che eccepisce la carenza di legittimazione passiva esponendo di non avere competenza in ordine all'assegnazione delle ore di terapia ABA.
Con l'ultima memoria difensiva l'A.S.L., premesso di aver ripristinato il trattamento terapeutico di 15 ore settimanali in esecuzione dell'ordinanza n. 3802/2023 del Consiglio di Stato, eccepisce l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse in quanto il piano impugnato è scaduto per decorso del termine di 12 mesi previsto dal contratto terapeutico del 28.4.2023 e dal verbale U.V.I. del 14.6.2023.
Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza dell'8.10.2024 la causa è stata introitata in decisione.

Diritto

SULLA GIURISDIZIONE.

In limine litis, benché non risulti formale eccezione in rito, va ribadito che sussiste la giurisdizione dell'adito Plesso.
La controversia va ricondotta all'art. 133, comma 1, lettera c) del c.p.a., che attribuisce all'adito Plesso la cognizione piena delle controversie relative ad una materia che, per sua stessa natura, implica un indecifrabile intreccio di diritti ed interessi legittimi tra le posizioni incise dall'espletamento delle relative potestà pubbliche, restando confermato, per radicare la giurisdizione amministrativa, il necessario limite dell'esplicazione del potere pubblicistico per mezzo dell'adozione di un provvedimento amministrativo, secondo l'originaria e fondamentale statuizione della Corte Costituzionale, con la sentenza 6 luglio 2004 n. 204 (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 7/2016, con riguardo alla questione delle ore di sostegno scolastico per alunni disabili).
Giova, sul punto, richiamare l'indirizzo espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1781/2022, secondo cui la domanda di condanna dell'A.S.L. al riconoscimento del diritto a uno specifico e individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104/2010.

SULLA ECCEZIONE DI IMPROCEDIBILITÀ PER SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE SOLLEVATA DALLA DIFESA DELL'AZIENDA SANITAIA.

Non ha pregio l'eccezione di improcedibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse sollevata dalla difesa dell'A.S.L..
Benché il piano terapeutico da ultimo approvato con verbale U.V.I. del 14.6.2023 preveda la durata di 12 mesi, non risultando adottato un nuovo piano terapeutico alla relativa scadenza, va privilegiata una interpretazione teleologica ispirata alla tutela del minore e al principio di continuità terapeutica, in forza del quale occorre assicurare al paziente in età evolutiva affetto da autismo con livello di gravità 3 un'assistenza sanitaria coordinata e senza interruzioni, fino a nuova determinazione dell'Azienda Sanitaria. Si aggiunga che tale esegesi trova conforto anche nella delibera di Giunta Regionale n. 131/2021 che, in riferimento alla fascia d'età del minore, prevede una durata massima di 18 mesi con specifico obbligo per l'amministrazione sanitaria di avviare la successiva fase di transizione.

SULLA CARENZA DI LEGITTIMAZIONE PASSIVA DEL COMUNE DI MARCIANISE.

Sempre in via preliminare va accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del Comune di Marcianise, evocato in giudizio con i motivi aggiunti in qualità di ente capofila dell'Ambito C05 per la gestione associata delle funzioni del settore sociale.
Ed invero, dall'esame del ricorso e dei motivi aggiunti emerge chiaramente che le ragioni del contendere afferiscono alla presunta illegittima quantificazione delle ore di terapia ABA, come determinate, dapprima, con valutazione del Nucleo Territoriale di Neuropsichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza del Distretto Sanitario 16 dell'A.S.L. Caserta con progetto del 28.4.2023 e, in seguito, dall'U.V.I. (Unità di Valutazione integrata) con verbale del 14.6.2023.
Al riguardo giova rammentare che a tale organismo è affidata l'organizzazione dei servizi congiuntamente gestiti e finanziati da AA.SS.LL. e Comuni e che, a sua volta, detta sede costituisce lo strumento per la valutazione multidimensionale e multidisciplinare di situazioni di bisogno socio - sanitario complesso e per la predisposizione e proposta all'utente del progetto assistenziale. A tale organismo ha preso parte il Comune di Marcianise nella descritta qualità di ente capofila dell'Ambito C05, tramite propri rappresentanti (assistente sociale PUA e integrazione socio - sanitaria). All'ente locale è assegnato il compito di contribuire con proprie risorse professionali (educative e sociali) alla definizione, realizzazione e/o integrazione del PAI e del "Progetto di vita" per i soggetti che richiedono interventi personalizzati onde garantire un ottimale percorso di inclusione sociale e lavorativo.
Tuttavia, si ribadisce che le contestazioni attoree afferiscono alla presunta insufficienza della terapia ABA in riferimento

alla riduzione del numero di ore settimanali e non alla mancata attuazione delle misure di carattere sociale ed economico a carico del Comune, in termini di recupero o integrazione, pertanto l'ente locale è estraneo rispetto alla vicenda processuale che ne occupa e ne va conseguentemente disposta la relativa estromissione dal giudizio.

SULL'INQUADRAMENTO NORMATIVO E SULLA NATURA DELL'ABA.

Nel merito, occorre ricostruire sinteticamente il quadro normativo di riferimento in materia di prestazioni ABA.
L'art. 1 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 all'art. 1 prescrive che: "Il Servizio sanitario nazionale assicura, attraverso risorse pubbliche e in coerenza con i principi e gli obiettivi indicati dalla L. 23 dicembre 1978, n. 833, artt. 1 e 2, i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale nel rispetto dei principi della dignità della persona umana, del bisogno di salute, dell'equità nell'accesso all'assistenza, della qualità delle cure e della loro appropriatezza riguardo alle specifiche esigenze, nonché dell'economicità nell'impiego delle risorse".
Il successivo comma 7 dispone poi che: "Sono posti a carico del Servizio sanitario le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impiegate".
Pertanto il Servizio sanitario nazionale è preposto alla tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Requisito imprescindibile per l'erogazione da parte del Servizio Sanitario della prestazione sanitaria richiesta e/o il diritto al rimborso delle spese sostenute per la prestazione è costituito dall'evidenza scientifica di un significativo beneficio in termini di salute.
Ancora, ai sensi dell'art. 2 della L. n. 134/2015, "l'Istituto Superiore di Sanità aggiorna le Linee guida sul trattamento dei disturbi dello spettro autistico in tutte le età della vita sulla base dell'evoluzione delle conoscenze fisiopatologiche e terapeutiche derivanti dalla letteratura scientifica e dalle buone pratiche nazionali ed internazionali".
Il successivo art. 3 prevede che "Nel rispetto degli equilibri programmati di finanza pubblica … si provvede all'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, con l'inserimento, per quanto attiene ai disturbi dello spettro autistico, delle prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate evidenze scientifiche disponibili".
L'art. 4 dispone che "il Ministero della salute, previa intesa in sede di Conferenza unificata, provvede, in applicazione dei livelli essenziali di assistenza, all'aggiornamento delle linee di indirizzo per la promozione ed il miglioramento della qualità e dell'appropriatezza degli interventi assistenziali nei disturbi pervasivi dello sviluppo (DPS), con particolare riferimento ai disturbi dello spettro autistico, di cui all'accordo sancito in sede di Conferenza unificata il 22 novembre 2012. Le linee di indirizzo sono aggiornate con cadenza almeno triennale".
Sono state quindi adottate le "Linee guida sul trattamento dei disturbi dello spettro autistico" nell'ottobre 2011, nel successivo 2015 sono state aggiornate dall'Istituto Superiore di Sanità.
Con DPCM del 12 gennaio 2017 sono stati definiti i nuovi livelli essenziali di assistenza ed è stato ribadito che "ai sensi della legge 18 agosto 2015, n. 134, il Servizio sanitario nazionale garantisce alle persone con disturbi dello spettro autistico, le prestazioni della diagnosi precoce, della cura e del trattamento individualizzato, mediante l'impiego di metodi e strumenti basati sulle più avanzate".
Ad ottobre 2023 sono state pubblicate le nuove Linee Guida sull'Autismo.
L'analisi comportamentale applicata (ABA) in favore di persone con disturbi dello spettro autistico rientra nella previsione di cui all'art. 1, comma 7, del D.Lgs. n. 502/1992 (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2129/2022).
Occorre poi rammentare che il metodo ABA (analisi comportamentale applicata) rientra tra le prestazioni socio - sanitarie ad elevata integrazione sanitaria, ricomprese nei Lea, ovvero tra le prestazioni che devono essere assicurate dal sistema sanitario pubblico ai sensi degli artt. 1, comma 7, e 3-septies, commi 4 e 5, del D.Lgs. n. 502/1992 nonché del DPCM 12 gennaio 2017.
In particolare, ai sensi dell'art. 3-septies (Integrazione sociosanitaria) del medesimo D.Lgs. n. 502/1992, le prestazioni sociosanitarie ad elevata integrazione sanitaria sono "caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria" e "sono assicurate dalle aziende sanitarie e comprese nei livelli essenziali di assistenza sanitaria, secondo le modalità individuate dalla vigente normativa e dai piani nazionali e regionali, nonché dai progetti-obiettivo nazionali e regionali".

SULLA IMPUGNAZIONE DELLA DELIBERA DI GIUNTA REGIONALE N. 131/2021 E DELLA DELIBERA A.S.L. 40/2022.

Ciò premesso in via generale, con un primo ordine di rilievi parte ricorrente contesta la legittimità della delibera di Giunta Regionale n. 131 del 31.3.2021 nella parte in cui ha suddiviso le ore massime di trattamento ABA in modo lineare per fasce d'età (12 ore settimanali nella fascia 0 – 6 anni e 11 mesi; 8 ore per la fascia 7-13 anni e 11 mesi; 4 ore per quella da 14 a 17 anni e 11 mesi; cfr. pag. 22) a prescindere dalle specifiche caratteristiche della sindrome del minore e della necessità di un trattamento individualizzato.
Si assume inoltre l'illegittimità della delibera A.S.L. n. 40/2022 ad oggetto "Metodo ABA. DGR n. 131/2021. Adempimenti" con cui è stata data esecuzione all'atto giuntale n. 131 per i seguenti profili:
I) illegittimità derivata della D.G.R. n. 131/2021 in quanto l'A.S.L. avrebbe recepito la censurata predeterminazione a monte della ripartizione oraria della terapia ABA per fasce d'età a prescindere dalle specifiche condizioni del minore;
II) l'atto aziendale prevede che la terapia ABA debba essere erogata da operatori accreditati sul presupposto che si tratti di prestazioni di natura complessa/integrata a prevalente componente sanitaria recependo la statuizione di questo T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 3735/2021, sebbene il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza n. 2129/2022 (punto 10.6) abbia ritenuto che le prestazioni de quibus non richiedano uno specifico titolo di accreditamento istituzionale ex D.Lgs. n. 502/1992 in quanto hanno natura "mista", sanitaria e socio-assistenziale ed abbracciano un ambito assistenziale diverso rispetto a quello sanitario-riabilitativo tradizionale ed inoltre in quanto trovano il loro ambiente elettivo di esecuzione in ambiti extra-sanitari, ovvero nei contesti di vita significativi come tipicamente quelli familiare o scolastico;

III) la delibera n. 40 è stata poi superata dalla delibera n. 638/2022 con cui l'A.S.L. si è conformata all'indirizzo espresso dal Consiglio di Stato ed ha previsto l'emanazione di un bando per identificare due "short list" per l'erogazione della terapia ABA, una per strutture accreditate ex art. 26 della L. n. 833/1978 e l'altra per cooperative/associazioni sociali e, sul punto, il ricorrente contesta la soluzione del doppio binario contestando la frammentazione del percorso ABA in prestazioni con prevalente componente sociale ed in quelle in cui prevale la componente sanitaria.

Le censure sono inammissibili per carenza di interesse.

Giova preliminarmente rilevare che, con precedenti pronunce di questo Tribunale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, n. 4498/2023, n. 5648/2023) è stata dichiarata l'illegittimità della delibera di Giunta Regionale n. 131/2021, conseguentemente annullata nella parte in cui fissa limiti ex ante di entità del trattamento, non derogabili nella fase di predisposizione del PAI.

Al riguardo, è stato rilevato che:

- l'amministrazione regionale non ha fatto buon uso della discrezionalità di cui è titolare, sconfinando in valutazioni che trovano la loro naturale collocazione nella fase di predeterminazione del piano individualizzato, alla stregua delle linee guida nazionali, richiamate sia dalla normativa nazionale che regionale cui si è fatto cenno in premessa e, in tal modo, giungendo ad introdurre limiti massimi di trattamento, che, da un lato, pretendono di porsi come vincolanti per le aziende sanitarie deputate ad erogare il servizio, e che, dall'altro, sono incompatibili con i Lep definiti in materia di disturbi dello spettro autistico;
- la delibera impugnata, per quanto dichiari di voler indicare "criteri generali di riferimento per l'erogazione dei trattamenti abilitativi/riabilitativi di tipo sanitario/sociosanitario a carico del SSN", ha poi finito per esautorare il potere discrezionale dei Nuclei operativi territoriali di NPI, avocando a sé la definizione dei confini massimi entro cui il progetto assistenziale individualizzato può spaziare, ingabbiandone la durata e l'intensità massima entro tre precise fasce d'età, senza possibilità di discostamento in parte qua, nemmeno attraverso una specifica motivazione caso-specifica, utilizzandosi, come rimarcato innanzi, l'univoca espressione "fino a massimo di (12/8/4) ore";
- tali limiti, sia pure ancorati, come ribadito dalle difese della Regione, a studi approfonditi e valutazioni di esperti e professionisti del settore medico di riferimento, nell'ambito di uno specifico gruppo di lavoro istituito all'uopo dalla Regione, impediscono, di fatto, alla equipe medica del Nucleo di NPI dell'ASL, che poi è deputata alla presa in carico del paziente e alla predisposizione del PAI, di valutare e prescegliere il progetto di trattamento più appropriato, essendo sottratta alla stessa la possibilità di definire liberamente, sulla base del bisogno specifico di cura del minore, l'intensità e la durata globale del trattamento, nonostante la pregnanza che tali aspetti possono rivestire sulla sua efficacia, in termini di variazioni positive del profilo funzionale del minore;
- **la evidenziata vocazione di pianificazione e organizzazione del servizio nelle varie aziende sanitarie regionali, non può spingersi fino a imporre, ex ante e in maniera standardizzata e vincolante per fasce d'età, livelli massimi di prestazioni, dovendosi ritenere, al contrario, che, al fine di assicurare l'adeguatezza del servizio socio-assistenziale in questione, non sia possibile la previsione di rigidi limiti (minimi come anche massimi) di trattamento settimanale e di durata dell'ABA, costituendo gli studi contenuti nelle Linee guida nazionali, così come nel PDTA, dei parametri di riferimento sulla cui base formulare un progetto di prestazioni individualizzato, competendo, come rimarcato anche dai ricorrenti, la scelta del trattamento più appropriato ai Nuclei operativi di NPI delle ASL, tenuti a motivare congruamente la scelta, nel caso concreto, della tipologia di trattamento, della sua intensità e articolazione nel tempo;**
- va anche rimarcato che l'imperatività e non derogabilità delle prescrizioni in questione, non solo, come detto, è ontologicamente incompatibile con la natura di atto generale del PAI, ma è anche inidonea a garantire i livelli minimi di assistenza, come definiti dalle Linee Guida dell'ISS - cui il DPCM 12 gennaio 2017 e la L. n. 134/2015 rimandano -, che prescrivono un obbligo di trattamento individualizzato, che non può non tener conto della gravità del disturbo del minore e delle variazioni positive del profilo funzionale alla sollecitazione attraverso il metodo ABA;
- **la scelta dell'articolazione temporale del trattamento terapeutico, infatti, deve essere adeguata, rispondente alle specifiche esigenze del singolo minore e deve tener conto del livello di gravità e bisogno di supporto del suo peculiare caso, del suo contesto socio-ambientale e del suo personale percorso di recupero, di cui occorre dare trasparente contezza nella motivazione, con indicazione delle ragioni concrete e specifiche per cui, tenuto conto di tali fattori, si giunge alla assegnazione di un determinato numero di ore; ciò soprattutto ove si ritenga di dover assegnare al minore un numero di ore superiore rispetto a quello individuato sulla base delle fasce orarie distinte sulla base dell'età, indicate dai protocolli regionali che, per quanto esposto, non potendo avere valenza vincolante, potrebbero al più valere come mera raccomandazione, come tale motivatamente derogabile dalle AA.SS.LL..**

Alla luce delle superiori statuizioni, le censure proposte in questa sede non appaiono assistite da interesse a ricorrere, in quanto hanno ad oggetto un provvedimento già caducato in parte qua, da qualificare come atto amministrativo generale, rivolgendosi ad una pluralità indistinta, anche se determinabile ex post, di destinatari. Ne consegue che gli effetti del suo annullamento in parte qua non possono che dispiegarsi erga omnes (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1289/2016; n.5380/2016; n. 5469/2016; T.A.R. Lazio, Roma, n. 8229/2023, secondo cui l'annullamento di un atto amministrativo generale, nella parte in cui ha un contenuto inscindibile, produce effetti erga omnes, trattandosi di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può sussistere per taluni e non esistere per altri).

A tale proposito, mette poi conto evidenziare che, con delibera G.R. n. 42 del 31.1.2024, la Regione ha recepito le indicazioni di questo T.A.R. e ha proceduto alla modifica della precedente delibera disponendo quanto segue "Nell'ambito di tali parametri, che rivestono carattere orientativo e derogabile, il numero specifico di ore di intervento, le caratteristiche ed i luoghi di attuazione delle stesse sono definiti in sede di valutazione clinica caso-specifica dal competente Nucleo Operativo Territoriale per i Disturbi del neurosviluppo e neuropsichiatrici dell'Infanzia e dell'Adolescenza dell'A.S.L. di residenza, fornendo adeguata motivazione da parte dello stesso Nucleo, in caso di scostamento dal monte ore di riferimento, anche sulla base del trattamento individualizzato, nonché della appropriatezza della prescrizione terapeutica nel contesto del P.A.I. del paziente".

Si aggiunga che, nella fattispecie in esame, appare dubbia la lesività del provvedimento poiché, come eccepito dall'A.S.L.

e già evidenziato nella fase cautelare, non risulta che il nucleo abbia tenuto conto di tale atto regionale nella determinazione del piano terapeutico, avendo erogato un numero di ore settimanali (10 ore) superiore a quello previsto nell'atto regionale in relazione all'età (fino ad un massimo di 4 ore settimanali per la fascia 14-17 anni e 11 mesi).
Analoghe considerazioni vanno rese in ordine alle censure articolate avverso la delibera ASL n. 40 (in ordine alla necessità che gli operatori sanitari che erogano il trattamento ABA debbano essere in possesso dell'accreditamento istituzionale ex D.Lgs. n. 502/1992) e alla presunta irragionevole creazione di un doppio binario per l'ABA ripartito tra prestazioni a prevalenza sociale a carico dei Comuni e a prevalenza sanitaria a carico del S.S.R.. Ed invero, non viene dal ricorrente esplicitata la ragione per cui i vizi dell'atto generale sarebbero in grado di inficiare la legittimità dell'atto applicativo, ossia il piano individualizzato assegnato al minore, oggetto dell'odierno giudizio.

SULLA CONGRUITÀ DEL MONTE ORE DI TERAPIA ABA ASSEGNATO AL MINORE.

Venendo all'oggetto centrale della controversia, costituito dal vaglio di legittimità del monte orario settimanale di terapia ABA riconosciuto con il progetto ABA del 28.4.2023 approvato dal Nucleo Territoriale di Neuropsichiatria infantile (impugnato con il ricorso introduttivo) e dal verbale U.V.I. del 14.6.2023 (gravato con motivi aggiunti), si osserva quanto segue.
Parte ricorrente sostiene che il numero di ore di terapia ABA assegnate al minore non rispetterebbe lo standard minimo previsto dai LEA e dalle indicazioni contenute nelle Linee guida ministeriali n. 21/2011; evidenzia poi che il trattamento standard dovrebbe consistere in una media di 26 ore settimanali (come emergente dalla delibera n. 131, pag. 14, in cui si riferisce che l'intensità media degli interventi è compresa tra 10 e 37,5 ore a settimana). Lamenta poi il difetto di motivazione in quanto il trattamento sarebbe stato immotivatamente ridotto rispetto al monte orario precedentemente erogato (15 ore settimanali).
Le censure non hanno pregio.
Va premesso che la elaborazione del piano terapeutico e la quantificazione oraria del trattamento sono frutto delle valutazioni eminentemente tecniche operate dagli specialisti della A.S.L.; tenuto conto che l'autismo consiste in una patologia duratura, il trattamento terapeutico - socio assistenziale non può rimanere invariato per l'intero ciclo vitale del paziente, ma deve essere costantemente adattato all'età, ai cicli scolastici, alle transizioni che la persona dovrà sostenere nel percorso di vita e, non da ultimo, alle risposte del paziente.
Va quindi rimarcato che la scelta dell'intervento clinico più appropriato, da utilizzare nella cura dell'autismo su singoli pazienti, è basata su valutazioni tecnico-discrezionali e, nella misura in cui sono riconosciute dal servizio sanitario nazionale, non possono essere rimesse alla libera ed esclusiva scelta delle famiglie, rientrando nella competenza degli organi sanitari (Nucleo Territoriale di Neuropsichiatria Infantile) che devono preliminarmente valutarne l'appropriatezza, in base alla scienza medica, rispetto alle specifiche esigenze del paziente.
La valutazione clinica e la risposta terapeutica non possono che essere condotte e calibrate sulle peculiarità del singolo paziente, tenuto conto anche della sua età; con la crescita e lo sviluppo del piccolo non possono che mutare i tratti caratteristici della patologia e, indi e de relato, le sue peculiari esigenze e i suoi specifici bisogni assistenziali e di cura; di qui la necessità di costantemente adeguare i moduli terapeutici e i setting di intervento, al fine di efficacemente prestare l'assistenza di cui il bambino necessita. È in questa ottica, infatti, che il piccolo paziente viene sottoposto a periodiche visite e valutazioni, proprio al fine di costantemente adeguare la terapia somministrata alle cangianti e mutevoli esigenze, diversamente modulandola e aggiornandola, in relazione alla evoluzione della patologia e allo sviluppo del bambino (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, n. 2221/2023).
Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2129/2023), le specifiche (e legittime) modalità di garanzia del trattamento a favore dei soggetti per i quali si riveli appropriato devono tenere conto dei contenuti che esso concretamente assume, in funzione delle peculiari esigenze assistenziali del destinatario, non potendo la loro individuazione "appiattirsi" entro uno schema fisso ed immutabile, il quale finirebbe per incidere negativamente sull'interesse pubblico al miglioramento della capacità erogativa dello stesso ed all'efficiente impiego delle risorse all'uopo disponibili.
Tale principio è stato ribadito, da ultimo, dalle Raccomandazioni delle linee guida sulla diagnosi e sul trattamento del disturbo dello spettro autistico in bambini e adolescenti del mese di ottobre 2023 dell'Istituto Superiore della Sanità, in cui è riportato (pagine 76 e 88) che "la modalità e la relativa intensità dell'intervento (monte ore assegnato) devono essere personalizzati e calibrati sulle caratteristiche cliniche e sul profilo di funzionamento tenendo conto dei molteplici contesti di implementazione (educativo, sanitario, domestico)".
Nel caso specifico, tale modulazione del PAI in guisa aderente alle specifiche esigenze assistenziali del piccolo è stata effettuata dai competenti professionisti della A.S.L..
L'amministrazione ha infatti rappresentato di aver sottoposto a visita il minore nei giorni 28.3.2023, 7.4.2023 e 11.4.2023 e di aver redatto un nuovo piano tenendo conto delle specifiche condizioni del paziente e della fase di transizione alla maggiore età in cui si trova. Tale peculiare condizione del minore è stata evidenziata nella relazione della Neuropsichiatra allegata alla nota A.S.L. 19.6.2023 ove si è tenuto conto del processo di transizione in atto, della necessità di potenziare il livello adattivo nei vari contesti di vita, di favorire la comunicazione più funzionale possibile, di incrementare l'insegnamento in un ambiente meno strutturato e più naturale e che sia maggiormente funzionale all'acquisizione, data l'età del ragazzo, di abilità di tipo prelavorative/occupazionali e di abilità di sicurezza.
A fronte di tali argomentazioni, risulta assolto l'onere motivazionale in caso di rimodulazione dell'orario di terapia precedentemente erogato, ed adempiuta anche la prescrizione contenuta nella delibera di Giunta Regionale n. 42/2024 (adottata in seguito alle pronunce caducatorie in parte qua della precedente delibera n. 131/2021), secondo cui occorre fornire "adeguata motivazione da parte dello stesso Nucleo, in caso di scostamento dal monte ore di riferimento, anche sulla base del trattamento individualizzato, nonché della appropriatezza della prescrizione terapeutica nel contesto del P.A.I. del paziente".
Viene quindi in considerazione l'operato di una equipe di specialisti operanti all'interno del SSN che, all'esito di specifici esami e valutazioni effettuate, hanno elaborato uno

specifico e individualizzato piano terapeutico, adattandolo alle peculiari e particolari esigenze del paziente, tenuto conto del livello di conoscenza della specifica terapia e del quadro clinico.
A fronte di tali motivate valutazioni i ricorrenti non hanno svolto specifiche e documentate contestazioni.
Apodittico, come si è visto, è l'assunto per cui il trattamento orario assegnato sia stato il frutto e la scaturigine necessitata della applicazione dei limiti - fissati e dimensionati diversamente in ragione della età dei pazienti - nella delibera di G.R. n. 131/2021, dalla quale, come si è visto, in realtà l'A.S.L. si è discostata.
Non sono stati poi forniti elementi istruttori od evidenze o un principio di prova circa la insufficienza ovvero la inefficacia dell'assegnato quantum orario di terapia ABA e, si aggiunga, non è ipotizzabile un monte orario minimo che dovrebbe essere erogato al minore al fine di garantire la "massima efficacia" del trattamento.
Nelle stesse Linee guida 21 sul "trattamento dell'autismo nei bambini e negli adolescenti", elaborate dall'ISS, è testualmente dato leggere che "non sono disponibili dati su quale dovrebbe essere il numero di ore ottimale erogato settimanalmente per evitare il rischio di un training eccessivamente intensivo e stancante".
Tale affermazione è stata ribadita dalle Raccomandazioni delle linea guida sulla diagnosi e sul trattamento del disturbo dello spettro autistico in bambini e adolescenti del mese di ottobre 2023 dell'Istituto Superiore della Sanità, in cui si legge che "Il Panel ha ampiamente discusso la possibilità di indicare il numero minimo e/o massimo di ore per l'intervento comprensivo basato sui principi dell'ABA ed ha verificato che la letteratura attualmente disponibile non riporta dati che permettano di indicare una intensità (numero di ore) ottimale".
D'altra parte, non può non rimarcarsi anche la intima contraddizione che è dato rinvenire negli assunti da cui muove parte ricorrente, e che sono, da un canto, la presunta applicazione "meccanica", da parte dei professionisti della A.S.L., dei limiti orari fissati in via preventiva ed ex ante nella delibera di G.R. n. 131/2021 (ciò che non si è registrato nel caso in esame) e, dall'altro, la asserita efficacia di un certo numero di ore - almeno 26 settimanali - inferito e calcolato sulla scorta di una media degli interventi effettuati in tale ambito, tra 10 e 37,5 ore a settimana.
Di qui la inidoneità delle censure articolate nel gravame a scalfire le determinazioni della A.S.L., trasfuse nel PAI e nel contratto terapeutico, tenuto conto della mancata allegazione e della omessa somministrazione di un principio di prova di dati e circostanze relative alla assoluta inettitudine dell'assegnato trattamento terapeutico di n. 10 ore settimanali ad apportare concreti benefici al piccolo paziente.
È poi infondata in punto di fatto la censura che si appunta sulla durata del trattamento ABA di cui al progetto ABA del 28.4.2023.
In senso contrario, è sufficiente rilevare che tale atto prevede una durata di 1 anno e, quindi è coerente con la delibera di G.R. n. 131 (pag. 23) che prevede, in relazione alla fascia d'età dell'interessato (14-17 anni e 11 mesi), la durata massima di 18 mesi.
È viceversa fondato il rilievo articolato con i motivi aggiunti con cui gli istanti si dolgono della mancata partecipazione del Dipartimento di Salute Mentale (DSM) alla seduta dell'U.V.I. prevista, nella fase di transizione all'età adulta, dalla delibera n. 131 (pag. 18).
La censura ha pregio poiché, ratione temporis, il verbale U.V.I. del 14.6.2023 con durata di 12 mesi, benché adottato prima del raggiungimento della maggiore età del minore, dispiega gli effetti in un arco temporale durante il quale il paziente (nato nel mese di novembre 2005) avrebbe raggiunto la maggiore età.
A tale proposito, va evidenziato che la delibera giuntale n. 131/2021 pone particolare attenzione alla delicata fase di transizione dalla età evolutiva alla età adulta, intesa come il lasso temporale che va dai 16 ai 21 anni, fase in cui si inizia a pianificare il passaggio dai servizi dell'età evolutiva a quelli per l'età adulta insieme ai DSM, dal pediatra di libera scelta al medico di medicina generale, dalla neuropsichiatria infantile al DSM/Servizio disabilità.
Sul punto, la delibera giuntale n. 131/2021 prevede quanto segue: "costituisce, pertanto, un obiettivo prioritario assicurare, nella transizione, la continuità della presa in carico del soggetto con disturbo dello spettro autistico, attraverso l'integrazione dell'equipe multidisciplinare che fino ad allora ha gestito il percorso, con la nuova equipe multidisciplinare composta da personale del Dipartimento Salute Mentale, che successivamente coordinerà le attività di presa in carico ed assumerà una funzione di riferimento per le azioni che dovranno essere attuate, soprattutto in presenza di un disturbo dello spettro autistico da altre patologie. …"
Tuttavia, l'amministrazione sanitaria si è discostata da tali previsioni poiché, nel caso in esame, né nella redazione del piano terapeutico, né nella partecipazione alla seduta dell'U.V.I., è stata presente alcuna figura del Dipartimento di Salute Mentale, ciò che si traduce in un profilo invalidante del verbale dell'U.V.I. del 14.6.2023.
In conclusione, previa estromissione del Comune di Marcianise, il ricorso introduttivo va rigettato e i motivi aggiunti vanno accolti, nei sensi e limiti di cui sopra, con conseguente annullamento del verbale dell'U.V.I. del 14.6.2023.
La peculiare natura e complessità delle questioni esaminate, in una alla loro relativa novità, giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra le parti costituite.

Farmacie, differenza con laboratori di analisi, uso di spazi esterni per l'effettuazione di screening oncologici

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE CAMPANIA, NAPOLI, sezione I, 14 novembre 2024, n. 6225, Pres. Salamone, Est. Esposito

Non è predicabile l'assimilazione tra farmacie e laboratori di analisi, in quanto divergono la natura delle strutture, la funzione assolta e la conformazione dei loro compiti, esplicantisi in ambiti diversi. In particolare, la prima consiste in una struttura aziendale che svolge attività meramente commerciale di acquisto e rivendita di prodotti farmaceutici, che in detta attività trova la sua ragion d'essere, che neppure in via residuale svolge attività di diagnosi e terapia medica, che all'occorrenza può svolgere non di propria iniziativa ma su istanza dell'interessato un'attività di aiuto materiale nell'utilizzo di prestazioni terapeutiche che di regola il paziente deve essere in grado di gestire da solo.

Fatto e diritto

1.- La FEDERLAB (ente esponenziale degli operatori della sanità privata nella branca della patologia clinica) e l'ATI Laboratori Italiani Riuniti (operante in Campania in regime di accreditamento con il S.S.N., nel settore dei laboratori di analisi) hanno impugnato il decreto dirigenziale n. 939 del 29/12/2023, con cui la Regione ha approvato e ratificato gli accordi con le Associazioni di categoria dei titolari di farmacie pubbliche e private convenzionate, per le attività della cd. "Farmacia di Servizi", relativamente agli allegati 5 e 6, riguardanti la somministrazione di test per l'emoglobina glicata e il quadro lipidico e l'effettuazione di screening oncologici.

Sono articolati quattro motivi di ricorso, deducendo plurimi profili di violazione di legge ed eccesso di potere.

1.1. Al primo motivo si sostiene che vengono affidate alle farmacie prestazioni in favore di una troppo vasta platea di utenti, oltre il limite fissato dall'art. 1, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 153/2009 ("prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo") che, come stabilito nel D.M. 16/12/2010 che ne dà attuazione, riguarda i pazienti in condizione di fragilità di non autosufficienza, che il farmacista deve previamente accertare.

1.2. Con il secondo motivo è avversata la previsione di effettuazione in farmacia di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare, ex art. 1, co. 2, cit., lett. e-ter), inserita dall'art. 1, co. 420, della legge n. 178/2020.

In primo luogo, è censurato che l'estensione non sia espressamente confinata all'ambito dell'autocontrollo e le nuove prestazioni non siano in tal caso subordinate all'individuazione di condizioni e limiti da parte di un D.M. (che, come detto, le confina all'ambito dell'autocontrollo e ai pazienti in condizione di fragilità di non autosufficienza).

Inoltre, viene posto in rilievo che, differenziando le prestazioni di cui alle ricordate lettere e) ed e-ter), si finirebbe con l'attribuire ai farmacisti compiti di diagnosi (come si desume dall'obbligo di refertazione previsto negli Accordi impugnati), in analogia alle funzioni delle strutture di laboratorio, che però devono dotarsi dell'autorizzazione ex art. 8-ter del d.lgs. n. 502/92 per svolgere l'attività.

È rimarcato a tal proposito che l'art. 8, co. 2, del d.lgs. n. 502/92, sui rapporti del S.S.N. con le farmacie, è stato modificato quanto all'effettuazione di prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo (introducendo la lett. b-bis), n. 5, ad opera del d.lgs. n. 153/2009) ma, diversamente, la legge n. 178/2020 non ha inciso sulla norma del d.lgs. n. 502/92 e non ha così previsto che il prelievo di sangue capillare possa formare oggetto delle convenzioni tra il S.S.N. e le farmacie.

Sotto gli aspetti censurati, è chiesto che, subordinatamente, sia sollevata la questione di legittimità costituzionale o disposto il rinvio pregiudiziale alla CGUE, in relazione all'indicato art. 1, comma 2, lett. e)-ter del d.lgs. n. 153/2009, inserita dall'art. 1, comma 420, della legge n. 178/2020, nella parte in cui consente alle farmacie di eseguire "test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare", senza prescrivere la necessità di acquisire l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio, ex artt. 8 e 8-ter del d.lgs. n. 502/92.

1.3. Il terzo motivo si rivolge alla previsione di effettuazione, in locali separati ed esterni alle farmacie, dello screening del tumore del colon retto, attraverso l'esame del sangue occulto nelle feci.

Si mette in luce che l'art. 2 dell'Accordo ("Utilizzo di aree, locali o strutture esterne alla farmacia") è posto in relazione ai servizi sanitari di cui all'art. l, co. 2, lett. e-quater) del d.lgs. n. 153/2009 che, introdotta con la legge n. 52/2022 di conversione del D.L. n. 24/2022, riguarda servizi ben diversi, facendo espresso, specifico ed esclusivo riferimento alla somministrazione di vaccini per il Covid e antinfluenzali.

È affermato che, come per le prestazioni analitiche di prima istanza, l'attività debba invece essere svolta nei locali della farmacia, vigendo anche in tal caso le prescrizioni dettate dal D.M. 16/12/2010 per l'assistenza ai pazienti nell'ambito dell'autocontrollo, che impongono spazi separati dagli altri ambienti interni alla farmacia (per la manutenzione e conservazione delle apparecchiature e l'osservanza della normativa in materia di protezione dei dati personali: art. 4), l'obbligo di esposizione nei locali della farmacia delle tipologie di prestazioni analitiche disponibili (art. 6), demandando all'accordo collettivo nazionale la definizione dei principi e dei criteri sui requisiti minimi di idoneità dei locali (art. 8, co. 2).

Contestano a questo riguardo che l'Accordo regionale, nelle more del rilascio dell'autorizzazione in caso di ampliamento dei locali, consente l'attività sulla base della mera comunicazione di adesione della farmacia al programma di screening oncologico.

Osservano le ricorrenti che il D.M. 11/12/2012 ha stabilito che, sino alla definizione con l'accordo collettivo nazionale dei requisiti minimi di idoneità dei locali, debba farsi riferimento a "quelli previsti dalle vigenti disposizioni di legge", intendendosi non ammissibile l'esercizio di attività

senza autorizzazione, in assenza della quale non possono dirsi rispettati i requisiti minimi di idoneità.

1.4. Nell'ultimo motivo si lamenta che le prestazioni sono remunerate con tariffe eccedenti quelle stabilite per le strutture accreditate, in spregio a principi concorrenziali e attuando una distorsione del mercato delle prestazioni, peraltro a vantaggio di farmacisti meno qualificati rispetto ai biologi o ai chimici.

Viene osservato che il già citato D.M. 11/12/2012 ha fissato il principio del "rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione tra farmacie pubbliche e private inserite nel Servizio sanitario nazionale, nonché tra operatori economici pubblici e privati" (art. 1, co. 2), ugualmente demandando alla contrattazione collettiva nazionale la fissazione dei criteri per la remunerazione (art. 5), laddove negli impugnati protocolli di intesa non è fatta menzione dell'accordo collettivo nazionale e non è dato comprendere in base a quali dati istruttori siano state previste tariffe di remunerazione per le farmacie di gran lunga superiori a quelle applicate alle strutture ambulatoriali accreditate (€ 15 oltre Iva per il test dell'emoglobina glicata ed € 20,00 per il quadro lipidico, superiori alla metà e oltre, rispetto alle tariffe praticate per i laboratori di analisi: rispettivamente, € 7,41 ed € 3,27).

È al riguardo formulata un'istanza istruttoria, per l'acquisizione degli atti contenenti i criteri della fissazione di tariffe di remunerazione diverse, rispetto a quelle applicate per le medesime prestazioni alle strutture accreditate.

2.- Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Salute e la Regione, quest'ultima producendo memoria difensiva.

Alla camera di consiglio del 17 aprile 2024 la parte ha rinunciato alla domanda cautelare ed è stata fissata l'udienza per la trattazione del ricorso nel merito.

Le ricorrenti hanno prodotto memoria e, all'udienza pubblica del 25 settembre 2024, il ricorso è stato assegnato in decisione.

3.- Con le censure esposte è contestato il contenuto degli accordi della Regione con le Associazioni di categoria dei titolari di farmacie pubbliche e private convenzionate, per l'effettuazione di prestazioni rientranti nella cd. "Farmacia di Servizi".

Come ricordato, le contestazioni si rivolgono agli allegati 5 e 6 al decreto dirigenziale impugnato, riguardanti rispettivamente la somministrazione di test per l'emoglobina glicata e il quadro lipidico e l'effettuazione di screening oncologici.

3.1. Giova ripercorrere l'excursus normativo che ha condotto all'introduzione del nuovo modulo organizzativo delle farmacie pubbliche e private convenzionate con il servizio sanitario nazionale, assegnandovi nuovi compiti, rientranti nella cosiddetta "farmacia di servizi".

L'art. 11, co. 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, "finalizzati all'individuazione di nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria erogati dalle farmacie pubbliche e private nell'ambito del Servizio sanitario nazionale".

Dai principi e criteri direttivi indicati è enucleabile l'intento del legislatore di dotare le farmacie di un nuovo ruolo nell'attività di prevenzione e cura delle malattie, superando il tradizionale assetto di dispensatrici di farmaci e favorendone, quali presidi di prossimità, una più compiuta integrazione nelle funzioni di welfare del sistema sanitario pubblico, attraverso l'erogazione di servizi di primo livello, rivolti all'intera popolazione (collaborazione a programmi di educazione sanitaria e a campagne di prevenzione: lett. b) e c) del cit. art. 11, co. 1) e di secondo livello, concretantesi in prestazioni a favore dei pazienti che le richiedano.

Oltre all'assistenza domiciliare e alla prenotazione di visite ed esami specialistici (lett. a) e d) dell'art. 11 della legge-delega), nell'ambito della realizzazione delle "campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale" è prevista la possibilità di effettuare nelle farmacie anche "analisi di laboratorio di prima istanza nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe" (lett. c), citata).

In attuazione della delega è stato emanato il d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153, con il quale è stato disposto che: "I nuovi servizi assicurati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto di quanto previsto dai Piani socio-sanitari regionali e previa adesione del titolare della farmacia, concernono: […] l'effettuazione, presso le farmacie, nell'ambito dei servizi di secondo livello di cui alla lettera d), di prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo, nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prescrizione e diagnosi, nonché il prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti" (art. 1, co. 2, lett. e)).

Il Ministro della Salute ha emanato in data 16 dicembre 2010 il D.M. recante la "Disciplina dei limiti e delle condizioni delle prestazioni analitiche di prima istanza, rientranti nell'ambito dell'autocontrollo ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera e), e per le indicazioni tecniche relative ai dispositivi strumentali ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera d) del decreto legislativo n. 153 del 2009" (in G.U. 10 marzo 2011, n. 57; in pari data è stato adottato il D.M. ad oggetto: "Erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali", in G.U. 19 aprile 2011, n. 90).

Il D.M. riguardante le prestazioni analitiche di prima istanza effettuabili in farmacia, ex art. 1, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 153/2009, stabilisce che:

- "Ai fini del presente decreto, per prestazioni analitiche di prima istanza mediante l'utilizzo di dispositivi per «test autodiagnostici», devono intendersi test che in via ordinaria sono gestibili direttamente dai pazienti in funzione di autocontrollo a domicilio, ovvero in caso di condizioni di fragilità di non completa autosufficienza, possono essere utilizzati mediante il supporto di un operatore sanitario, presso le farmacie territoriali pubbliche e private" (art. 1, co. 1);
- "È vietato l'utilizzo di apparecchiature che prevedano attività di prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti, restando in ogni caso esclusa l'attività di prescrizione e diagnosi" (art. 1, co. 2).

L'art. 2 definisce le prestazioni analitiche di prima istanza, effettuabili con test autodiagnostici: "test per glicemia, colesterolo e trigliceridi; test per misurazione in tempo reale di emoglobina, emoglobina glicata, creatinina, transaminasi, ematocrito; test per la misurazione di componenti delle urine quali acido ascorbico, chetoni, urobilinogeno e bilirubina, leucociti, nitriti, ph, sangue, proteine ed esterasi leucocitaria; test ovulazione, test gravidanza, e test menopausa per la misura dei livelli dell'ormone FSA nelle urine; test colon-retto per la rilevazione di sangue occulto nelle feci".

3.2. Venendo ai contestati Accordi della Regione con le Associazioni di categoria dei titolari di farmacie pubbliche e

private convenzionate, si è ripetuto che le ricorrenti censurano quanto contenuto negli allegati 5 e 6, riguardanti la somministrazione di test per l'emoglobina glicata (HbA1c) e il quadro lipidico (QLip) e l'effettuazione di screening oncologici.

È comune agli Accordi la premessa che muove dalla menzionata normativa e, indicando le finalità perseguite, configura il ruolo della farmacia di servizi.

Allo scopo di realizzare "campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, rivolte alla popolazione generale e ai gruppi a rischio", nonché di attuare "programmi di screening oncologici", si congiunge la considerazione secondo cui "le Farmacie di Comunità convenzionata, grazie alla loro capillarità sul territorio, si configurano come un luogo privilegiato per l'arruolamento della popolazione eleggibile alla somministrazione di test volti alla prevenzione secondaria del rischio cardiovascolare, da esplicarsi attraverso il dosaggio dell'Emoglobina Glicata (HbA1c) e del Quadro Lipidico (QLip)", ovvero per "partecipare agli screening oncologici".

Ciò posto, va riconosciuto alle ricorrenti che le stesse non sconfessano né contrastano le finalità perseguite, tant'è che (come risulta dall'esibito articolo, pubblicato su quotidianosanità.it) "Fofi, Fnob, Federfarma e Federlab esprimono piena condivisione sullo sviluppo evolutivo della farmacia dei servizi e del ruolo del farmacista. A tal fine, dopo un positivo confronto, Fofi, Fnob, Federfarma e Federlab hanno convenuto sull'opportunità di promuovere una più stretta sinergia tra farmacisti e biologi, nell'ambito delle diverse e specifiche competenze, per ampliare l'offerta delle prestazioni diagnostiche, di primo e secondo livello, da eseguire nella "Farmacia dei servizi"".

Invero, la contestazione delle ricorrenti si rivolge a quelle parti degli Accordi reputate lesive delle prerogative dei biologi e chimici, con censure che possono essere così riassunte, sotto i diversi profili sottoposti all'esame del Tribunale, quanto a:

a) platea degli assistibili dalle farmacie;

b) possibilità da parte di queste ultime della possibilità di effettuare il prelievo di sangue capillare;

c) utilizzo di locali separati dalla sede della farmacia;

d) tariffe praticate.

Prima di passare alla disamina dei motivi, premette il Collegio che non è predicabile l'assimilazione che le ricorrenti suppongono sia stata (sostanzialmente) introdotta tra farmacie e laboratori di analisi.

Ciò in quanto divergono la natura delle strutture, la funzione assolta e la conformazione dei loro compiti, esplicantisi in ambiti diversi.

Tale evidenza dei fatti è stata posta in luce dalla giurisprudenza, all'indomani dell'emanazione dei decreti ministeriali del 16 dicembre 2010, chiarendo (con riferimento al coevo D.M. in tema di erogazione di prestazioni specialistiche, dall'impianto omogeneo) che "il termine di riferimento è una struttura aziendale che svolge attività meramente commerciale di acquisto e rivendita di prodotti farmaceutici, che in detta attività trova la sua ragion d'essere, che neppure in via residuale svolge attività di diagnosi e terapia medica, che all'occorrenza può svolgere non di propria iniziativa ma su istanza dell'interessato un'attività di aiuto materiale nell'utilizzo di prestazioni terapeutiche che di regola il paziente deve essere in grado di gestire da solo. […] Priva di qualsiasi fondamento è la tesi delle ricorrenti secondo cui la "strategia ministeriale", perseguita con l'impugnato decreto ministeriale, sarebbe quella di trasformare fittiziamente le farmacie in veri e propri poliambulatori liberalizzati, capaci di erogare una vastissima gamma di differenti prestazioni sulla base di regole semplificate rispetto a quelle vigenti per le strutture ambulatoriali accreditate. È agevole opporre che l'obiettivo semplificatorio, legittimamente e lodevolmente perseguito, è stato rigorosamente limitato a prestazioni che per la loro semplicità e per essere oggetto di autocontrollo non giustificano affatto il ricorso ad una struttura sanitaria qualificata per lo svolgimento in via primaria di diverse e ben più delicate funzioni, le sole che possono giustificare un pesante onere economico per il paziente" (TAR Lazio - sez. III-quater, 22/2/2012 n. 1792; conf., 20/2/2012 n. 1704 e Cons. Stato - sez. II, 4/1/2021 n. 111).

Posta questa premessa, si può passare a esaminare le circostanziate censure.

3.3.1. Platea degli assistibili dalle farmacie.

Il protocollo di intesa prevede che le farmacie, previa comunicazione all'ASL, possono somministrare i test per il dosaggio dell'Emoglobina Glicata (HbA1c) e del Quadro Lipidico (QLip), dopo aver accertato l'identità del richiedente e acquisito la tessera sanitaria, nonché ricevendo il suo consenso informato e valutando l'idoneità a sottoporsi ai test (Allegato 5, art. 1).

A carico delle farmacie è posto l'impegno a registrare sul software regionale l'esito dei test (art. 2).

Le stesse prescrizioni e analoghi adempimenti sono dettati per lo screening oncologico (Allegato 6, artt. 1 e 3).

Con il primo motivo le ricorrenti rimarcano che il menzionato D.M. 16 dicembre 2010, all'art. 1, ha stabilito che, per prestazioni analitiche di prima istanza mediante l'utilizzo di dispositivi per test autodiagnostici, "devono intendersi test che in via ordinaria sono gestibili direttamente dai pazienti in funzione di autocontrollo a domicilio, ovvero in caso di condizioni di fragilità di non completa autosufficienza, possono essere utilizzati mediante supporto di un operatore sanitario, presso le farmacie territoriali pubbliche e private".

Da ciò traggono il convincimento della necessità che il farmacista accerti la condizione di non autosufficienza del richiedente la prestazione, in mancanza del quale la stessa non può essere erogata.

Censurano quindi che l'Accordo siglato dalla Regione non contenga alcuna disposizione sulla somministrazione delle prestazioni HbA1c (emoglobina glicata) e QLip (quadro lipidico), solo ed esclusivamente in favore dei soggetti di cui sia stata preventivamente accertata la condizione di fragilità di non autosufficienza.

Per le ricorrenti tale deficit di disciplina configura un difetto di attribuzione, essendosi estesa la platea dei richiedenti oltre i confini tracciati dalla normativa di riferimento, travalicando i limiti segnati dai criteri stabiliti a livello nazionale, che la giurisprudenza costituzionale ha qualificato in termini di principi fondamentali in materia di tutela della salute.

Il motivo non si presta a favorevole considerazione.

Osserva il Collegio che la prospettazione di parte ricorrente assegna a quanto disposto dal D.M. 16 dicembre 2010 il valore di principio fondamentale della materia, ancorché tale valenza non possa essere riconosciuta all'atto di natura non regolamentare.

Esso si differenzia dagli atti normativi, non si inquadra tra le fonti di diritto ed è inidoneo a innovare l'ordinamento giuridico; pur non costituendo un atto amministrativo, ne mutua la sostanza per le disposizioni contenute, atte a regolare l'attività delle Amministrazioni destinatarie e l'operato dei soggetti interessati.

È in ogni caso indubitabile che atti di tal natura non assurgono al rango di fonti normative, costituendo strumenti di regolazione della vita pubblica "dalla indefinibile natura giuridica" (C. Cost. n. 116 del 2006).

Va da sé che non può essere dunque predicato il difetto di attribuzione dell'Accordo censurato, per contrasto con insussistenti principi fondamentali della materia, che deriverebbero dal predetto decreto ministeriale di natura non regolamentare.

Venendo al merito della questione va detto che il D.M., laddove assegna alle farmacie la possibilità di erogare prestazioni analitiche di prima istanza mediante l'utilizzo di dispositivi per «test autodiagnostici», "in caso di condizioni di fragilità di non completa autosufficienza", non pone in capo al farmacista la supposta inderogabile necessità di accertare l'esistenza di tali condizioni.

L'art. 1 del D.M. definisce i test autodiagnostici, "gestibili direttamente dai pazienti in funzione di autocontrollo a domicilio", ai quali si può far ricorso con l'ausilio del farmacista, qualora sia difficoltoso usarli personalmente.

Pertanto, la condizione di fragilità di non completa autosufficienza non denota uno stato di salute di cui occorra accertare la ricorrenza, prima di procedere all'erogazione della prestazione, trattandosi invero di una situazione di fatto in cui versa il paziente che, incontrando difficoltà ad autosomministrarsi il test, faccia ricorso al farmacista che lo aiuti nell'operazione materiale occorrente (cfr. TAR Lazio, cit.).

Inoltre, la somministrazione dei test è posta in stretta correlazione alla campagna di prevenzione del rischio cardiovascolare e, in quest'ottica, l'apporto delle farmacie si mostra ausiliaria ai pertinenti e specifici compiti del servizio pubblico sanitario, sotto un versante del tutto differente dall'attività delle strutture laboratoriali.

In ragione di quanto esposto, il motivo va dunque disatteso.

3.3.2. Possibilità da parte delle farmacie di effettuare il prelievo di sangue capillare.

Il secondo motivo si incentra sul richiamo, contenuto in premessa nel decreto dirigenziale, all'art. 1, comma 2, lett. e-ter), del d.lgs. n. 153/2009, introdotta dall'art. 1, co. 420, della legge n. 178/2020 e relativo alla "effettuazione presso le farmacie da parte di un farmacista di test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare".

Le ricorrenti sospettano lo scarso coordinamento tra la sopravvenuta modifica al d.lgs. n. 153/2009, ad opera della legge n. 178/2020 posteriore al D.M. 16/12/2010, rispetto alle altre disposizioni del decreto legislativo adottato in attuazione della legge delega n. 69/2009.

È addotto un contrasto tra la lettera e) e la nuova lettera e-ter) dell'art. 1 del d.lgs. n. 153/2009, nel senso che la prima consente le analisi nell'ambito dell'autocontrollo (in base al D.M. 16/12/2010, limitate alla condizione di fragilità di non completa autosufficienza e con esclusione delle attività di prescrizione e diagnosi), mentre la lettera e-ter), introdotta con la legge n. 178/2020, non reca analoga fissazione di limiti e garanzie, non individua quali test diagnostici da prelievo capillare possono essere eseguiti in farmacia, a quali condizioni e con quali limiti, e nemmeno disciplina le responsabilità del farmacista e i controlli da parte delle Regioni o delle Aziende sanitarie territorialmente competenti.

A detta delle ricorrenti, dalla lacuna si trarrebbe l'intento di riconoscere ai farmacisti non solo l'esecuzione di test di autocontrollo "autodiagnostici", ma anche "diagnostici", eseguibili da prelievo capillare.

Obiettano che tale scelta legislativa abbia riflessi sotto il versante autorizzativo.

Ciò in quanto i test di autocontrollo, ai sensi della lettera e) dell'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 153/2009, escludono l'attività di diagnosi, laddove al contrario le prestazioni di cui alla lett. e-ter) contemplano l'elaborazione del campione da parte del farmacista, attinente alla diagnosi (come si evince dagli Accordi impugnati, ove è previsto un obbligo di refertazione da parte del farmacista: art. 6 del Protocollo n. 5, per i test di emoglobina glicata e quadro lipidico; art. 7 del Protocollo n. 6, per gli screening oncologici).

Contestano tale scelta, in quanto vengono attribuite alle farmacie funzioni di elaborazione e diagnosi proprie delle strutture di laboratorio, per le quali è necessaria l'autorizzazione ex art. 8-ter del d.lgs. n. 502/92.

Confermano le proprie conclusioni nell'evidenziare che:

- è stato modificato l'art. 8, co. 2, del d.lgs. n. 502/92, in tema di rapporto con le farmacie pubbliche e private, inserendo al n. 5) la lettera b-bis), riguardante le prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo, che sono effettuabili nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto ministeriale di natura non regolamentare, espressamente escludendo l'attività di prescrizione e diagnosi, nonché il prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti (art. 2, co. 1, lett. b), del d.lgs. n. 153/2009);
- lo stesso art. 8, co. 2, del d.lgs. n. 502/92 non è stato invece inciso dall'art. 1, co. 420, della legge n. 178/2020.

Traggono da ciò il convincimento che il prelievo di sangue capillare di cui alla lettera e-ter), inserita all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 153/2009, non possa formare oggetto di convenzione triennale tra farmacie e SSN, ma debba rientrare nelle funzioni sanitarie e socio-sanitarie assoggettate ad autorizzazione, ex art. 8-ter del d.lgs. n. 502/92.

Le censure di parte ricorrente sono accompagnate dalla richiesta, in via subordinata:

a) di sollevare la questione di legittimità costituzionale del predetto art. 1, co. 2, lett. e-ter), del d.lgs. n. 153/2009, per contrasto con gli artt. 3, 32 e 117, co. 3, della Costituzione, "nella parte in cui consente alle farmacie di eseguire "test diagnostici che prevedono il prelievo di sangue capillare" senza prescrivere che in tal caso le stesse farmacie sono tenute ad acquisire l'autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio ex art 8 e 8 ter del Dlgs 502/1992 […] giacché attribuirebbe alle farmacie, e in particolare al solo farmacista (non anche ad altre figure sanitarie qualificate operanti all'interno della farmacia), l'effettuabilità di una serie indefinita di esami diagnostici senza subordinarla a requisiti e limiti di sicurezza, di attendibilità, di igiene e di garanzie di riservatezza, e senza prevedere alcun controllo da parte della Regione, anche sotto il profilo della compatibilità con il fabbisogno";

b) di sottoporre alla CGUE, per gli stessi aspetti, la questione di compatibilità della norma con il diritto dell'Unione Europea.

L'articolato motivo non può essere condiviso.

Va ribadito che la prospettazione di parte ricorrente muove da una non condivisibile ricostruzione, che tende a omogeneizzare prestazioni differenziate.

Dalla consultazione dei siti specialistici è agevole ricavare che il prelievo ematico capillare è finalizzato all'acquisizione di una goccia di sangue, attraverso strumentazione c.d. "pungidito", è indicato nel monitoraggio di condizioni patologiche (tra cui la glicemia) e i test vengono effettuati per mezzo di strisce reattive, senza coinvolgere il laboratorio, fornendo una rapida misurazione.

Diversamente, il prelievo di sangue venoso è una procedura attraverso cui si raccoglie un campione di sangue, al fine di indagare lo stato di salute, il cui esame è effettuato in laboratorio.

Per i farmacisti resta fermo il divieto di "attività di prescrizione e diagnosi, nonché il prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti", ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. e), del d.lgs. n. 153/2009 e dell'espressa previsione dell'art. 1, co. 2, del D.M. 16/12/2010 ("È vietato l'utilizzo di apparecchiature che prevedano attività di prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o dispositivi equivalenti, restando in ogni caso esclusa l'attività di prescrizione e diagnosi").

Alcuna "invasione di campo" può quindi desumersi dalla previsione di legge, che non sottrae affatto ai laboratori autorizzati le funzioni ad esse spettanti e disimpegnate con figure professionali specifiche, quali biologi e chimici.

La possibilità di effettuare il prelievo di sangue capillare si lega alla raccolta del dato sanitario, consentendo al farmacista il prelievo di sangue capillare, con un dispositivo che emette lo scontrino con i valori riportati.

Come già detto sopra, la somministrazione dei test è posta in stretta correlazione alla campagna di prevenzione del rischio cardiovascolare e, in quest'ottica, l'apporto delle farmacie si mostra ausiliaria ai pertinenti e specifici compiti del servizio pubblico sanitario, sotto un versante del tutto differente dall'attività delle strutture laboratoriali.

Va così intesa la "refertazione" a cui è fatto solo incidentalmente riferimento negli Accordi, che affidano al farmacista i compiti di registrare il paziente sulla piattaforma informatica, effettuare il test e refertarlo, conservando la documentazione (Allegato 5, art. 6; Allegato 6, art. 7).

Quanto esposto rende priva di rilevanza la dedotta illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 2, lett. e-ter), del d.lgs. n. 153/2009, palesandosi peraltro privi di fondatezza i rilievi critici sulla norma che si assume contrastante con il dettato costituzionale o incompatibile con il diritto europeo.

3.3.3. Utilizzo di locali separati dalla sede della farmacia.

Con il terzo motivo è censurato l'art. 2 dell'Accordo per l'effettuazione di screening oncologici (tumore del colon retto, attraverso l'esame del sangue occulto nelle feci), il quale prevede che: "Ai fini dell'offerta di servizi sanitari da parte delle farmacie di cui all'art. 1, comma 2, lettera e) quater del decreto legislativo 3 ottobre 2009, n. 153, i soggetti titolari di farmacia possono utilizzare aree, locali o strutture separate dai locali ove è ubicata la farmacia".

È specificato che: "In caso di ampliamento dei locali per le attività previste dal presente protocollo la farmacia è tenuta, entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione di cui all'Allegato l, a presentare domanda di autorizzazione all'autorità competente. Nelle more del rilascio dell'autorizzazione l'attività può essere svolta in ragione della comunicazione di cui all'Allegato 1".

Per le ricorrenti la previsione si risolve in un'indebita estensione di quanto previsto dal richiamato art. l, co. 2, lett. e-quater) del d.lgs. n. 153/2009, riguardante servizi ben diversi (somministrazione di vaccini per il Covid e antinfluenzali), vigendo per ogni altra prestazione quanto stabilito dal D.M. 16/12/2010.

Tanto premesso, osserva il Collegio che l'inclusione della censurata previsione dell'art. 2 nel contesto dell'Allegato 6 debba essere intesa nel senso di consentire l'utilizzo di aree esterne alla farmacia, per gli screening oncologici che formano oggetto dell'Allegato.

Ciò ancorché sia pacifico che la richiamata lett. e-quater) del d.lgs. n. 153/2009 non vi attenga.

Infatti, detta lettera (inserita dall'art. 2, co. 8-bis, del D.L. 24 marzo 2022, n. 24, convertito con modificazioni dalla legge 19 maggio 2022, n. 52) concerne la somministrazione presso le farmacie, "di vaccini anti SARS-CoV-2 e di vaccini antinfluenzali […], nonché l'effettuazione di test diagnostici che prevedono il prelevamento del campione biologico a livello nasale, salivare o orofaringeo, da effettuare in aree, locali o strutture, anche esterne, dotate di apprestamenti idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza".

Per le altre prestazioni, il D.M. 16/12/2010 stabilisce che: "Le farmacie pubbliche e private, per l'effettuazione delle prestazioni e l'assistenza ai pazienti che in autocontrollo fruiscono delle prestazioni di cui agli articoli 2 e 3, utilizzano spazi dedicati e separati dagli altri ambienti, che consentano l'uso, la manutenzione e la conservazione delle apparecchiature dedicate in condizioni di sicurezza nonché l'osservanza della normativa in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in base a linee guida fissate dalla Regione" (art. 4).

Nelle prestazioni di cui ai richiamati artt. 2 e 3 è incluso il "test colon-retto per la rilevazione di sangue occulto nelle feci" (art. 2, co. 1).

Ciò posto, l'indicazione secondo cui vadano utilizzati "spazi dedicati e separati dagli altri ambienti" (art. 4, cit.) non può essere altrimenti riferita che a locali interni alla farmacia, non autorizzando l'applicazione di quanto diversamente previsto dall'art. 1, co. 2, lett. e-quater), del d.lgs. n. 153/2009.

Esclusivamente in tali casi è consentita l'effettuazione delle prestazioni "in aree, locali o strutture, anche esterne, dotate di apprestamenti idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza".

In questi termini, la censurata possibilità di utilizzare spazi esterni alla farmacia, per la somministrazione del test colon-retto per la rilevazione di sangue occulto nelle feci, si mostra allo stato priva di copertura legislativa e insuscettibile di essere introdotta con un atto amministrativo.

Sul piano dell'interesse che muove le ricorrenti, va precisato che tale possibilità ne lede le prerogative, in quanto invasiva delle funzioni dei laboratori di analisi, disimpegnate in strutture dotate dei requisiti impiantistici e strutturali, mentre sono assenti per le farmacie prescrizioni che assicurino l'idoneità dei locali (e che, inoltre, garantiscano il corretto equilibrio della rete delle farmacie).

Risulta dalla bozza circolante del DDL Semplificazioni ("Disposizioni per la semplificazione e la digitalizzazione dei procedimenti in materia di attività economiche e di servizi a favore dei cittadini e delle imprese" che, come da comunicato stampa n. 75 reperibile sul sito della Presidenza del Consiglio dei Ministri, è stata licenziata dal Governo nella seduta del 26 marzo 2024) che sia in atto l'ampliamento delle misure volte a promuovere il ruolo della "farmacia di servizi", con varie modifiche al d.lgs. n. 153/2009 e, per quanto qui interessa, stabilendo che per l'erogazione dei servizi sanitari di cui all'art. 1 i titolari della farmacia possano utilizzare locali separati da quelli della sede (art. 23, co. 2, della bozza del DDL).

È tuttavia stabilito che tale possibilità è soggetta alla previa autorizzazione da parte dell'amministrazione sanitaria territorialmente competente, che accerta i requisiti di idoneità igienico-sanitaria dei locali, verifica che questi ultimi ricadano nell'ambito della sede farmaceutica di pertinenza prevista in pianta organica e

che siano situati a una distanza non inferiore a 200 metri dalle altre farmacie e dai locali di loro pertinenza (co. 3).
Tali previsioni non si sono tradotte in norme di legge ed è riscontrabile, nell'assenso rilasciato alle farmacie con l'Accordo impugnato (per l'utilizzo di locali separati per la somministrazione del test del colon-retto con la ricerca del sangue occulto) un'indiscriminata possibilità, che trascende dalla doverosa verifica di specifici requisiti, assentendo nelle more dell'autorizzazione di effettuare la prestazione sulla base di una mera comunicazione.
Per questi profili il terzo motivo del ricorso va accolto e, conseguentemente, va annullato l'impugnato decreto dirigenziale n. 939 del 29/12/2023, per ciò che concerne l'Allegato 6 - "Accordo Attuativo per effettuare screening oncologici", limitatamente all'art. 2 ("Utilizzo di aree, locali o strutture esterne alla farmacia").
3.3.4. Tariffe praticate.
Come innanzi riassunto, con l'ultimo motivo le ricorrenti lamentano che i censurati Accordi prevedono la remunerazione di tariffe superiori a quelle stabilite per le strutture accreditate, in spregio a principi concorrenziali e attuando una distorsione del mercato delle prestazioni, peraltro a vantaggio di farmacisti meno qualificati rispetto ai biologi o ai chimici.
È richiamato il D.M. 11/12/2012 (in G.U. 20 marzo 2013, n. 67), principalmente laddove ha fissato il principio del "rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione tra farmacie pubbliche e private inserite nel Servizio sanitario nazionale, nonché tra operatori economici pubblici e privati" (art. 1, co. 2).
Viene inoltre invocata la pronuncia dell'8/5/2023 n. 2806, in tema di accesso all'accreditamento da parte dei cc.dd. newcomers, con cui questa Sezione ha ritenuto (in estrema sintesi) che, anche nel contesto di un mercato non liberalizzato come quello sanitario, è doverosa l'introduzione di elementi concorrenziali.
In concreto, adducono le ricorrenti che gli impugnati protocolli di intesa non permettono di comprendere la ragione della fissazione di tariffe di remunerazione per le farmacie di gran lunga superiori a quelle applicate alle strutture ambulatoriali accreditate (€ 15 oltre Iva per il test dell'emoglobina glicata ed € 20,00 per il quadro lipidico, superiori alla metà e oltre, rispetto alle tariffe praticate per i laboratori di analisi: rispettivamente, € 7,41 ed € 3,27).
Formulano un'istanza istruttoria, per l'acquisizione degli atti contenenti i criteri seguiti dalla Regione.
Il motivo va disatteso.
Non rileva quanto stabilito dal richiamato D.M. 11/12/2012, titolato "Criteri in base ai quali subordinare l'adesione delle farmacie pubbliche ai nuovi servizi, di cui all'art. 1, comma 3, del decreto legislativo n. 153/2009", che ha un ambito di applicazione limitato "a tutte le farmacie di cui sono titolari i Comuni" (art. 1, co. 1), nei cui confronti dispone la parità di trattamento rispetto alle farmacie private e agli altri operatori economici pubblici e privati (co. 2).
Neppure giova il richiamo alla menzionata pronuncia di questa Sezione, riguardante i rapporti tra strutture private accreditate e, dunque, tra operatori economici inseriti nello stesso mercato concorrenziale.
Viceversa, nel caso di specie va ribadita l'illustrata differenziazione tra le prestazioni della "farmacia di servizi" e dei laboratori di analisi, che ne esclude l'equiparazione.
Per il finanziamento della sperimentazione riguardante le prestazioni erogate dalle farmacie di servizi – attuata in 9 Regioni (cfr. art. 1, co. 404, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, che risulta avviata in Campania nel 2020) – è stata autorizzata la spesa di € 6 miliardi per l'anno 2018, € 12 miliardi per l'anno 2019 e € 18 miliardi per l'anno 2020, a valere sulle risorse di cui all'art. 1, co. 34 e 34-bis, della legge n. 662/1996 (art. 1, co. 406, legge cit.).
Trattasi dunque di una forma speciale di finanziamento, che rende incomparabili le situazioni rappresentate, privando le ricorrenti dell'interesse a contestare la remunerazione di tariffe che scaturiscono dall'applicazione di una disciplina alla quale esse sono estranee (a prescindere dalle differenti condizioni, in termini di costi, posti in luce dalla Regione nell'esibita nota della Direzione Generale dell'11/4/2024 prot. 185996).
Ne discende la reiezione del motivo, non rinvenendosi la necessità del compimento dell'attività istruttoria richiesta dalle ricorrenti.
4.- Per le motivazioni che precedono il ricorso va dunque accolto in parte, come innanzi chiarito, e per il resto respinto.
Per la novità delle questioni trattate e, altresì, per la prevalente soccombenza della parte ricorrente, sussistono giustificate ragioni per disporre la compensazione per intero delle spese di giudizio tra tutte le parti costituite, non essendovi luogo a provvedere sulle spese nei confronti delle altre parti, non costituitesi in giudizio.

Le clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni di accreditamento sono legittime

CONSIGLIO DI STATO, sezione III, 9 dicembre 2024, n. 9825, Pres. Caputo, Est. Tulumello

Le clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni di accreditamento in materia sanitaria sono pienamente legittime; la sottoscrizione delle stesse priva l'aderente della legittimazione attiva per impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa che lo riguardano, con l'ulteriore conseguenza di rendere inammissibili eventuali impugnative ciò nonostante comunque proposte.

Fatto e diritto

1. La società Progetto Terza Età Srl gestisce una Residenza Assistenziale denominata "San Dionigi Hospital", ubicata nel Comune di Crotone, accreditata per n. 10 posti letto di Hospice e per corrispondenti n. 40 trattamenti domiciliari pro/die.
Con DCA n. 4/2020, il Commissario ad acta fissava il tetto massimo annuale di spesa ritenuto sostenibile con il Fondo Sanitario Regionale, con distribuzione delle risorse per singola Azienda Sanitaria Provinciale per l'anno 2020.
Ad esso faceva seguito l'adozione del Piano di acquisto da parte dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza per il 2020, che ripartiva tra le strutture accreditate il budget assegnatole dal Commissario con il citato DCA.
La società Progetto Terza Età Srl proponeva ricorso avverso i predetti provvedimenti.
2. Con sentenza n. 1083/2020, il TAR Calabria, Sezione Seconda, lo dichiarava inammissibile.
La società ricorrente aveva infatti stipulato – in data 21 gennaio 2020 – il contratto con l'Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone, sottoscrivendo la clausola di cui all'art. 14 del contratto in oggetto, in forza della quale essa rinunciava ai contenziosi instaurabili avverso i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e di ogni altro atto collegato o connesso.
In particolare, il Giudice di primo grado evidenziava come il campo applicativo della clausola ricomprendesse il piano di acquisto emesso dall'Azienda Sanitaria Provinciale: provvedimento, quest'ultimo, che – in attuazione del decreto commissariale relativo al budget regionale – determinava il tetto di spesa riferibile al singolo operatore privato.
Si aggiungeva, peraltro, come detto piano fosse atto necessariamente prodromico alla conclusione del contratto e quindi rientrante negli atti già adottati e conoscibili, espressamente contemplati dalla clausola.
Il TAR osservava come, del resto, la restrizione della tutela giurisdizionale, accettata dalla ricorrente, fosse coessenziale ad assicurare la cristallizzazione dei vincoli finanziari già fissati: finalità, quest'ultima, che sarebbe venuta meno ove fosse stato possibile impugnare successivamente la determinazione del budget individuale dell'operatore sanitario.
Con la conseguenza che la ricorrente, nel sottoscrivere il contratto, aveva rinunciato all'impugnazione del provvedimento de quo.
Il primo giudice rilevava infine come non sussistessero neppure i presupposti per disporre il rinvio istruttorio richiesto dalla parte ricorrente all'udienza camerale del 16 giugno 2020, in sede di discussione orale da remoto ex art. 4, comma 1, d.l. n. 28/2020, volto a depositare un documento, denominato "addenda" al contratto, con il quale, la ricorrente aveva formulato una esplicita riserva in merito all'accettazione della clausola di salvaguardia, nonostante l'intervenuta sottoscrizione del contratto stesso.
3. L'indicata sentenza è stata impugnata con ricorso in appello dalla ricorrente in primo grado.
Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, il Commissario ad acta per il Piano di Rientro dai Disavanzi del Settore Sanitario della Regione Calabria, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Ministero della Salute.
All'udienza straordinaria del 23 ottobre 2024, il ricorso veniva definitivamente trattenuto in decisione.
4. Con il primo ed unico motivo, la società appellante lamenta l'"assoluta infondatezza e/o illegittimità della sentenza gravata sul rilievo di inammissibilità, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria giudiziale, error in procedendo: motivazione apparente, insufficiente e perplessa".
Si deduce innanzitutto l'infondatezza/illegittimità della sentenza impugnata poiché, ad avviso del T.A.R., l'Addenda trasmessa all'Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone – in quanto dichiarazione unilaterale – non avrebbe alcuna efficacia paralizzante nei riguardi del vincolo contrattuale.
Si precisa al riguardo come la riserva di cui all'Addenda rappresenti una manifestazione di volontà integrativa rispetto a quella già espressa in sede di stipula, da ritenersi tacitamente accettata dall'Azienda Sanitaria Provinciale, in quanto dalla stessa mai contestata, e quindi pienamente idonea a modificare il vincolo contrattuale sorto inter partes, in ragione del combinato disposto degli artt. 1326 e 1335 c.c.
Si deduce altresì la nullità della clausola di salvaguardia che prevede la rinuncia ad ogni azione giurisdizionale avverso i provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, delle tariffe e di ogni altro atto connesso o conseguente, ritenuta vessatoria e pertanto inefficace ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341, comma 2, c.c.
5. Può prescindersi dall'esame delle eccezioni in rito sollevate dalle parti appellate in ragione della manifesta infondatezza, nel merito, del ricorso in appello.
Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalla pacifica e consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, "che attribuisce piena legittimità alle clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni di accreditamento in materia sanitaria (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, sentt. nn. 3917 del 2023; n. 5559 del 2020).

6.2. L'accordo sottoscritto dall'appellante reca una specifica clausola, che prevede in capo al singolo operatore l'accettazione completa ed incondizionata del contenuto e degli effetti dei provvedimenti di determinazione dei tetti di spesa, di determinazione delle tariffe e di ogni altro atto agli stessi collegato o presupposto, in quanto atti che determinano il contenuto del contratto e stabiliscono tra l'altro che: "con la sottoscrizione del contratto, la struttura privata rinuncia alle azioni/impugnazioni già intraprese avverso i suddetti provvedimenti ovvero ai contenziosi instaurabili contro i provvedimenti già adottati e conoscibili". 6.3. Sul punto specifico, questa Sezione ha avuto modo di chiarire che, **in ipotesi analoghe a quella in esame, viene in rilievo lo schema tipico dell'acquiescenza, in quanto il soggetto privato aderente (nel caso all'esame, la Fondazione) in maniera inequivocabile, attraverso manifestazioni espresse, manifesta la sua intenzione di rinunciare, sul piano sostanziale, alla posizione giuridica (asseritamente) lesa dal provvedimento, rinunciando altresì, sul piano processuale, al proprio diritto a ricorrere.** 6.4. Sempre secondo il richiamato indirizzo (cfr. sentenza n. 7479 del 2 novembre 2019; n. 2075 del 28 marzo 2019; n. 787 del 1° febbraio 2019; n. 5039 del 23 agosto 2018; n. 4936 del 13 agosto 2018; sentenze dell'11 gennao.2018, nn. 137 e 138, nonché del 18 gennaio 2018, n. 321; 5511 del 25 settembre 2018; sentenza 1° febbraio 2017, n. 430), la sottoscrizione di tali clausole priva il soggetto aderente della legittimazione a impugnare gli atti di determinazione dei tetti di spesa che lo riguardano, con l'ulteriore conseguenza di rendere inammissibili eventuali impugnative ciò nonostante comunque proposte. 6.5. Si è, invero, evidenziato che gli operatori privati - in quanto impegnati, insieme alle strutture pubbliche, a garantire l'essenziale interesse pubblico alla corretta ed appropriata fornitura del primario servizio della salute - non possono considerarsi estranei ai vincoli oggettivi e agli stati di necessità conseguenti al piano di rientro, al cui rispetto la Regione è obbligata. Ha aggiunto la Sezione che "chi intende operare nell'ambito della sanità pubblica deve accettare i limiti in cui la stessa è costretta, dovendo comunque e in primo luogo assicurare, pur in presenza di restrizioni finanziarie, beni costituzionali di superiore valore quale i livelli essenziali relativi al diritto alla salute. In alternativa, agli operatori resta la scelta di agire come privati nel privato" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8879). 6.6. La cd. clausola di salvaguardia è, quindi, "meramente ricognitiva dell'effetto preclusivo dell'iniziativa impugnatoria che si produce, per generale opinione giurisprudenziale, nel caso in cui il soggetto pregiudicato dal provvedimento ponga in essere atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, che dimostrino la chiara e incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività. 6.7. Non vi è dubbio, infatti, che l'assenso alla stipulazione di un accordo - che ponga un provvedimento ipoteticamente lesivo a suo presupposto, oltre che a fonte determinativa del suo contenuto economico - si atteggia quale comportamento univocamente indicativo della volontà della parte stipulante di accettarne gli effetti, tanto da acquisire i diritti ed assumere gli obblighi, in maniera ugualmente volontaria, che si riconnettono e sono funzionali all'esecuzione della prestazione alle condizioni economiche predeterminate dall'Amministrazione (nell'esercizio del suo potere programmatorio in materia sanitaria). 6.8. Non vale a superare questa conclusione il rilievo formulato dalla parte qui appellante là dove, da un lato, afferma che, nella specie, il contratto sarebbe stato unilateralmente predisposto dalle amministrazioni appellate e definito non modificabile e quindi non oggetto di reale contrattazione, e, dall'altro che, la sottoscrizione della clausola non implica rinuncia alle azioni giudiziali esperite: in senso contrario a tali deduzioni rileva – sulla base del richiamato indirizzo giurisprudenziale - il carattere perentorio e incondizionato della clausola di salvaguardia e della rinuncia espressa, ivi riportata, ad ogni contenzioso pregresso o futuro (Cons. Stato, sez. III, sent. n. 7479 del 2 novembre 2019). 6.9. Corrobora tale conclusione l'orientamento già seguito da questa Sezione, con riferimento alla prassi dell'apposizione di clausole con le quali le strutture private precisano di sottoscrivere i contratti al solo scopo di non incorrere nella sospensione del rapporto di accreditamento e riservandosi comunque ogni più ampia tutela, là dove ha già reiteratamente chiarito che - nelle ipotesi in cui detta facoltà di sottoscrizione con riserva non risulti contemplata nel modello contrattuale di riferimento - i caveat in tal senso formalizzati debbano "intendersi come non apposti e, dunque, come tali, non … idonei a impedire la formazione dell'accordo" (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, nn. 6991 e 6983/2021; 6959/2020; 321/2018), anche perché altrimenti l'intero accordo (nell'ipotesi di fondatezza del ricorso) si dovrebbe considerare integralmente privo di effetti in base al principio generale desumibile dall'art. 1419 del codice civile, dal momento che una tale previsione ha una portata determinante nel complessivo assetto di interessi, rilevando dunque la regola simul stabunt, simul cadent. 6.10. Di contro, la legittimità delle clausole di salvaguardia, il cui inserimento negli accordi è stato successivamente recepito a livello di scelta generale per arginare gli effetti del proliferare dei contenziosi già insorti e in funzione transattiva degli stessi, è stata più volte affermata per essere dette pattuizioni essenzialmente funzionali alla tutela del diritto alla salute, quale bene superiore costituzionalmente garantito, e per essere le stesse clausole niente affatto foriere di una indebita compressione del diritto di agire in giudizio dell'operatore privato, il quale ben può valutare il proprio interesse a coltivare il contenzioso in atto e, quindi, a non sottoscrivere la clausola e l'intero accordo, fermo restando che anche sottoscrivendo la clausola manterrebbe intatto il proprio diritto d'azione in giudizio, costituzionalmente garantito, in relazione alle sopravvenienze (cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 8676 del 2021 e sez. III, n. 6662 del 2019). 6.11. Tale indirizzo è stato affermato anche in casi, come quello che qui occupa, in cui l'operatore aveva bensì sottoscritto il contratto, ma apponendovi espressa "riserva" in relazione alla clausola in questione, riserva della quale è stata affermata l'inoperatività (per la sua unilateralità) per non essere contemplata dal modello contrattuale di riferimento e, anzi, essendone espressamente esclusa l'ammissibilità (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 8451 del 2021, con argomentazioni anche nel senso dell'esclusione della riconducibilità della clausola de qua al novero delle clausole vessatorie, e quindi della sua nullità, che comunque, se ravvisabile, come rilevato comporterebbe la nullità dell'intero accordo)" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 4076/2023; negli stessi termini, ex multis, Consiglio di Stato, III Sezione, sentenze nn. 3016/2021, 5039/2018, 3921/2023).

6. Alla luce del richiamato orientamento, che il Collegio condivide e al quale si riporta, la pretesa azionata dall'odierna appellante è manifestamente infondata.

Deve solo ulteriormente aggiungersi, in relazione ad alcuni specifici profili di doglianza dedotti con il mezzo in esame, quanto segue.

6.1. L'appellante, a pag. 11 del gravame, denuncia come "apparente" una motivazione che in realtà non condivide nel merito, lamentando che "La sussistenza della clausola in questione nel contratto sottoscritto con l'ASP quindi non può essere assunta come condizione ostativa all'esercizio dei diritti difensivi della San Dionigi, diversamente da quanto, invece, prevede il TAR con la sentenza Quivi gravata; pertanto, l'intero impianto motivazionale su cui fonda la dichiarazione di inammissibilità si appalesa inattendibile, nonché apparente e perplesso".

Ciò configura una impropria sovrapposizione di profili disomogenei: la motivazione della sentenza gravata, non condivisa dall'appellante perché fondata sulla portata preclusiva della clausola contrattuale rispetto ai successivi contenziosi, è tutt'altro che apparente, perché esplicita compiutamente la ragione d'inammissibilità (che infatti viene contestato nel merito).

6.2. Nessun serio rilievo in senso contrario può rivestire l'Addenda invocata dalla parte ricorrente.

Si tratta di una manifestazione di volontà unilaterale della Società, successiva alla formazione dell'accordo negoziale, priva di effetti (e, prima ancora, di valore) di modifica/integrazione del contratto già sottoscritto, in quanto non accettata formalmente dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Crotone.

L'appellante deduce in proposito che "la riserva di cui all'Addenda rappresenta una manifestazione di volontà integrativa di quella già espressa in sede di stipula che, seppure ha la forma di dichiarazione unilaterale come osservato dal TAR – sicché non è tuttavia mai stata contestata dall'ASP di Crotone a cui è regolarmente giunta e, nel contempo, il contratto ha continuato ad avere esecuzione – deve considerarsi tacitamente accettata dall'ASP e quindi pienamente idonea a modificare il vincolo contrattuale sorto inter partes, in ragione del combinato disposto dagli artt. 1326 e 1335 c.c.".

Il riferito assunto non tiene conto del fatto che la manifestazione unilaterale della volontà di modificare l'accordo negoziale non ha alcun effetto sul regolamento contrattuale se non sia accettata dalla controparte: sicché la circostanza che sia pervenuta nella sfera di quest'ultima, la quale nulla abbia dichiarato in proposito, non autorizza l'affermazione della tacita accettazione per "non contestazione".

È infatti pacifica nella giurisprudenza formatasi proprio sull'interpretazione dell'art. 1335 cod. civ. la conclusione secondo la quale "in tema di formazione del contratto, l'accettazione non può essere desunta dal mero silenzio serbato su una proposta, pur quando questa faccia seguito a precedenti trattative intercorse tra le parti, delle quali mostri di aver tenuto conto, assumendo il silenzio valore negoziale soltanto se, in date circostanze, il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, ovvero se, in un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità dei contraenti e alle loro relazioni di affari, il tacere di uno possa intendersi come adesione alla volontà dell'altro" (in questo senso, ex multis, Corte di cassazione, sez. II civile, sentenza n. 25460/2023: resa proprio in tema di irrilevanza della proposta unilaterale di modifiche contrattuali).

Nel caso di specie non ricorre – né, per vero, la parte appellante mostra di allegare – alcuna specifica ragione, fra quelle ritenute rilevanti, che avrebbe dovuto attribuire un diverso significato al silenzio dell'oblato.

Il richiamo, da parte dell'appellante, all'art. 1326 cod. civ. invece prova troppo, perché tale disposizione richiede espressamente, per la formazione dell'accordo negoziale, l'accettazione della proposta da parte dell'oblato, sicché tale riferimento contribuisce ad ulteriormente lumeggiare la manifesta infondatezza della tesi posta a fondamento del gravame.

Fermo restando comunque che, come da tempo chiarito in giurisprudenza, "Non essendo la facoltà di sottoscrizione con riserva del contratto - tra ASL e operatore privato - contemplata dal modello di riferimento, le dichiarazioni di riserva manifestate in via aggiuntiva devono intendersi come non apposte e, dunque, come tali, non sono idonee a impedire la formazione dell'accordo" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 2075/2019)

6.3. Quanto alla pretesa nullità della clausola di rinuncia al contenzioso - in ragione della vessatorietà della stessa - per difetto del requisito della doppia sottoscrizione, la censura è inammissibile in quanto proposta per la prima volta in grado di appello essendo estranea in questi termini al contenuto del ricorso di primo grado.

L'appellante, evocando la diversa forza dei due soggetti, a pag. 10 del ricorso in appello imputa al T.A.R. di avere omesso "di considerare che una simile circostanza rientra perfettamente nell'ambito di operatività di cui all'art. 1341, co. 2, c.c.": trascura tuttavia di precisare che il T.A.R. non ha considerato un simile profilo perché non gli è stato devoluto con il ricorso di primo grado.

Nel MERITO tuttavia la censura è comunque infondata: in argomento è sufficiente osservare che, come già chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. III, sentenza n. 3044/2020), **"In relazione all'asserita nullità della clausola di salvaguardia ritenuta vessatoria è sufficiente rilevare che la parte ha provveduto alla espressa sottoscrizione in calce ai sensi dell'art. 1321 c.c.; tale clausola era sicuramente ben conosciuta dalla società ricorrente, essendo stata introdotta in ambito regionale fin dal 2015 ed essendo stata inserita anche nei precedenti contratti stipulati in relazione alle annualità precedenti all'anno 2018. Ne consegue che non sussistono, quindi, nella fattispecie, le esigenze evidenziate dalla Corte di Cassazione a tutela del contraente debole (….). Ne consegue la piena validità della sottoscrizione e della clausola stessa".**

Nel caso di specie è lo stesso appellante, a pag. 11 del ricorso in appello, ad ammettere che "negli anni precedenti, come comprovabile per tabulas, l'ASP di Crotone prevedeva specificatamente, alla fine dello schema contrattuale, uno spazio dedicato alla sottoscrizione delle clausole da considerarsi vessatorie che, pertanto, subivano autonoma approvazione scritta conformemente a quanto previsto dalla disposizione codicistica; sezione, però, non presente nello schema di contratto 2020 allegato al DCA 4/2020, impugnato in primo grado".

La censura verte dunque sulla pretesa omissione di un adempimento meramente formale (peraltro nello schema di contratto allegato al DCA impugnato, e non nel singolo contratto sottoscritto), funzionale a meglio garantire la consapevolezza dell'aderente in merito al significato della clausola: consapevolezza che però nel caso di specie non risulta essere stata posta in discussione sul piano sostanziale.

7. Il ricorso in appello è pertanto manifestamente infondato e come tale dev'essere respinto.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza nei confronti dell'Azienda

Sanitaria Provinciale di Cosenza e del Commissario ad Acta per il Piano di Rientro dai Disavanzi del Settore Sanitario della Regione Calabria, mentre possono essere compensate nei confronti dei Ministeri della salute e dell'Economia e delle Finanze.

Sul risarcimento dei danni da adozione di illegittime delibere sulla fissazione dei tetti di spesa

CONSIGLIO DI STATO, sezione V, 20 dicembre 2024, n. 10280, Pres. Franconiero, Est. Sestini

Relativamente alla responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, la questione attiene non solo al danno evento ma anche al giudizio prognostico che si rende necessario quando risulta leso un interesse legittimo pretensivo. In tal senso, Consiglio di Stato, n. 5611 del 10 dicembre 2015: Nel caso in cui la parte abbia proposto sia l'azione di invalidità sia l'azione di responsabilità e l'esito del giudizio amministrativo di annullamento di un determinato provvedimento consenta il riesercizio dei poteri amministrativi discrezionali, il giudice amministrativo non può effettuare scelte suscettibili di invadere sfere di valutazione che la Costituzione riserva alla pubblica amministrazione. Ove, invece, la parte abbia proposto un'autonoma azione di responsabilità, il giudice amministrativo può effettuare un giudizio prognostico applicando le regole elaborate in ambito civilistico per ricostruire il nesso di causalità. In tal caso, il giudice deve accertare se ricorra un danno ingiusto valutando se – in applicazione della teoria della causalità adeguata – è più probabile che non che l'azione della pubblica amministrazione sia stata idonea a cagionare l'evento lesivo.

Fatto e diritto

Il giudizio verte attorno alla richiesta risarcitoria ex art. 30 c.p.a. promossa dalla Carlo Fiorino Hospital S.p.A. (già Casa di cura San Camillo S.r.l.) per i danni asseritamente subiti per effetto delle delibere n. 2477/2011 del 24 agosto 2011 e n. 948/2012 del 4 aprile 2012, adottate a firma del legale rappresentante dell'ASL Taranto, annullate dal TAR Lecce con le sentenze n. 1701/2012 e n. 360/2013, passate in giudicato per effetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 4645 dell'11 settembre 2014.

1.1 – In particolare, con deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL Taranto n. 2477 del 24 agosto 2011 la ASL TA fissava, per ciascuna struttura accreditata ad erogare prestazioni a carico del SSN, i tetti di spesa per l'anno 2011. I tetti di spesa per tale anno venivano calcolati secondo il criterio del "posto letto grezzo", in luogo del criterio del "posto letto pesato" (utilizzato per la ripartizione del fondo nell'anno 2010).

1.2 - La deliberazione n. 2477/2011 veniva impugnata dalla Casa di Cura San Camillo S.r.l. dinanzi al TAR della Puglia, Lecce che, con sentenza n. 1701/2012, la annullava perché affetta dal vizio di eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità, difetto di istruttoria e di motivazione.

Il TAR precisava che il criterio del "posto letto pesato" era conforme alla normativa e agli atti programmatori regionali in vigore (Deliberazioni della Giunta Regionale Pugliese nn. 1494/2009, 1500/2010 e 2866/2010), lo stesso non poteva dirsi per la scelta del nuovo criterio che, tra l'altro, risultava priva di motivazione ed istruttoria.

1.3 - Con deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL Taranto n. 948 del 4 aprile 2012, la ASL TA ripartiva il fondo unico aziendale facendo uso di un criterio ancora diverso rispetto a quello del "posto letto pesato" in quanto i tetti di spesa per l'anno 2012 venivano calcolati con il c.d. "indice di performance". Tale delibera veniva impugnata innanzi al TAR Puglia, Lecce che, con la sentenza n. 360/2013, la annullava per difetto di motivazione e di istruttoria.

1.4 - Il Consiglio di Stato, adito in appello dall'ASL Puglia, con la sentenza n. 4645/2014 confermava entrambe le statuizioni del TAR. Segnatamente, pur riconoscendo l'ampia sfera di discrezionalità che connota l'agire amministrativo della ASL nella determinazione dei tetti di spesa e pur non imponendo l'adozione del criterio del "posto letto pesato", la sentenza censurava la condotta della pubblica amministrazione procedente in quanto affetta da difetto di istruttoria e di motivazione ed ha statuito che il nuovo metodo scelto dalla ASL si poneva in contrasto con le disposizioni regionali vigenti in materia.

1.5 - Quindi, la ASL Taranto adottava una nuova determinazione – la n. 77 del 24 marzo 2015 - per la rideterminazione dei tetti di spesa per gli anni 2011 e 2012. L'amministrazione procedente utilizzava formalmente dei nuovi criteri che nondimeno, nella sostanza, prevedevano secondo l'odierna appellante una riproposizione del criterio del posto letto grezzo, già ritenuto illegittimo dal giudice di prime cure. Pertanto, la Casa di cura impugnava la deliberazione con due distinti ricorsi. Con il primo ricorso chiedeva di dichiararsi la nullità del provvedimento per elusione del giudicato, con il secondo ricorso, invece, censurava la deliberazione per vizi propri.

1.6 - Il TAR rigettava il primo ricorso ed accoglieva il secondo. Segnatamente, con la sentenza n. 1162/2016, annullava la nuova deliberazione perché viziata sotto il profilo istruttorio e motivazionale: la pubblica amministrazione non aveva infatti indicato le ragioni che rendevano preferibile la scelta del nuovo criterio rispetto al criterio del "posto letto pesato".

1.7 - In seguito all'annullamento della deliberazione n. 77/2015, la ASL Taranto non provveva alla rideterminazione dei tetti di spesa per gli anni 2011 e 2012.

2 - La Casa di cura appellante propone azione risarcitoria ex art. 30 c.p.a. per responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, assumendo di aver subito cospicui danni per effetto delle deliberazioni di assegnazione dei tetti di spesa anni 2011 e 2012, consistenti sia nelle decurtazioni abnormi dei tetti di spesa sia nell'aumento delle spese di gestione sopportate per effetto dell'aumento dei letti di ortopedia e dei letti di chirurgia.

2.1 - Quindi l'odierna appellante chiedeva al TAR di "accertare e dichiarare che l'Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, è esclusiva responsabile dei danni arrecati alla Casa di Cura San Camillo s.r.l." e per l'effetto condannare l'ASL al pagamento – a titolo di risarcimento del danno per equivalente - della somma corrispondente alla differenza tra quanto sarebbe

spettato alla ricorrente ove la ASL Taranto avesse proseguito nell'utilizzo del criterio del "posto medio pesato" e quanto ottenuto con i nuovi criteri.
2.2 – Veniva chiesto altresì il risarcimento del danno per comportamento inerte della pubblica amministrazione procedente.
3 - Con la sentenza n. 454/2020, pubblicata in data 16.4.2020 e non notificata, il TAR per la Puglia ha rigettato il ricorso, non ritenendo sussistenti tutti i requisiti per aversi responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo.
3.1 - In particolare, posto che è integrata la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo quando ricorrono i requisiti del provvedimento illegittimo, del danno ingiusto, del nesso causale tra il provvedimento ed il danno evento nonché l'elemento soggettivo dal dolo o dalla colpa dell'amministrazione, nella fattispecie in esame il TAR adito non ha rilevato la sussistenza del danno ingiusto.
3.2 - Secondo il TAR la parte ricorrente si sarebbe limitata a provare l'illegittimità delle deliberazioni, senza assolvere l'onere di dimostrare anche la spettanza del bene della vita al cui conseguimento l'interesse legittimo pretensivo fatto valere era proiettato: la Casa di cura avrebbe dovuto provare che, in caso di legittimo esercizio dell'attività amministrativa, la stessa avrebbe conseguito, in termini di probabilità oppure di certezza, l'attribuzione del tetto di spesa per gli anni 2011 e 2012 in termini corrispondenti a quelli derivanti dall'utilizzo del criterio del "posto letto pesato".
3.3 - Relativamente alla responsabilità da ritardo della pubblica amministrazione, il Tribunale adito ha affermato che il danno da ritardo risulta risarcibile solo quando può ritenersi certamente o probabilmente spettante il provvedimento che il richiedente assume non essere stato adottato nel termine e non già in caso di ritardo "mero". Pertanto, ha ritenuto l'azione risarcitoria destituita di fondamento.
4 - La Carlo Fiorino Hospital S.p.A. (già Casa di Cura San Camillo S.r.l.) appella la sentenza di primo grado, che a suo dire sarebbe "palesemente erronea ed ingiusta".
4.1 – La parte appellante ripercorre la cronistoria delle deliberazioni adottate dall'ASL Taranto e delle sentenze che ne hanno dichiarato l'illegittimità, quindi censura la sentenza di primo grado per aver negato la sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione procedente da provvedimento illegittimo.
4.2 – In particolare, al punto 1) dell'atto d'appello, in relazione al danno ingiusto, la parte appellante si duole del fatto che i giudici di prime cure, proprio ai fini della valutazione della sussistenza del presupposto del danno ingiusto, hanno ritenuto di escluderlo a motivo dell'asserita ampia discrezionalità attribuita all'ASL TA nell'esercizio della potestà di distribuzione delle risorse e dell'attribuzione dei tetti di spesa, non considerando adeguatamente, invece, che la potestà amministrativa doveva essere esercitata nell'ambito ed in applicazione degli specifici criteri già fissati dalla deliberazione di G.R. n. 1494/2009.
4.3 - La società appellante afferma che il risarcimento del danno conseguente alla declaratoria di illegittimità di un provvedimento amministrativo è configurabile non solo quando l'esercizio del potere sia legato ad un'attività vincolata, ma anche quando corrisponda ad un'attività che abbia un ambito limitato della discrezionalità: la ASL Taranto – pur non essendo obbligata ad adottare per gli anni 2011 e 2012 il criterio del "posto letto pesato" - avrebbe dovuto contenere la propria discrezionalità entro i limiti dei criteri stabiliti nella deliberazione di G.R. n. 1494/2009, così come fatto nell'anno 2010 con la deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL TA n. 2893/2010.
4.4 - Inoltre la parte appellante richiama il principio di affidamento incolpevole, affermando un proprio legittimo affidamento sull'assegnazione dei tetti di spesa per gli anni 2011 e 2012 nella misura quantificata ed attribuita nell'anno 2010, siccome calcolata avendo riguardo di un criterio, quello del "posto letto pesato" del tutto coerente con i parametri di cui alla deliberazione di G.R. n. 1494/2009 e, comunque, su budgets di spesa superiori a quelli assegnati con le deliberazioni annullate, contando semplicemente sull'applicazione dei criteri di cui alla deliberazione di G.R. n. 1494/2009.
4.5 - Al punto 2) dell'atto d'appello, in relazione al danno conseguenza, la Carlo Fiorino Hospital S.p.A. si duole di aver subito danni per effetto dei provvedimenti dichiarati illegittimi per complessivi euro 14.416.308,98. La Casa di cura, infatti, in conseguenza dell'illegittimo e notevole taglio di risorse finanziarie relativo ai tetti di spesa 2011 e 2012 e stante l'aumento del volume delle spese di gestione sopportate, avrebbe dovuto fare ricorso al credito bancario (aperture di credito per liquidità di cassa e per anticipo fatture, finanziamenti a medio-lungo termine per consolidamento delle passività maturate), sopportando, in tal modo, gravosi oneri finanziari. La stessa, poi, non sarebbe stata più in grado di assolvere puntualmente al versamento dei contributi previdenziali e dell'Irpef, nonché alle relative cartelle esattoriali, per cui sarebbe stata costretta a richiedere la rateizzazione di tali oneri e delle imposte (Ires ed Irap), con aggravio di interessi ed applicazione di sanzioni per il ritardato versamento.
4.6 - Al punto 3) dell'atto di appello, in relazione alla colpa grave, la parte appellante afferma che la ASL Taranto avrebbe adottato le deliberazioni n. 2477/2011 e n. 948/2012 disattendendo colposamente i parametri ed i criteri di riferimento dettati dalla deliberazione di G.R. n. 1494/2009, criteri che non presentavano alcuna difficoltà interpretativa, così come rilevato nelle sentenze di annullamento del TAR (poi confermate dal Consiglio di Stato).
4.7 - In relazione al nesso eziologico, la parte ricorrente ritiene palesemente sussistente il rapporto causale tra la condotta illegittima della pubblica amministrazione ed il danno evento.
5. La ASL Taranto, ritualmente e tempestivamente costituitasi in giudizio in data 18 luglio 2024, con memoria depositata in data 31 luglio 2024 ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per superamento dei limiti dimensionali, nonché l'infondatezza dei motivi di gravame per assenza dei requisiti necessari per aversi responsabilità.
6 – Ai fini della decisione ed in disparte la questione, marginale, del superamento dei limiti dimensionali, che può non essere comunque esaminata stante la non fondatezza del gravame, il Collegio osserva quanto segue.
6.1 - Relativamente alla responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, la questione attiene non solo al danno evento ma anche al giudizio prognostico che si rende necessario quando risulta leso un interesse legittimo pretensivo. In tal senso, Consiglio di Stato, n. 5611 del 10 dicembre 2015: Nel caso in cui la parte abbia proposto sia l'azione di invalidità sia l'azione di responsabilità e l'esito del giudizio amministrativo di annullamento di un determinato provvedimento consenta il riesercizio dei poteri amministrativi discrezionali, il giudice amministrativo non può effettuare scelte suscettibili di invadere sfere di valutazione che la Costituzione riserva alla pubblica

amministrazione. Ove, invece, la parte abbia proposto un'autonoma azione di responsabilità, il giudice amministrativo può effettuare un giudizio prognostico applicando le regole elaborate in ambito civilistico per ricostruire il nesso di causalità. In tal caso, il giudice deve accertare se ricorra un danno ingiusto valutando se – in applicazione della teoria della causalità adeguata – è più probabile che non che l'azione della pubblica amministrazione sia stata idonea a cagionare l'evento lesivo.

6.2 - Relativamente alla responsabilità della pubblica amministrazione da danno da ritardo, può accadere che – come nel caso di specie – la pubblica amministrazione ometta di adottare un provvedimento, neppure tardivamente. In tale ipotesi, il privato può agire con l'azione avverso il silenzio oppure proporre direttamente l'azione risarcitoria. Peraltro, quando il privato eserciti la sola azione risarcitoria, si pone il problema del giudizio prognostico.

Secondo una prima tesi, il privato ha diritto al risarcimento del danno solo se gli viene riconosciuto il bene della vita. Secondo una diversa tesi, assume rilevanza anche il mero ritardo. Pertanto il privato avrebbe comunque diritto al risarcimento del danno per lesione della libertà di autodeterminazione negoziale.

7 – Impostati nei predetti termini i punti rilevanti della questione controversa, considera il Collegio che nella fattispecie considerata l'Amministrazione intimata ha fatto via via ricorso a criteri diversi di determinazione delle esigenze finanziarie delle strutture sanitarie, tutti in astratto idonei ma progressivamente esaminati e sindacati dal giudice amministrativo in relazione alle ritenuta necessità di applicare le prescrizioni di una disciplina ampia, stratificata, articolata fra i diversi livelli territoriali e non sempre coordinata, di modo che l'applicazione di un criterio in luogo di un altro fra quelli sopraindicati poteva in ipotesi essere ritenuta erronea ma non poteva configurare un danno ingiusto risarcibile nella presente sede giurisdizionale, in quanto comunque corrispondente a previsioni normative e ad esigenze ordinamentali, di tutela della salute pubblica e di contenimento della spesa sanitaria pubblica, tutte in ipotesi rilevanti quando non vincolanti per l'Amministrazione, venendo a maggior ragione meno anche il profilo soggettivo di imputazione della relativa responsabilità.

7.1 – D'altro canto la società appellante, in qualità di parte di un rapporto convenzionale comportante l'erogazione di risorse pubbliche per lo svolgimento di un'attività imprenditoriale in condizione "protetta" dalle regole di concorrenza del libero mercato, era o doveva comunque essere, alla stregua di un necessario criterio di diligenza professionale, consapevole delle modalità, non del tutto univoche, di finanziamento con la conseguente necessità di adottare regole di prudenza quanto alla previsione dei futuri budget di spesa.

7.2 – Le pregresse considerazioni valgono altresì a far escludere la configurabilità, nella specifica fattispecie in esame, di un danno da ritardo, in presenza di una faticosa messa a punto di risposte successive e non di una colpevole inerzia dell'Amministrazione.

8 – L'appello non può pertanto essere accolto. La descritta non univocità della normativa e delle prassi amministrative di riferimento depongono tuttavia per la integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio

Sulle misure di profilassi per l'abbattimento di 26 capi bufalini e sull'indennizzo ex art. 19 del D.M. n. 592/95

CONSIGLIO DI STATO, sezione III, 24 dicembre 2024, n. 10386, Pres. Corradino, Est. Pescatore

La materia di che trattasi è innervata da una prioritaria esigenza di salvaguardia della salute pubblica, umana ed animale, che orienta tutte le statuizioni volte alla predisposizione di un sistema vigilanza attiva sugli allevamenti, alla programmazione di rigorose misure di profilassi, alla prevenzione del morbo ovvero alla sua più sollecita eradicazione, una volta che ne sia stata riscontrata la presenza, oltre che alla ostruzione dei canali della sua possibile ulteriore propagazione (si vedano le restrizioni concernenti l'isolamento degli animali infetti o l'impiego del latte da questi prodotto): l'obiettivo di sintesi avuto di mira dal legislatore è quello del più tempestivo e rigoroso contenimento della diffusione della tubercolosi.
In tale contesto, l'indennità prevista dall'art. 19 del D.M. n. 592/95 ha una chiara finalità premiale che si giustifica in ragione del contributo fattivo che gli allevatori sono chiamati ad offrire alla causa dell'eradicazione o della limitazione dell'infezione.

Fatto e diritto

1. L'odierna appellante, titolare dell'omonima azienda di allevamento bufalino con sede in S. Maria La Fossa, località Ponte Annecchino, c.a. 084CE006, ha instaurato dinanzi al TAR Campania Napoli e nei confronti della ASL Caserta un complesso contenzioso - consistente nella proposizione di un ricorso originario e di ben otto motivi aggiunti - volto all'annullamento della sequela di atti attraverso i quali sono state adottate nei suoi confronti misure di profilassi sfociate poi nell'abbattimento di 26 capi bufalini aziendali sospettati di essere affetti dal Mycobacterium tuberculosis (cd. Bacillo di Koch).
L'abbattimento ha fatto seguito ad una fase di rilevazione dell'infezione che ha visto inizialmente impiegata la prova di intradermoreazione (IDT) singola con individuazione di venti bufali con esito positivo. Di questi, sei animali sono risultati anche positivi al gamma interferon. Successivamente sono stati individuati altri cinque bufali positivi alla prova di intradermoreazione, di cui due sono risultati positivi anche alla prova del gamma interferon. Infine è stato individuato un altro bufalo positivo ad entrambe le prove.
2. Il TAR ha seguito un metodo di schematizzazione delle doglianze che ha accorpato quelle formulate nei motivi primo e secondo del ricorso introduttivo (aventi ad oggetto il Piano Straordinario Regionale per il controllo delle malattie infettive della bufala mediterranea italiana per la Regione Campania, approvato con D.G.R.G. n. 207/2019), nonché nei primi, secondi, terzi, quarti e ottavi motivi aggiunti (riferiti al provvedimento dell'ASL di abbattimento di 20 capi bufalini, sebbene soltanto 6 degli stessi fossero risultati presuntivamente positivi ad entrambe le prove I.D.T. singola e gamma interferone; al successivo provvedimento di abbattimento di altri 5 animali, sebbene soltanto 2 fossero risultati presuntivamente positivi ad entrambe le stesse prove; ai provvedimenti recanti l'ingiunzione di abbattimento coatto dei capi de quibus).
Questo complesso di mezzi impugnatori è stato ricondotto a cinque sostanziali questioni:
I) l'illegittimità del Piano Straordinario della Campania in quanto adottato senza previa intesa Stato-Regione e quindi in violazione dell'art. 117 comma 1, lettera q) della Costituzione;
II) l'illegittimità della disposizione del Piano regionale nella parte in cui prevede l'esame del gamma-interferon quale controprova della positività alla IDT singola, in sostituzione della IDT comparativa, nonostante detto esame (gamma-interferon) non sia incluso tra le prove ufficiali dalla disciplina eurounitaria e nazionale e, comunque, non sia validato scientificamente;
III) l'illegittimità delle verifiche sulla presenza di tubercolosi bufalina in quanto effettuate in violazione del principio del contraddittorio;
IV) l'inadeguatezza del Kit Bovigam utilizzato per l'esame del gamma-interferon, in quanto non validato per la bufala mediterranea;
V) l'irragionevolezza della previsione del Piano Regionale, di cui al Paragrafo B.3.2. "Esecuzione prove diagnostiche", secondo cui anche se soltanto un capo sottoposto a test risulti positivo ad entrambe le prove (IDT singola e gamma interferone), anche tutti gli altri animali sottoposti ai controlli, quand'anche positivi soltanto alla prova con l'IDT singola ma negativi al gamma interferone, vanno inviati a macello.
Di queste questioni (esaminate ai capi 51-53) solo l'ultima è stata ritenuta fondata (capo 53) mentre le altre sono state respinte.
3. Separatamente sono stati invece esaminati i rimanenti atti di motivi aggiunti, ovvero il quinto (accolto al capo 54, con l'accertamento del diritto dell'appellata a conseguire il pagamento dell'indennità per l'abbattimento dei 25 capi bufalini, oggetto delle ordinanze di macellazione, sebbene l'abbattimento fosse stato eseguito oltre il termine assegnato di 15 giorni), sesto e settimo (respinti al capo 55), nonché i motivi terzo e quarto del ricorso introduttivo (respinti al capo 56).
4. La sentenza è oggetto di due appelli nn. 8773/2021 e 9053/2021, poi riuniti con ordinanza n. 7555/2021, proposti rispettivamente dalla sig.ra -*OMISSIS*-e dalla ASL Caserta.
5. Nel corso delle due cause, poi riunite e che hanno visto partecipi al contraddittorio anche il Ministero della Salute e la Regione Campania, è stata accolta la domanda cautelare (con ordinanza n. 7555/2021 confermata dalla successiva n. 1392/2022) e disposta una doppia verificazione tecnica: la prima, affidata all'Istituto Superiore di Sanità, è culminata in una relazione depositata in data 10 febbraio 2022; la seconda, affidata ad un Collegio misto (con tre componenti designati

rispettivamente dal Ministro della Salute, dal Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità e dal Comandante dell'Arma dei Carabinieri), si è conclusa con il deposito di una relazione in data 7 dicembre 2023.

Le cause sono state trattenute in decisione all'udienza pubblica del 21 novembre 2024.

6. L'appello n. 9053/2021 si articola in quattro motivi di doglianza.

6.1. Con il primo di essi l'ente appellante eccepisce l'inammissibilità del ricorso introduttivo di primo grado e dei motivi aggiunti primi, secondi, quarti e quinti, per la mancata evocazione in giudizio dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale del Mezzogiorno quale pubblica Amministrazione autonoma, dotata di personalità giuridica, unica competente all'esecuzione dei test contestati e quindi parte passivamente e necessariamente legittimata al contraddittorio in quanto emanante o co-emanante gli atti gravati.

La necessità di questa estensione del contraddittorio deriverebbe in particolare dal fatto che l'impugnativa ha avuto ad oggetto i rapporti di prova dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale del Mezzogiorno n. 119825 del 5.8.2019 (oggetto del primo atto di motivi aggiunti) e n. 129319 del 30.8.2019 (oggetto del secondo atto di motivi aggiunti), da cui è emersa la positività rispettivamente di 20 e 5 capi bufalini, nonché la relazione di perizia a firma della dott.ssa Esterina De Carlo dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale del Mezzogiorno, prodotta in giudizio dalla ASL (oggetto del terzo atto di motivi aggiunti).

6.2. La prospettata violazione del contraddittorio non è condivisibile.

È decisivo considerare che l'impugnativa si è concentrata su talune specifiche prescrizioni dell'impugnato Piano Regionale concernenti le modalità di accertamento (con prove diagnostiche indirette) della positività alla TBC, nonché sui provvedimenti dell'ASL Caserta (ordinanze di abbattimento) adottati sulla scorta delle denunciate previsioni del Piano, quindi su atti estranei alle funzioni specifiche dell'Istituto Zooprofilattico e censurati per profili esulanti dalle sue competenze.

Rispetto ai provvedimenti impugnati, le analisi eseguite dall'Istituto Zooprofilattico rilevano quali meri prodromi tecnici di natura endoprocedimentale, posti "a valle" delle previsioni del Piano Regionale ed "a monte" dei provvedimenti dell'ASL, ma comunque privi ex se di diretta efficacia lesiva degli interessi della odierna ricorrente, e comunque non attinti da doglianze ad essi direttamente riferibili.

Anche i motivi di appello proposti dalla ASL nel presente grado di giudizio reiterano questioni interpretative della normativa di settore che in alcun modo investono il ruolo e le competenze dell'Istituto, neppure per quanto concerne la denunciata violazione del supposto diritto dell'allevatore a partecipare allo svolgimento delle prove di indagine "in contraddittorio" con l'ente accertatore.

7. Il secondo e il terzo motivo di appello investono il capo 53 che ha annullato il punto B.3.2., punto 2.2. della D.G.R.C. n. 207/19 (così accogliendo in parte qua il ricorso introduttivo nonché il primo, secondo e quarto ricorso per motivi aggiunti) nella parte in cui vi si prevede che:

- se tutti i capi risultati positivi alla IDT individuale risultano anche tutti negativi all'indagine supplementare, si procede alla revoca del sospetto/sospensione (2.1);
- se almeno un capo è positivo al gamma-interferon, tutti i capi già positivi alla IDT individuale e il capo/i positivi al gamma-interferon vengono inviati a macello (2.2).

7.1. Il TAR ha accertato il contrasto della previsione con l'articolo 5, comma 1, dell'Ordinanza del Ministero della Salute 28 maggio 2015 – recante: "Misure straordinarie di polizia veterinaria in materia di tubercolosi, brucellosi bovina e bufalina, brucellosi ovi-caprina, leucosi bovina enzootica" – nel testo modificato dall'O.M. 6 giugno 2017, che prevede l'abbattimento dei capi soltanto dopo che sia stata definitivamente accertata la loro positività nonché successivamente all'apertura ufficiale del focolaio.

Si legge nella sentenza che l'illogicità del punto B.3.2., punto 2.2. della D.G.R.C. n. 207/19 "emerge già dal rilievo per cui, ove dovesse registrarsi, come nella specie, un'enorme discordanza tra gli esiti (di positività) della prova intradermica e quelli (negativi) del gamma-interferon, si prescinde da ogni ulteriore misura di approfondimento diagnostico, nonostante la contraddittorietà del quadro complessivo, nondimeno emergente dal rilevamento di una ristretta percentuale di casi di positività confermate anche attraverso il secondo esame (con la precisazione che è comunque sufficiente, in base alla contestata disposizione, anche il riscontro positivo di un solo capo al secondo esame per procedere all'abbattimento totale dei capi in questione). Nello specifico, l'Asl ha disposto la sospensione della qualifica e l'abbattimento di tutti i 26 capi (20 +5+1, oggetto delle tre ordinanze di abbattimento gravate) ritenuti infetti alla IDT singola, benché solo 9 di essi (6+2+1) siano risultati positivi anche al test del gamma-interferon… Ed invero, una volta effettuata la prova di approfondimento al gamma-interferon, a prescindere dallo scopo della verifica stessa, appare comunque del tutto irragionevole procedere all'abbattimento di tutti i capi, anche a fronte di un dato contraddittorio emergente dal confronto dei risultati dei due esami diagnostici".

7.2. Il secondo motivo di appello illustra l'opposta tesi secondo cui la scelta della Regione Campania non si porrebbe affatto in contrasto con la normativa comunitaria, atteso che la prova del gamma-interferon, prevista dal Manuale di norme per le prove diagnostiche e i vaccini dell'OIE, è riconosciuta a livello eurounitario come prova diagnostica di riferimento accanto alla prova tubercolinica, né con la normativa statale, posto che l'IDT singola, assunta a prova d'elezione nel piano regionale, è prova ufficiale di per sé sufficiente per la rilevazione dell'infezione da M. Bovis e che, comunque, le fonti nazionali rinviano alle prove indicate nel Regolamento (CE) 1226/2002 dell'8 luglio 2002 tra le quali è pacificamente inclusa anche la prova del gamma-interferon.

7.3. Con il terzo motivo l'ASL appellante evidenzia, in aggiunta a quanto sopra, che la decisione di annullamento qui contestata produce l'effetto di ingenerare dubbi e ritardi sull'azione di prevenzione delle infezioni da M. Bovis, con gravi rischi per la diffusione del contagio nell'allevamento interessato e in quelli vicini, nonché per la salute umana, così alterando il quadro di misure di profilassi orientato all'anticipazione precoce del rischio del quale non sia nota con certezza l'effettiva potenzialità pericolosa.

7.4. Il Collegio ritiene che i motivi secondo e terzo siano entrambi infondati, per le ragioni illustrate in analogo giudizio definito da questa Sezione con la sentenza n. 5018/2024.

7.5. Va aggiunto che con memoria depositata il 21 aprile 2022 la ASL ha chiesto dichiararsi la cessazione della materia del contendere ovvero l'improcedibilità dell'appello in parte qua, per sopravvenuta carenza d'interesse, in virtù della volontà manifestata dalla Regione Campania (e recepita

dall'appellante ASL) di dare acquiescenza sul punto alla decisione di primo grado.
A comprova di ciò l'ASL ha allegato copia sia della nota della Giunta Regionale della Campania – Direzione Generale per la Tutela della Salute ed il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale – Unità Operativa Dirigenziale Prevenzione e Sanità Pubblica Veterinaria, prot. n. PG/2021/0312321 del 10.6.21, sia della delibera della G.R. n. 104 dell'8.3.22, pubblicata nel BURC n. 28 del 14.3.22 contenente il punto "B", concernente "Tubercolosi della specie bufalina e bovina – Stabilimento indenne da infezioni da complesso mycrobacterium tubercolosis".
Con il primo atto il competente Dirigente regionale ha disposto di recepire il decisum di primo grado attraverso la modifica del paragrafo B.3.2., punto 2.2., comunicando alla ASL quanto segue: "Nelle more dell'adeguamento della DGRC 207/2019 al Reg. UE 429/2016, è necessario da subito dare attuazione a quanto disposto con la sentenza intendendo così modificato il citato punto 2.2".
Nel secondo atto non figura più la disposizione di cui al punto B.3.2., punto 2.2. di cui al precedente Piano approvato con D.G.R.C. n. 207/19, che quindi deve ritenersi definitivamente abrogata e comunque non più in vigore.
7.6. Alla richiesta della ASL ha aderito la Regione Campania con memoria depositata il 4 maggio 2022 (p. 7).
7.7. Alla luce delle richiamate circostanze, il Collegio reputa che sussistano i presupposti - assorbenti rispetto alla valutazione di merito - per potersi dichiarare l'improcedibilità in parte qua dell'appello.
8. Il quarto motivo di appello investe il capo 54 della sentenza che – in accoglimento del quinto ricorso per motivi aggiunti – ha annullato la nota prot. n. 16159/VET del 21.1.20, con cui il Responsabile dell'Unità Operativa Veterinaria, Distretto 21 di S. Maria C.V. del Dipartimento di Prevenzione della ASL Caserta, aveva riscontrato negativamente la richiesta formulata dalla ricorrente volta a conseguire il pagamento dell'indennità per l'abbattimento dei 25 capi bufalini.
Il provvedimento di rigetto è stato assunto sul presupposto che i capi bufalini non fossero stati "abbattuti nei termini di legge stabiliti".
8.1. Nella sentenza di primo grado si legge che:
-- ai sensi dell'art. 8 comma 1 del D.M. 15 dicembre 1995, n. 592, "I bovini o bufalini dichiarati infetti devono essere subito isolati e macellati, sotto controllo ufficiale, al più presto e comunque non oltre trenta giorni dalla notifica ufficiale al proprietario o al detentore. In via eccezionale, quando l'abbattimento riguarda un numero di capi superiore a trenta, l'unità sanitaria locale competente per territorio, previo parere favorevole del servizio veterinario regionale e sentito il Ministero della sanità - Direzione generale dei servizi veterinari, può autorizzare un programma di abbattimento differito che comunque non si protragga oltre novanta giorni dalla data della notifica. Nell'eventualità che l'allevatore non provveda a macellare tutti gli animali infetti, entro il termine massimo fissato nel programma di abbattimento, il sindaco, su proposta del servizio veterinario competente per territorio, adotta apposita ordinanza di abbattimento per i capi rimasti";
-- l'art. 19 del medesimo D.M. aggiunge che "per ottenere l'indennità di abbattimento gli interessati devono far macellare o abbattere tutti gli animali infetti al più presto e non oltre i termini stabiliti dal comma 1 dell'art. 8 del presente regolamento, e consegnare i relativi certificati di abbattimento (modello 9/33) alla unità sanitaria locale competente per territorio non oltre sessanta giorni dalla data dell'ultimo abbattimento unitamente alla richiesta di indennizzo ...";
-- il medesimo Regolamento non prevede, a fronte dell'inadempimento dell'Allevatore all'ordine di abbattimento, un intervento surrogatorio da parte dell'Azienda Sanitaria, mediante l'adozione dell'Ordinanza di abbattimento coattivo, essendo questo intervento stato introdotto con l'articolo 12, comma 4, dell'Ordinanza Ministeriale 14 novembre 2006 ("Se il proprietario o detentore non provvede a macellare tutti i capi nel termine di cui al comma 3, il direttore generale della Azienda sanitaria locale, su proposta del Servizio Veterinario locale, ordina l'abbattimento coattivo dei capi rimasti"; il successivo comma 5 precisa che "Nel caso di cui al comma 4 non è corrisposta l'indennità di abbattimento per tutti i capi oggetto del provvedimento e sono a carico del proprietario o detentore tutte le spese relative all'applicazione delle misure di polizia veterinaria. Il Servizio Veterinario locale anticipa le spese necessarie all'applicazione delle misure di polizia veterinaria");
-- tale previsione è stata trasfusa nell'Ordinanza Ministeriale del 28 maggio 2015, espressamente richiamata nel provvedimento che forma oggetto della presente impugnativa, con talune essenziali specificazioni. Invero, l'art. 5, comma 4, dell'O.M. in parola dispone: "Su tutto il territorio nazionale nel caso in cui il proprietario o detentore non provvede a macellare tutti i capi, in base alle disposizioni di cui al comma 1, lettera a) e comma 2 del presente articolo, l'autorità competente ordina l'abbattimento coattivo dei capi, con l'ausilio del Servizio veterinario e, se necessario, delle forze dell'ordine. In caso di abbattimento coattivo non è corrisposta l'indennità di abbattimento di cui all'art. 8 e tutte le spese sostenute per l'applicazione delle misure di polizia veterinaria sono a carico del proprietario o detentore ...".
8.2. Alla luce di questa ricognizione il TAR conclude che "se, in origine, sulla base dell'art. 19 del D.M. n. 592/1995, la sola inosservanza del termine assegnato dall'Amministrazione all'allevamento per l'abbattimento dei capi (presuntivamente) infetti comportava la "perdita" del diritto all'erogazione dell'indennità, successivamente, tale effetto è stato collegato dal Ministero della Salute, in un primo momento, alla sola adozione dell'ordine di abbattimento coattivo (art. 12 O.M. 14 novembre 2006) e, attualmente, non soltanto all'adozione ma all'effettiva esecuzione dell'abbattimento coattivo da parte dell'Azienda Sanitaria, con l'ausilio – se del caso – delle Forze dell'Ordine (art. 5, comma 4, O.M. 28 maggio 2015). Pertanto ciò che rileva, in senso ostativo rispetto a tale erogazione, è l'adozione ed esecuzione dell'ordine di abbattimento coatto, non la sola addotta inadempienza nel termine assegnato".
Aggiunge il TAR che "nell'ipotesi di specie i venticinque capi oggetto del provvedimento di diniego dell'indennizzo non sono stati macellati coattivamente dall'Autorità sanitaria, ma è stata la ricorrente ad assumere tale iniziativa in attuazione all'ordine di abbattimento originario, datato 6 agosto 2019" prot. n. 175824/VET21, poi reiterato con l'ordine di abbattimento coatto, n. 6/2019, del 19 novembre 2019.
Quest'ultimo ha peraltro riguardato i 20 capi bufalini iniziali, poiché gli ulteriori cinque capi bufalini sono stati oggetto di un distinto ordine di abbattimento del 3 settembre 2019, prot. n. 188069/VET21, al quale non ha fatto seguito alcuna misura di abbattimento coattiva.
Ne consegue che – non essendo stato portato ad esecuzione l'ordine di abbattimento coatto – sussiste il diritto della ricorrente alla ricezione della prescritta indennità, maggiorata degli interessi legali, come per legge.
8.3. Osserva di contro la ASL appellante che:

i) come ammesso dall'appellata alle pagg. 4 e 5 del ricorso introduttivo, i provvedimenti di abbattimento dei 25 capi bufalini, dalla cui esecuzione si vorrebbe far discendere il diritto all'indennizzo, risalgono al 6 agosto 2019, prot. n. 175824/VET 21 e contengono pacificamente l'indicazione del termine di giorni 15;
ii) detto termine trova conferma (oltre che nelle disposizioni richiamate dal TAR, anche) nell'art. 5, comma 2, O.M. 28 maggio 2015 ("Il Servizio veterinario, sentito il parere dell'Istituto zooprofilattico sperimentale e della regione competenti e sulla base dei criteri previsti all'allegato 2 alla presente ordinanza, dispone l'abbattimento totale dei capi presenti nell'allevamento, da eseguirsi entro 15 giorni dalla data di notifica del provvedimento stesso. Per comprovate difficoltà di carattere logistico o commerciale, il Servizio veterinario può prorogare il termine per l'abbattimento totale fino a un massimo di 30 giorni dalla data di notifica del provvedimento, posto che ciò non costituisca un rischio per la salute");
iii) nel caso di specie il termine di giorni 15 non è stato rispettato, né possono assumere rilievo le vicende successive, anche di natura processuale, in quanto il decreto cautelare n. 6159 del 6 dicembre 2019 è intervenuto ben al di là del termine di giorni 15 concesso dalla ASL per l'abbattimento;
iv) peraltro, l'individuazione dei presupposti necessari per ottenere l'indennizzo nell'ipotesi di macellazione spontanea è desumibile non solo dal citato art. 8 dell'O.M. 2015, che va letto in combinato disposto con l'art. 5, comma 2, ma anche dall'art. 19 del D.M. n. 592/1995 che richiede il rispetto dei termini e quindi ne sancisce la perentorietà laddove, come si è visto, dispone che "per ottenere l'indennità di abbattimento gli interessati devono far macellare o abbattere tutti gli animali infetti al più presto e non oltre i termini stabiliti dal co. 1 dell'art. 8 del presente Regolamento".
La tesi conclusiva della ASL appellante è dunque che ai fini del diniego dell'indennizzo è sufficiente la violazione del termine perentorio, con successiva emanazione dell'ordine di abbattimento coattivo, senza che occorra anche che quest'ultimo venga portato in esecuzione.
8.4. Il motivo è fondato, sulla base di ragioni di carattere testuale e logico-sistematico di seguito illustrate.
Va anzitutto premesso che l'art. 19 del D.M. n. 592/95 è netto nell'imporre il rispetto di termini perentori e nel ricollegare alla loro inosservanza la mancata erogazione dell'indennità di abbattimento.
La stessa inosservanza determina la "adozione" dell'ordinanza di abbattimento.
L'Ordinanza Ministeriale del 28 maggio 2015 non altera affatto questo meccanismo consecutivo, in quanto per un verso conferma che l'abbattimento totale dei capi deve essere eseguito "entro 15 giorni dalla data di notifica del provvedimento", termine connotato chiaramente come perentorio poiché prorogabile solo in casi particolari e su intervento del Servizio veterinario stesso (art. 5 comma 2); e, per altro verso, annette all'inosservanza del termine (ovvero alla violazione delle richiamate disposizioni di cui comma 2 dell'art. 5) sia la "adozione" dell'ordine di abbattimento coattivo, sia la mancata corresponsione dell'indennità (art. 5 comma 4: "nel caso in cui il proprietario o detentore non provvede a macellare tutti i capi, in base alle disposizioni di cui al comma 1, lettera a) e comma 2 del presente articolo, l'autorità competente ordina l'abbattimento coattivo dei capi, con l'ausilio del Servizio veterinario e, se necessario, delle forze dell'ordine. In caso di abbattimento coattivo non è corrisposta l'indennità di abbattimento di cui all'art. 8 e tutte le spese sostenute per l'applicazione delle misure di polizia veterinaria sono a carico del proprietario o detentore ...").
Dunque, ciò che rileva ai fini del disconoscimento dell'indennizzo non è l'esecuzione dell'ordine di abbattimento coattivo (di cui non si fa mai cenno nella normativa in commento) ma la sua semplice "adozione" (l'espressione impiegata è "in caso di abbattimento coattivo"); adozione che, a sua volta, è conseguenza automatica dell'inosservanza del termine ("l'autorità competente ordina l'abbattimento coattivo"), sicché, in ultima analisi, è questa ultima evenienza a determinare la serie successiva e consecutiva di effetti.
Testualmente conformi alla lettura qui illustrata sono le disposizioni di cui all'articolo 12, commi 4 e 5, dell'Ordinanza Ministeriale 14 novembre 2006 ("Se il proprietario o detentore non provvede a macellare tutti i capi nel termine di cui al comma 3, il direttore generale della Azienda sanitaria locale, su proposta del Servizio Veterinario locale, ordina l'abbattimento coattivo dei capi rimasti" – comma 4; "nel caso di cui al comma 4 non è corrisposta l'indennità di abbattimento per tutti i capi oggetto del provvedimento" – comma 5), ove risulta nuovamente sancito che la mancata corresponsione della indennità riguarda "i capi oggetto del provvedimento" di cui al comma 4, cioè il provvedimento recante l'ordine di abbattimento coattivo: ne viene, ancora una volta, che è la sola emissione di questo ordine (quale conseguenza della violazione del termine) - e non già la sua esecuzione - a determinare la non erogabilità dell'indennizzo.
L'interpretazione letterale e sistematica delle richiamate previsioni porta quindi a disattendere la tesi del TAR secondo cui, per il diniego dell'indennizzo, occorrerebbe non solo l'adozione ma anche l'esecuzione del provvedimento di abbattimento coatto.
Aggiungasi, sotto il profilo teleologico-funzionale, che se la norma di cui all'art. 5, comma 4, dell'O.M. 28 maggio 2015 fosse interpretata nel senso indicato dal TAR, verrebbe a configurarsi un sistema del tutto disfunzionale e contrario alle esigenze di cautela sanitaria sottese alla normativa disciplinante le misure di profilassi e contenimento del morbo, poiché l'allevatore potrebbe lasciare ineseguite le ordinanze di abbattimento (con tutti i relativi rischi) fino al momento dell'esecuzione del provvedimento di abbattimento di ufficio, scegliendo ad libitum e all'ultimo momento, ossia prima dell'esecuzione coattiva, di macellare spontaneamente gli animali infetti per mantenere comunque il diritto all'indennizzo.
È già stata evidenziata da questa Sezione "sul piano .. della buona funzionalità del sistema.. l'iniquità di un meccanismo che facesse dipendere l'accesso al beneficio non già da un dato oggettivo e paritario per tutti gli allevatori interessati (ovvero l'osservanza del termine dei 15 giorni, salvo proroga, a decorrere dalla notifica dell'ordine di abbattimento), ma che lo condizionasse ad un intervento sostitutivo dell'autorità competente, non ancorato a tempistiche tassative, predefinite, conoscibili ex ante e uniformi: in tale ultima ipotesi, infatti, il riconoscimento o meno dell'aiuto economico verrebbe a risentire della maggiore o minore sollecitudine dell'intervento d'ufficio del servizio pubblico e, quindi, di un fattore aleatorio o non pienamente ponderabile, come tale non in grado di assicurare l'omogeneità del trattamento indennitario" (Cons. Stato, Sez. III, n. 1691 del 2022).
Nel medesimo senso si è osservato che "la materia di che trattasi è innervata da una prioritaria esigenza di salvaguardia della salute pubblica, umana ed animale, che orienta tutte le

statuizioni volte alla predisposizione di un sistema vigilanza attiva sugli allevamenti, alla programmazione di rigorose misure di profilassi, alla prevenzione del morbo ovvero alla sua più sollecita eradicazione, una volta che ne sia stata riscontrata la presenza, oltre che alla ostruzione dei canali della sua possibile ulteriore propagazione (si vedano le restrizioni concernenti l'isolamento degli animali infetti o l'impiego del latte da questi prodotto): l'obiettivo di sintesi avuto di mira dal legislatore è quello del più tempestivo e rigoroso contenimento della diffusione della tubercolosi.

In tale contesto, l'indennità prevista dall'art. 19 del D.M. n. 592/95 ha una chiara finalità premiale che si giustifica in ragione del contributo fattivo che gli allevatori sono chiamati ad offrire alla causa dell'eradicazione o della limitazione dell'infezione.

Ove questo apporto collaborativo, funzionale, in ultima analisi, alla tutela dell'interesse generale alla salute pubblica, venga a mancare, viene meno anche la giustificazione del beneficio economico che dello stesso costituisce giusto riconoscimento.

In tale prospettiva risulta chiaro che l'ipotesi dell'abbattimento coattivo effettuato in supplenza dell'allevatore inerte costituisce la misura inevitabile per affrontare l'accaduto e si colloca al di fuori del perimetro fisiologico entro il quale il legislatore ha inteso consentire l'accesso alla misura pubblica di ausilio. Di più, il titolare dell'allevamento che non provveda nei termini all'abbattimento dei capi infetti - mancando di collaborare con un sistema di vigilanza e di assistenza sanitaria del cui prezioso supporto pure in molteplici forme si avvantaggia e per di più mirando se del caso a commercializzare il latte che di per sé non dovrebbe essere immesso sul mercato - concorre ad incrementare i rischi di diffusione della malattia e aggrava i costi a carico della collettività, quindi si rende autore di condotte e di effetti conseguenti che è nell'interesse pubblico generale contrastare ed in relazione ai quali risulterebbe assai incongruo (se non addirittura dubbio sul piano della ragionevolezza costituzionale) giustificare l'accesso a misure di sollievo economico a valere sul pubblico erario" (Cons. Stato, Sez. III, n. 1691 del 2022).

In conclusione, attenendosi a criteri di logicità e coerenza con i principi sovraordinati, la disciplina statale (di rango primario e secondario) non può che essere interpretata nel senso che, per il caso in cui siano legittimamente emessi i provvedimenti di abbattimento, il pagamento degli indennizzi – previsti per ragioni di solidarietà sociale al fine di compensare la perdita dei capi di bestiame – è condizionato alla scrupolosa osservanza, con la 'massima collaborazione', degli obblighi conseguenti da tali provvedimenti.

8.5. Il quarto motivo di appello va quindi accolto e, per l'effetto, in riforma del capo 54 della sentenza impugnata, va respinto il quinto atto di motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

9. Venendo all'appello n. 8773/2021, articolato in sette motivi di censura, la ASL Caserta ne ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità, poiché a suo dire l'atto impugnatorio non recherebbe specifiche censure alla decisione di primo grado, limitandosi a reiterare pedissequamente i motivi già proposti in primo grado.

L'eccezione è infondata, poiché la lettura dell'atto restituisce un quadro di deduzioni rappresentativo delle ragioni critiche della soluzione accolta dal TAR, attraverso riferimenti e richiami sufficientemente puntuali ed esaustivi ai parametri logico-normativi che la parte assume essere stati violati.

9.1. Nel merito, il primo motivo dell'appello n. 8773/2021 investe il tema delle competenze nella materia della disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento e delle misure tese al contenimento delle patologie negli animali in produzione zootecnica, materia rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di profilassi internazionale e di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, lettera q) della Costituzione, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 72 del 2013 e n. 270 del 2016.

9.2. La ricorrente -*OMISSIS*-ha sostenuto in primo grado:

(i) che, sebbene lo Stato possa delegare alle Regioni l'adozione della disciplina di "dettaglio" – al fine di renderla coerente con gli obiettivi specificamente perseguiti a livello locale – tuttavia quest'ultima non può mai porsi in violazione, ovvero in deroga alle Direttive dettate dall'Amministrazione centrale e Comunitaria che presentano connotato e "forza" assolutamente vincolanti;

(ii) che, per l'appunto, il Piano regionale campano è stato adottato in carenza delle necessarie indicazioni da parte del competente Ministero, in quanto l'impugnata delibera 15 della Giunta Regionale n. 207/2019 (di approvazione del Piano) è stata assunta senza la preventiva concertazione con l'Amministrazione centrale, cui spetta la competenza a decidere ed emanare atti di sorveglianza epidemiologica e di riprogrammazione delle attività di sorveglianza sulle aziende zootecniche in tema di tbc e brc, alla luce dell'inequivoco disposto dell'art. 23, comma 2, D.M. n. 592/1995 (Regolamento concernente il piano nazionale per la eradicazione della tubercolosi): il Piano in parola è stato infatti trasmesso soltanto ex post al Ministero della Salute, in tal modo determinandosi un'inversione del corretto e legittimo modus operandi che impone la preventiva concertazione con l'Organo dello Stato.

9.3. Il Collegio di primo grado ha respinto la censura osservando che:

a) con riferimento al riparto di competenze in subiecta materia, ai sensi del D.M. n. 651/1994 per la Brucellosi e ai sensi dell'art. 23 D.M. n. 592/1995 per la tubercolosi, è rimessa al Ministero della Salute di concerto con le Regioni l'adozione degli atti di sorveglianza epidemiologica e di riprogrammazione delle attività di sorveglianza delle aziende zootecniche, mediante Piani Nazionali Integrati e Piani regionali Integrati, questi ultimi da adottarsi da parte della Giunta Regionale. In tal senso milita anche l'art. 1 della L.R. Campania n. 3 del 2005;

b) nel caso di specie vi è stata la prevista concertazione, dal momento che nel Piano Regionale si legge che ".. il nuovo piano regionale è stato inviato, per le opportune valutazioni, al Ministero della Salute e ai competenti Centri Nazionali di Riferimento per la tubercolosi e per la brucellosi; Preso atto a. delle osservazioni al citato piano espresse con la nota prot. n. 8042-P-21/03/2019 dal Ministero della Salute, sentiti i competenti Centri nazionali di riferimento, puntualmente recepite nel piano regionale …";

c) neppure sussiste la denunciata inversione procedimentale, in quanto "…la prima stesura del documento è stata trasmessa al Ministero in data 12 febbraio 2019, le osservazioni sono state espresse in data 21 marzo 2019 (con richiesta di adeguamento al D. Lgs. 196/1999, al D.M. 592/1995 e all'O.M. 28 maggio 2015 ed alle linee guida sulle indagini epidemiologiche diramate con nota DGSAT 0028391 dell'11 dicembre 2017) e risultano integralmente recepite nel

documento finale approvato con la delibera di Giunta del 20 maggio 2019. Dalla richiamata nota ministeriale si evince, altresì, che la valutazione è avvenuta "di concerto con il Centro nazionale di riferimento della tubercolosi bovina e bufalina dell'IZLER"; alla stessa è stato allegato, inoltre, il dettagliato parere del CNR Brucellosi di Teramo, "con invito ad attenersi" allo stesso "per le modifiche del piano" nei diversi punti ivi specificati" (cfr. sentenza appellata, capi 51.1 e 51.2).

9.4. A contrasto di questa motivazione l'appellante eccepisce nuovamente l'irrilevanza, ai fini del corretto assolvimento dell'obbligo concertativo, della nota ministeriale del 21 marzo 2019, n. 0008042-P-21/03/2019, in quanto nelle conclusioni del documento il Ministero dichiara di rimanere "in attesa del piano modificato", piano che risulta essere stato trasmesso soltanto ex post e in "bozza", non anche nella sua versione definitiva.

9.5. Il Collegio ritiene che la sentenza impugnata resista al motivo di impugnazione, non potendosi negare che l'attività di concertazione richiesta dalle richiamate disposizioni normative vi sia stata, come comprovato dal recepimento delle osservazioni ministeriali nel documento finale approvato con delibera di Giunta del 20 maggio 2019.

Del resto, la formula di "attesa del piano modificato" contenuta nella nota ministeriale del 21 marzo 2019 non sottintende alcun rinvio ad una ulteriore fase di confronto se non - deve ritenersi in via logica - per l'eventualità di ulteriori modifiche al testo introdotte dalla Regione.

Nondimeno, la parte appellante, pur dolendosi del mancato inoltro del testo definitivo del Piano, non evidenzia quali sarebbero le differenze contenutistiche tra la versione "in bozza" e quella "definitiva" sulle quali si sarebbe reso necessario un ulteriore scambio dialettico tra le parti, sicché sotto questo profilo la doglianza si rivela di portata meramente formale e non in grado di attingere criticamente il dato sostanziale dell'effettivo e concreto apporto partecipativo fornito dal Ministero all'elaborazione della versione ultima del documento.

Deve quindi concludersi che l'obbligo concertativo previsto dalla disciplina di settore sia stato compiutamente assolto.

10. Con il secondo motivo di appello la ricorrente -*OMISSIS*- reitera la censura intesa a denunciare l'illegittimità del gravato Piano Straordinario regionale nella parte in cui prevede, per gli allevamenti in cui non si sia manifestata la presenza della TBC negli ultimi tre anni, l'esecuzione della prova diagnostica con il gammainterferone, successivamente al test con l'IDT singola.

10.1. Osserva in proposito che:

a) ai sensi dell'Allegato 1 al D.M. n. 592/1995, le sole prove diagnostiche ufficiali sono l'intradermotubercolinizzazione (IDT) unica, ovvero singola, e l'intradermotubercolinizzazione comparativa;

b) l'Allegato B al D. L.vo n. 196/1999 ribadisce che le prove diagnostiche da effettuarsi presso le Aziende ufficialmente indenni sono la intradermotubercolinizzazione singola nonché quella comparativa, individuando – anche in tal caso – i criteri di interpretazione dei relativi risultati;

c) il Paragrafo 2.2.5.3.2. del Regolamento CE n. 1226/1992 specifica che la "Intradermotubercolinizzazione comparativa" è eseguita "per il riconoscimento degli allevamenti ufficialmente indenni da tubercolosi e per il mantenimento di tale qualifica";

d) il medesimo Regolamento là dove, al Paragrafo 3, rubricato "Prove supplementari", prevede l'esecuzione, oltre alla prova della tubercolina, anche del test con il gamma-interferone, al fine di "…individuare il maggior numero possibile di animali contagiati o ammalati in un allevamento o in una regione…", limita l'effettuazione di tale ultima prova diagnostica esclusivamente agli allevamenti in cui la patologia tubercolare si sia già manifestata: fermo restando, però, che per le Aziende indenni, le sole prove diagnostiche sono l'IDT singola e l'IDT comparativa.

Conclude quindi la ricorrente che l'impugnato Piano Straordinario regionale è illegittimo nella parte in cui ammette che anche negli allevamenti in cui la patologia non si sia manifestata da almeno tre anni e che – quindi – siano indenni, possa essere eseguito il test con il gamma-interferone.

10.2. Quanto al presunto valore scientifico del test con il gamma interferone, che il TAR desume dal parere positivo espresso dal Centro di Referenza Nazionale per la Tubercolosi, recepito dal Ministero della Salute con la nota del febbraio 2019, prot. n. 002774-01/02/2019, la ricorrente osserva che nel menzionato parere sono illustrati dati preliminari che necessitano di essere corroborati da ulteriori verifiche e indagini aperte alla Comunità scientifica internazionale, sicché essi allo stato non forniscono alcun elemento di certezza scientifica; tanto più che il consulto espresso dal CRN-TBC non rappresenta una valutazione, né tantomeno una validazione scientifica dei risultati del studio svolto dall'IZS del Mezzogiorno e sul quale la Regione Campania ha fondato le sue disposizioni in materia di profilassi per la TBC nella specie bufalina.

10.3. La tematica è stata esaminata al capo 51.3 della sentenza, ove si legge che "la scelta della Regione Campania, in sostanza, non si pone affatto in contrasto con la normativa comunitaria, atteso che la prova del gamma-interferon, prevista dal Manuale di norme per le prove diagnostiche e i vaccini dell'OIE, è riconosciuta a livello eurounitario come prova diagnostica di riferimento accanto alla prova tubercolinica, né con la normativa statale, avuto riguardo alla circostanza, in particolare, che, in forza delle prescrizioni del DM n. 592/1995, l'IDT singola, assunta a prova d'elezione nel piano regionale, è prova ufficiale di per sé sufficiente per la rilevazione dell'infezione da B. bovis e che le fonti nazionali rinviano in ogni caso alle prove indicate nel Regolamento (CE) 1226/2002 dell'8 luglio 2002, e, dunque, anche alla prova del gamma-interferon".

Il TAR ha in particolare osservato che la prospettazione della ricorrente "non trova riscontro nell'interpretazione letterale del Regolamento – essendo il riferimento all'Intradermotubercolinizzazione comparativa per il riconoscimento degli allevamenti ufficialmente indenni da tubercolosi e per il mantenimento di tale qualifica" contenuto nella sola rubrica del paragrafo 2.2.5.3.2. del Regolamento, che a sua volta, come detto è inserito 2.2.5.3. ad oggetto "Interpretazione delle intradermotubercolinizzazioni ufficiali" - e contrasta con una sua interpretazione sistematica e teleologica, posto che la finalità dell'utilizzo della prova del gamma interferon come riconosciuta espressamente dal Reg. CE assorbe, superandolo, l'utilizzo della prova IDT comparativa, ove il gamma interferone sia autorizzato da uno Stato membro e segua ad una prova IDT individuale positiva.

Né alcuna valenza ha il richiamo al paragrafo 2.2.1. del Regolamento indicato laddove dispone che: "Sono riconosciute ufficialmente le seguenti tecniche di intradermotubercolinizzazione" in quanto riferito non a tutte le prove ufficiali – fra le quali è da ricomprendere certamente il gamma interferon di cui al paragrafo 3, ove autorizzato nel singolo stato membro – ma, claris verbis, alle tecniche di intradermotubercolinizzazione".

10.4. Il Collegio ritiene di dover confermare la soluzione interpretativa prospettata dal TAR in quanto:
-- la tesi ribadita dalla ricorrente non confuta la condivisibile interpretazione testuale e sistematica delle clausole del Regolamento (CE) 1226/2002 (e in particolare dei paragrafi 3, 2.2.5.3.2., 2.2.5.3. e 2.2.1.) fornita dal primo giudice nei passaggi motivazionali sopra richiamati;
-- di particolare rilievo è il tornante argomentativo nel quale si segnala che il paragrafo 2.2.5.3.2 concernente l'"Intradermotubercolinizzazione comparativa per il riconoscimento degli allevamenti ufficialmente indenni da tubercolosi e per il mantenimento di tale qualifica" risulta essere inserito nel par. 2.2.5.3. ad oggetto "Interpretazione delle intradermotubercolinizzazioni ufficiali". Sicchè, essendo detto paragrafo destinato all'interpretazione delle prove eventualmente utilizzate, da esso non può farsi discendere il significato dell'esclusione della prova del gamma-interferone allorquando si tratta di riconoscere come ufficialmente indenne un'azienda, ovvero di mantenere in capo ad essa la qualifica;
-- nel medesimo senso rileva considerare che se nel Regolamento la IDT comparativa appare specificamente destinata al "riconoscimento degli allevamenti ufficialmente indenni da tubercolosi e per il mantenimento di tale qualifica", nondimeno nella stessa fonte si afferma (paragrafo 3) che la prova del gamma-interferone può essere impiegata "per poter individuare il maggior numero di animali contagiato o ammalati in un allevamento". Dal che consegue, stante la finalità espressa ed il relativo ambito omnicomprensivo della prova del gamma-interferone, che l'IDT comparativa non rinviene nei rapporti con la prima una riconosciuta primazia di utilizzazione;
-- a ciò aggiungasi che, ai sensi dell'art. 4 dell'O.M. 28 maggio 2015, in vigore al tempo dei fatti per cui è causa, le prove ufficiali per la diagnosi di tubercolosi, brucellosi bovina nei territori U.I. e leucosi sono quelle descritte nel decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 196 e nell'allegato B della direttiva 64/432 del Consiglio, come sostituito dall'allegato del regolamento (CE) 1226/2002 dell'8 luglio 2002 e nel decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 193, recante attuazione della direttiva 2003/50/CE per le prove per la ricerca della brucellosi da Brucella melitensis nei territori U.I..
Il Ministero della Salute ha quindi riconosciuto come ufficiale la prova del gamma interferon, seppur come prova "supplementare" secondo quanto prescritto dal regolamento (CE) n. 1226/2002, anche per i territori Ufficialmente Indenni.
Si deve peraltro rilevare che a seguito dell'ultima Ordinanza 23 giugno 2021 di proroga con modifiche dell'O.M. 28 maggio 2015, il novellato art. 4 dispone che le prove ufficiali per la diagnosi di tubercolosi, brucellosi bovina e bufalina, brucellosi ovi-caprina e leucosi bovina enzootica sono descritte nell'allegato III del regolamento delegato (UE) n. 2020/689; detto allegato a sua volta sancisce che i metodi diagnostici per la concessione ed il mantenimento dello status di "indenne" dalla malattia della tubercolosi bovina e bufalina sono: 1. Prove di intradermoreazione alla tubercolina: a) intradermotubercolinizzazione unica (IDT); b) intradermotubercolinizzazione comparativa (IDT comparativa). 2. Prova del gamma-interferone;
-- risulta parimenti infondato l'assunto concernente l'asserita violazione dell'Allegato B del D.Lgs. n. 196/1999 di attuazione della direttiva 97/12/CE che modifica e aggiorna la direttiva 64/432/CEE: è infatti evidente che tale norma - proprio perché antecedente all'entrata in vigore delle modifiche del regolamento (CE) n. 1226/2002 all'Allegato B - non poteva che far riferimento alle sole prove IDT singola e IDT comparativa;
-- quanto alla valenza degli studi attestanti l'attendibilità della prova del gamma-interferone, è sufficiente richiamare le conclusioni rassegnate dall'Istituto Superiore di Sanità nella relazione dei verificazione depositata in data 10 febbraio 2022, stando alle quali "l'utilizzo della prova di intradermoreazione, seguita da quella del gamma interferon, costituisce la strategia diagnostica più consolidata e scientificamente giustificata, rappresentando lo stato dell'arte delle procedure utilizzabili per la individuazione, anche nei bufali, della tubercolosi; la prova del gamma interferon, infatti, possiede caratteristiche di sensibilità e specificità molto elevate anche nel bufalo d'acqua; l'approccio utilizzato dalle autorità competenti è coerente con i dettami di cui all'ordinamento euro unitario e nazionale".
11. Il terzo motivo di appello concerne la tematica del diritto dell'allevatore a partecipare allo svolgimento delle prove di indagine "in contraddittorio" con l'Istituto Zooprofilattico del Mezzogiorno.
11.1. L'appellante invoca sul punto l'art. 35 Regolamento UE n. 625/2017, ribadendo quanto già affermato nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti, ossia che "a differenza della IDT comparativa che viene effettuata sull'animale e la cui evidenza è chiaramente nota anche all'allevatore, la prova mediante gamma-interferon viene effettuata, su prelievo ematico, presso le strutture di laboratorio e diagnosi dell'ASL di competenza, in carenza – quindi – di qualsivoglia possibilità di contraddittorio in merito alle modalità di effettuazione dell'analisi e di interpretazione della stessa".
Sulla scorta di tale premessa aggiunge, quindi, che negare all'allevatore "la possibilità .. di "partecipare" – quantomeno – alle analisi esami su reperti effettuate dall'IZS significa sottrarre allo stesso ogni possibilità di accertare la correttezza della relativa procedura e, quindi, la loro attendibilità".
11.2. Il TAR ha respinto la censura osservando, al capo della sentenza 51.4, che:
-- come osservato nella nota del Ministero della Salute 21 novembre 2019, "ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 5 del Regolamento, l'art. 35 sulla controperizia non è applicabile alle altre attività ufficiali inerenti ai piani di eradicazione, controllo e sorveglianza delle malattie animali" e che tale assunto "è comprovato non solo dalla circostanza che l'articolo 35, al paragrafo 1, fa riferimento esclusivamente al solo contesto dei controlli ufficiali, ma soprattutto dal disposto dell'articolo 1, paragrafo 5, che nell'elencare espressamente gli articoli del Regolamento che si applicano anche alle altre attività ufficiali non cita l'articolo 35 sulla controperizia";
-- l'articolo 2 del Regolamento n. 625/17 specifica che per "controlli ufficiali" si intendono le attività eseguite dalle autorità competenti o dagli organismi delegati o dalle persone fisiche cui sono stati delegati determinati compiti riguardanti i controlli ufficiali, al fine di verificare che gli animali soddisfino i requisiti prescritti dalla normativa europea, anche per quanto riguarda il rilascio di un certificato o di un attestato ufficiale;
-- Al successivo paragrafo 2 è viceversa precisato che per "altre attività ufficiali" si intendono quegli interventi, diversi dai controlli ufficiali, che sono effettuati dalle autorità competenti o dagli organismi delegati o dalle persone fisiche cui sono state delegate attività ufficiali, incluse le attività tese ad accertare la presenza di malattie animali, a prevenire o contenere la diffusione di tali malattie o alla loro eradicazione;

-- Pertanto, i controlli effettuati dall'ASL Caserta e dall'Istituto Zooprofilattico sui capi bufalini dell'azienda ricorrente sono da ricondurre nell'ambito delle "altre attività ufficiali" e, conseguentemente, ad essi non trova applicazione l'invocato diritto alla controperizia…".

11.3. L'appellante osserva, di contro, che tra le disposizioni del Regolamento applicabili - ai sensi dell'art. 1, paragrafo 5 - anche alle "altre attività ufficiali" rientra l'articolo 18, al paragrafo 2, punto iv), concernente "…le prove di laboratorio per rilevare la presenza di agenti zoonotici e malattie animali…": poiché le prove di laboratorio che hanno lo scopo di accertare agenti patogeni per gli animali e che rientrano nell'ambito di piani di eradicazione sono comunque riconducibili ai controlli ufficiali, relativamente ad esse trova applicazione l'articolo 35.

11.4. Il motivo non persuade.

Le prove di laboratorio sono funzionali alle "attività tese ad accertare la presenza di malattie animali, a prevenire o contenere la diffusione di tali malattie o alla loro eradicazione" che il paragrafo 2, comma 2, include tra le "altre attività ufficiali" alle quali non si estende - ai sensi dell'art. 1, paragrafo 5 - la norma sul contraddittorio (art. 35).

Ciò è deducibile dal fatto che l'art. 35 al paragrafo 1 precisa che: "Le autorità competenti provvedono affinché gli operatori i cui animali o merci sono soggetti a campionamento, analisi, prova o diagnosi nel contesto dei controlli ufficiali abbiano diritto a una controperizia, a spese dell'operatore".

Il punto è ulteriormente chiarito dal disposto dell'articolo 1 paragrafo 5, secondo cui "Gli articoli 4, 5, 6, 8, l'articolo 12, paragrafi 2 e 3, l'articolo 15, gli articoli da 18 a 27, gli articoli da 31 a 34, da 37 a 42 e l'articolo 78, gli articoli da 86 a 108, l'articolo 112, lettera b), l'articolo 130 e gli articoli da 131 a 141 si applicano anche alle altre attività ufficiali effettuate dalle autorità competenti in conformità del presente regolamento …", onde ne discende la non applicabilità, in relazione alla detta tipologia di attività, dell'art. 35 ("controperizia").

Aggiungasi che nella relazione di verificazione depositata in data 10 febbraio 2022 l'Istituto Superiore di Sanità ha confermato che ".. le attività in questione, tese ad accertare da parte dell'Autorità compente per territorio la presenza della tubercolosi al fine di prevenire o contenere la diffusione ovvero eradicare la malattia negli animali, in base al Regolamento UE 2017/625 non rientrano nell'ambito del controllo ufficiale bensì nell'ambito delle "altre attività ufficiali"" e che "alle "altre attività ufficiali" non si applicano i requisiti specificati negli articoli 7 "Diritto di ricorso" e 35 "Controperizia" del Regolamento sui controlli ufficiali che trovano applicazione solo nel caso in cui le attività svolte dalle Autorità competenti siano riconducibili al "controllo ufficiale"".

La non applicabilità dell'art. 35 alle altre attività ufficiali tra cui i controlli nell'ambito dei piani di lotta ed eradicazione si giustifica in considerazione sia del carattere neutro e di accertamento tecnico delle prove di laboratorio, prive come tali di elementi di discrezionalità valutativa; sia della prevalente esigenza di immediata e non dilazionabile esecuzione delle misure di contenimento delle malattie infettive e diffusive, essendo questo un interesse di tutela della salute pubblica di assoluto e cogente valore primario.

12. Con il quarto motivo di appello la ricorrente sostiene che la sentenza impugnata sarebbe da riformare anche nella parte in cui "ha ritenuto priva di fondamento la censura articolata dall'attuale appellante, volta a denunciare la non validazione del kit BOVIGAM utilizzata per l'esecuzione del test con il gamma interferone".

12.1. Sul punto (capo 51.5.) il TAR ha osservato che:

-- il kit bovigam "non è in fase sperimentale, ma è validato nella specie bufalina di concerto con altri 5 IIZZSS d'Italia secondo quanto previsto nel manuale OIE per la validazione delle prove diagnostiche, assicurando pertanto la precisione e la ripetibilità";

-- "nella comunicazione prodotta in atti proveniente dalla società Thermo Fisher Scientific del 17.10.2019, che fornisce kit all'avanguardia per la diagnosi della tubercolosi bovina, tra i cui vi è il "Bovigam", si afferma che "da confronto genomico sul DNA mitocondriale tra Syncerus caffer e B. Bubalis entrambe le specie costruiscono un'unità monofiletica. Pertanto, è ragionevole credere che entrambe le specie reagiscano in maniera simile ad un rilascio del dosaggio di IFN-y".

12.2. L'appellante ribadisce, sulla scorta di relazioni specialistiche, che il kit in argomento non è validato per la specie animale qui rilevante (il bufalo mediterraneo) e men che meno è validato secondo le norme OIE, come richiesto dalla legislazione UE; dunque, erroneamente l'adito TAR ha ritenuto di valorizzare quanto riportato nella ridetta nota della Thermo Fisher Scientific, laddove il documento prospetta soltanto in termini di mera approssimazione una presunta, ma non accertata, "similitudine" della reazione al gamma interferone da parte di capi della specie Bubalus Bubalis a quella manifestata dai capi appartenenti alla specie Syncerus caffer.

12.3. Il motivo non può essere accolto in quanto fondato su deduzioni che - pur afferenti ad un percorso di implementazione della metodica di cui si discute non ancora definitivamente compiuto - comunque non smentiscono l'affidabilità del test ad oggi utilizzato, né dimostrano la preferibilità tecnica di altre soluzioni. Risolutive in tal senso sono le conclusioni dell'ISS esposte nella relazione di verificazione depositata in data 10 febbraio 2022, stando alle quali:

-- "l'utilizzo della prova di intradermoreazione, seguita da quella del gamma interferon, costituisce la strategia diagnostica più consolidata e scientificamente giustificata, rappresentando lo stato dell'arte delle procedure utilizzabili per la individuazione, anche nei bufali, della tubercolosi; la prova del gamma interferon, infatti, possiede caratteristiche di sensibilità e specificità molto elevate anche nel bufalo d'acqua";

-- "l'approccio utilizzato dalle autorità competenti è coerente con i dettami di cui all'ordinamento euro unitario e nazionale".

12.4. Risulta quindi confermato quanto già rilevato in analoghi contenziosi, ovvero che le attività diagnostiche in questione "coprono lo spettro di approcci diagnostici che è ragionevole mettere in campo per definire, oltre ogni ragionevole dubbio, la sussistenza del focolaio di TBC" e che "i metodi di prova/analisi/diagnosi risultano adeguatamente applicati al fine di garantire la riferibilità delle misure e la garanzia di affidabilità dei risultati" (v. Cons. Stato, sez. III, nn. 1046 e 1059/2022).

13. Il quinto motivo di appello investe la statuizione (capo 52) di inammissibilità, per tardività, del terzo atto di motivi aggiunti a mezzo del quale l'odierna appellante ha esteso la propria impugnativa anche alla "nota ministeriale della Direzione Generale della Sanità Animale e del Farmaco Veterinario del Ministero della Salute del 21 marzo 2019, prot. n. 0008042-P-21/03/2019".

13.1. L'odierna appellante sostiene di non essere incorsa in alcuna decadenza in quanto, prima del suo deposito da parte dell'Amministrazione sanitaria, l'esistenza della detta nota non le era nota.
13.2. Il Collegio ritiene che, a prescindere della ricevibilità del motivo, è assorbente il profilo della sua infondatezza nel merito, in quanto l'atto di motivi aggiunti in esame altro non fa che reiterare le censure sin qui esaminate, estendendole nei confronti della nota ministeriale del 21 marzo 2019. Diventa quindi risolutiva la riconosciuta infondatezza delle dette doglianze trasposte in via derivata.
14. Il sesto motivo di appello investe la statuizione di reiezione dei motivi aggiunti sesto e settimo (capo 55).
14.1. La doglianza tra espunto dal seguente antefatto: in data 23 marzo 2020 la ricorrente ha avanzato istanza di ripristino della qualifica sanitaria di azienda ufficialmente indenne dalla Tubercolosi. La richiesta è stata riscontrata dall'ASL in senso negativo (con nota prot. n. 75801/VET21 del 24 marzo 2020), sull'assunto per cui "in base al punto B.3.3.1. della Delibera della Giunta Regionale n. 207 del 20/05/2019, la qualifica sospesa viene ripristinata e vengono revocati i provvedimenti adottati, qualora un controllo con IDT singola su tutti i capi di età superiore alle sei settimane presenti in azienda abbia dato esito favorevole".
14.2. La parte ricorrente, richiamando il punto "B.3 Esecuzione prove diagnostiche" della Delibera della Giunta Regionale della Campania, n. 207/2019, ha invece sostenuto in primo grado che la qualifica di Azienda ufficialmente indenne dalla Tubercolosi avrebbe dovuto essere automaticamente ripristinata in virtù degli accertamenti compiuti post mortem sui capi bufalini macellati i quali avevano escluso che i 25 animali fossero affetti da Tubercolosi.
Sotto questo profilo sussisterebbe una ragione di contrasto tra il provvedimento di rigetto dell'ASL e la delibera della Giunta Regionale della Campania n. 207/2019.
A supporto di questa conclusione la ricorrente per un verso ha richiamato i "Diagrammi di flusso procedure Tubercolosi bufalina" (di cui alla nota prot. n. 0333265 del 28/05/2019), da cui emerge che all'esito di n. 3 esami post mortem negativi sui capi bufalini abbattuti, la sospensione della qualifica in parola va revocata; per altro verso ha sostenuto che il punto B.3.3.1 della Delibera n. 207/2019 è illegittimo in quanto contrastante con l'art. 5 dell'Ordinanza del Ministero della Salute 28 maggio 2015, secondo cui "Il servizio veterinario, fatte salve le misure previste dalla normativa vigente in materia entro [...*OMISSIS*...] f) due giorni dall'esclusione del sospetto o dall'estinzione del focolaio, inserisce nel SIMAN la cancellazione del sospetto non confermato o l'estinzione del focolaio e provvede a riassegnare la qualifica sanitaria di allevamento ufficialmente indenne secondo quanto previsto dalla normativa vigente".
14.3. In senso contrario alla riepilogata prospettazione il TAR ha articolato plurimi argomenti:
i) anzitutto ha osservato che i citati diagrammi di flusso di cui alla nota prot. n. 0333265 del 28/05/2019 (oggetto del settimo atto di motivi aggiunti) sono stati rettificati nella loro portata con la nota prot. 0593379 del 4.10.2019 con la quale la Giunta della Regione Campania ha chiarito che "Per la riacquisizione della qualifica sanitaria sospesa si applica quanto dettato nell'allegato alla DGR al punto B.3.2" ovvero che "la stessa viene ripristinata e vengono revocati i provvedimenti adottati, qualora il controllo con IDT singola su tutti capi presenti in azienda, di età superiore a sei settimane, effettuato a distanza di 42 giorni dall'allontanamento dell'ultimo capo reattivo, abbia dato esito favorevole (negativo)";
ii) in secondo luogo il TAR ha rilevato che in ogni caso non ".. potrebbe attribuirsi rilievo alla nota prot. n. 0333265 del 28/05/2019 invocata da parte ricorrente - peraltro successivamente rettificata - costituente un atto di indirizzo a fini ermeneutici, rispetto a quanto emergente claris verbis dalla lettura del punto B.3.3.1. del Piano, avente valore regolamentare e non superabile da contrarie opzioni ermeneutiche volte in concreto ad una disapplicazione di tale disposto, da interpretarsi peraltro teleologicamente e sistematicamente in connessione con il punto B.3 ed il punto B.3.2";
iii) un terzo passaggio motivazionale è dedicato alla interpretazione del disposto del punto B.3. laddove prevede che "a. in presenza di lesioni al macello viene aperto il focolaio e si procede ai ricontrolli previsti in allevamento secondo normativa vigente; b. in assenza di lesioni macroscopiche al macello si procede alla PCR su organo: b.1 in caso di PCR positiva viene aperto il focolaio, ed il batteriologico viene effettuato per l'eventuale tipizzazione del ceppo ai fini epidemiologici; b.2 in caso di PCR negativa si procede all'esame batteriologico e l'esito positivo dello stesso determina l'apertura del focolaio; in attesa dell'esito dell'esame batteriologico la qualifica rimane sospesa".
Secondo il TAR è fallace l'argomento per cui, se la qualifica deve rimanere sospesa in attesa degli esami post mortem, nell'ipotesi inversa in cui per contro gli stessi risultino negativi la qualifica di allevamento ufficialmente indenne andrebbe ripristinata automaticamente: così non è secondo il TAR in quanto "l'invocata previsione del Piano, peraltro riferita all'esecuzione delle prove diagnostiche e non già alla riacquisizione della qualifica, regolamentata dal solo punto B.3.3, fa riferimento unicamente alla necessità che, in attesa delle risultanze degli esami post mortem, la qualifica rimanga sospesa; ciò peraltro avuto riguardo al rilievo che, in ipotesi di riscontro al macello di lesioni, occorre applicare il disposto del punto B.6, nonché il disposto del punto B.4., relativo alla necessità del ritiro delle qualifica e all'apertura del focolaio "quando si riscontrino lesioni al macello in animali positivi/dubbi all'IDT e/o gamma-interferon. Pertanto, dalla disamina congiunta di tali disposti, deve senza dubbio ritenersi che il mancato riscontro delle lesioni al macello risulti ostativo all'applicazione di tale più gravosa disciplina, conseguente al ritiro della qualifica, ma non possa comportare ex se la riacquisizione della qualifica sospesa";
iv) quanto al contrasto con l'art. 5 comma 1 dell'Ordinanza del Ministero della Salute 28 maggio 2015, il TAR ha osservato che "tale disposto normativo nulla dice quanto alle prove necessarie ai fini del ripristino della qualifica sospesa, rinviando alla normativa vigente, tra la quale è da ricomprendersi senza dubbio, in riferimento alla Regione Campania, la disciplina recata dalla Delibera della Giunta Regionale della Campania, n. 207/2019";
v) a corroborare il riepilogato ragionamento il TAR ha svolto anche considerazioni sulla logica funzionale-teleologica delle previsioni del Piano osservando - sulla scorta della Relazione dell'IZSM in atti - che agli esiti delle prove post mortem non può essere assegnato il senso dirimente ritenuto dalla parte ricorrente, e ciò in quanto "mentre l'evidenziazione di questa lesione è sicuramente indice di malattia, l'assenza all'esame post mortem non esclude la possibilità che l'animale sia infetto. Infatti per rilevare i singoli tubercoli sarebbe necessario un sezionamento della carcassa estremamente minuzioso cosa che di regola non può essere effettuata al

macello: pertanto l'approfondimento anatomopatologico è rilevante ai fini dell'indagine epidemiologica sulle cause e sulle origini dell'infezione ma non costituisce prova ufficiale di verifica della positività atteso che per la natura stessa dell'accertamento le lesioni potrebbero anche non essere visibili. Infatti questi animali non vengono definiti negativi al macello, ma si definiscono infetti ma NVL (No Visible Lesion). Peraltro l'esame anatomopatologico non sarebbe assolutamente in grado di distinguere un'eventuale lesione da M.bovis da quelle eventualmente provocate da Mycobacterium spp, come invece intende far credere la perizia allegata al ricorso. Pertanto, allorquando siano riscontrate lesioni al macello e la qualifica sia stata ritirata, ai fini del ripristino della qualifica occorre applicare il diverso disposto di cui al punto B.5. Riacquisizione qualifica sanitaria, che prevede: B 5.1. In Allevamenti da riproduzione la qualifica sanitaria ritirata (con apertura focolaio) viene ripristinata quando: − sono state effettuate le disinfezioni previste al precedente punto B.4.1.3; − effettuate le operazioni di disinfezione, tutti i capi bufalini di età superiore alle sei settimane hanno reagito negativamente ad almeno due IDT consecutive, la prima da effettuarsi a 60 giorni, la seconda ad almeno 4 mesi e non oltre 12 mesi dopo l'abbattimento dell'ultimo capo positivo"";

vi) da ultimo il TAR ha respinto anche la censura di carattere formale riferita all'asserita violazione del disposto dell'art. 10 bis l. 241/90, in applicazione del disposto sanante di cui all'art. 21 octies comma 2 l. 241/90, ritenuto applicabile ad un ambito di attività di carattere vincolato (in quanto involgente la corretta applicazione del Piano) rispetto al quale è "emerso all'esito del giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto avere esito diverso".

14.4. Con il motivo di appello qui in esame la ricorrente - *OMISSIS*-torna a ribadire che il "protocollo" diagnostico di cui al punto B.3 del Piano regionale - regolante l'ambito delle "prove diagnostiche" comprensive non solo di quelle eseguite in vivo (I.D.T. singola e, se del caso, gamma interferone) ma, altresì, di quelle effettuate dopo la macellazione (vale a dire il controllo anatomopatologico per rilevare lesioni (i tubercoli), il PCR e l'esame batteriologico) - è disciplinato in modo tale da dare un risultato conclusivo: o l'allevamento è infetto, con conseguente apertura del focolaio, oppure non lo è e, in tale caso, non v'è alcuna ragione logica e scientifica che giustifichi lo status di allevamento con qualifica sospesa.

Dunque, se l'esito positivo dell'esame batteriologico comporta l'apertura del focolaio, il suo esito negativo (cioè l'accertamento che l'allevamento è esente dalla patologia), non può che determinare il venir meno delle ragioni che avevano determinato la sospensione della qualifica, con conseguente ripristino della stessa.

Aggiunge l'appellante che nel medesimo senso depone anche l'art. 5 comma 1 dell'Ordinanza del Ministero della Salute 28 maggio 2015 il quale "non prevede quali siano le prove necessarie ai fini del ripristino della qualifica sospesa, proprio perché subordina lo stesso non già ad ulteriori accertamenti, ma la ricollega con immediatezza all'accertata esclusione del sospetto della presenza della patologia, all'esito degli "…esami clinici e/o anatomo-patologici e/o controlli sierologici e/o accertamenti microbiologici e/o rintracci", come verificatosi nel caso di specie".

Infine, proprio la corretta definizione dei presupposti applicativi delle disposizioni in esame avrebbe reso opportuna la partecipazione del privato al procedimento, indipendentemente dalla supposta natura vincolata del suo esito.

14.5. Il Collegio ritiene che il motivo di appello sia infondato.

Il punto dirimente che inficia le deduzioni di parte appellante attiene al fatto che ai sensi del Piano regionale il ripristino della qualifica è condizionato all'esito favorevole (ovvero con esito negativo) del controllo con IDT singola esteso a "tutti capi presenti in azienda, di età superiore a sei settimane".

Come precisato infatti al punto B.3.3.1 della Delibera della Giunta Regionale della Campania 207/2019 (puntualmente richiamato nella nota prot. n. 75801/VET21, del 24 marzo 2020 della ASL Caserta), "La qualifica sanitaria sospesa nei casi elencati al punto B.3.2, viene ripristinata e vengono revocati i provvedimenti addottati, qualora il controllo con IDT singola su tutti capi presenti in azienda, di età superiore alle sei settimane, effettuato a distanza di 42 gg. dall'allontanamento dell'ultimo capo reattivo, abbia dato esito favorevole (negativo)".

L'approfondimento diagnostico al quale fa riferimento l'appellante concerne invece solo gli animali abbattuti, sicché è evidente che lo stesso ha un oggetto e una portata del tutto differenti da quelli propri del controllo con IDT singola su tutti capi presenti in azienda.

Quanto al profilo di asserito contrasto con l'art. 5 comma 1 dell'Ordinanza del Ministero della Salute 28 maggio 2015, resiste alle censure di parte appellante (in quanto esente da specifici rilievi) l'argomento dirimente contenuto in sentenza secondo il quale la delibera n. 207 del 2019 disegna un sistema "rafforzato" di controlli e interventi per il risanamento degli allevamenti, attraverso la diagnosi e l'abbattimento tempestivo dei capi infetti, al fine di promuovere ulteriori misure per il benessere animale che vanno oltre quelle previste dal Ministero della Salute. Questa possibilità di diversa gradazione della profilassi non è contestata nella sua legittimità dalla parte appellante ed è sufficiente a risolvere il nodo del presunto contrasto tra le due fonti normative.

Resta da aggiungere che la mancanza del controllo esteso a tutti capi bufalini presenti nell'azienda della ricorrente ha precluso in modo vincolato l'accoglimento dell'istanza volta al ripristino della qualifica sospesa, rendendo quindi del tutto calzante l'applicazione del disposto sanante di cui all'art. 21 octies comma 2 l. 241/90, quantomeno sotto il profilo fatto qui oggetto di censura .

15. Con il settimo motivo di appello la ricorrente ribadisce l'illegittimità del Piano Straordinario della Regione Campania nella parte in cui non contempla la possibilità di ricorrere alla vaccinazione come strumento di contrasto per la brucellosi e contesta la statuizione di senso contrario adottata dal TAR al capo 56 della sentenza.

15.1. Dopo aver premesso che – successivamente alle delibere giuntali nn. 2038/2007 e 189/2011, con cui era stata previsto l'utilizzo del vaccino anti-brucellosi – la Regione Campania con D.G.R. n. 313/2014 ha disposto il "blocco" della campagna vaccinale, il Collegio di primo grado ha osservato che "la scelta di non proseguire nella somministrazione del vaccino, con particolare riferimento alla brucellosi, risulta già compiuta a monte con precedenti provvedimenti amministrativi di carattere generale, i quali illustrano le ragioni del cd. blocco delle vaccinazioni, i quali non sono stati impugnati e la cui ampia motivazione non è stata neppure tardivamente contestata in questa sede".

Il TAR ha disconosciuto poi la sussistenza di un pericolo di depauperamento del patrimonio zootecnico conseguente a tale scelta, giacché il Piano prevede una pluralità coordinata di azioni nel cui ambito l'abbattimento dei capi infetti si pone quale extrema ratio; né rileva in senso contrario il richiamo, operato dall'attuale appellante, all'art. 1, comma 7, L. R.

Campania n. 10/2017, giacché tale disposizione, da leggersi in coordinato disposto con l'art. 1, comma 2, L. n. 292/2002, prevede solo la possibilità e non l'obbligo di ricorrere alla vaccinazione.

15.2. La parte appellante in questa sede osserva di contro che:

a) in primo luogo, nessun rilievo assume la circostanza che la ridetta Delibera della Giunta Regionale n. 313/2014 non abbia formato oggetto d'impugnativa, atteso che la stessa aveva efficacia temporale triennale e, dunque, risulta priva di effetti lesivi all'atto della proposizione del ricorso introduttivo avverso la D.G.R. Campania n. 207/2019 che – peraltro – l'ha integralmente sostituita;

b) in secondo luogo, il gravato Piano Straordinario regionale esclude la possibilità di fare ricorso alla campagna vaccinale senza alcuna motivazione in ordine alla scelta effettuata: di talché, impropriamente l'adito TAR ha ritenuto che la Regione abbia ritenuto ancora attuali le ragioni che l'avevano indotta ad adottare la pregressa Delibera giuntale n. 313/2014;

c) in terzo luogo, diversamente da quanto ritenuto dal Collegio di primo grado, il disposto di cui all'art. 1, comma 7, L. R. Campania 31 marzo 2017, n. 10, vincola l'Amministrazione regionale, nella predisposizione dei piani di eradicazione della brucellosi, a prevedere il ricorso ad un'adeguata campagna vaccinale.

La disposizione normativa citata, infatti, prevede che "La Giunta regionale della Campania, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, provvede a dare attuazione a quanto disposto dall'articolo 1, comma 1073, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007) nel pieno rispetto dei principi fissati dal Regolamento (CE) n. 852/2004".

A sua volta l'art. 1, comma 1073, L. 27 dicembre 2006, n. 296 (cosiddetta Legge Finanziaria 2007) dispone che "la giunta regionale della Campania, d'intesa con il Ministero della Salute e con i competenti uffici dell'Unione Europea, entro il 15 gennaio 2007, provvede a sviluppare una campagna informativa ed ad adottare un nuovo piano triennale per il contenimento e l'eradicazione della brucellosi, adeguato alle attuali esigenze, secondo i principi di tutela previsti dalla speciale normativa di riferimento e seguendo le specifiche procedure stabilite dal consiglio regionale della Campania il 29 novembre 2006, del livello occupazionale del comparto, delle produzioni agrozootecniche-alimentari di filiera e del consumatore".

Se ne desume, secondo la ricorrente, che il Piano Straordinario, gravato nella presente sede, laddove non prevede la vaccinazione come strumento di prevenzione ed eradicazione della BRC, si pone in contrasto con la normativa succitata, la quale a sua volta, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, ha carattere vincolante e non derogabile rispetto all'obbligo di procedere ad un'efficace campagna vaccinale.

15.3. Il motivo è destituito di fondamento.

Non solo, infatti, come correttamente rilevato dal TAR, le fonti richiamate dalla parte (e tra queste anche l'art. 1 della L. 27 dicembre 2002, n. 292 e la legge regionale Campania 18 gennaio 2005, n. 3) non prevedono alcuna vincolatività od opzione obbligata nella selezione degli strumenti di prevenzione; ma neppure si vede come il carattere facoltativo delle valutazioni rimesse sul punto alla Regione possa tradursi in un onere motivazionale in chiave negativa. È al contrario evidente che il contenimento e l'eradicazione della brucellosi sono obiettivi di massima perseguibili con vari strumenti e che nella selezione delle misure individuate dal Piano regionale è implicita una valutazione della loro appropriatezza e idoneità al perseguimento dell'obiettivo sanitario avuto di mira.

16. In conclusione, l'appello n. 8773/2021 va integralmente respinto.

17. La peculiarità e novità delle questioni esaminate giustificano la compensazione delle spese processuali.

18. Va infine accolta, in quanto congrua e coerente con i parametri di legge, l'istanza di liquidazione del compenso (per l'importo richiesto e accordato di € 496,76 oltre oneri di legge) presentata in data 15 dicembre 2023 dai componenti del collegio di Verificazione intervenuti in rappresentanza dell'Istituto Superiore di Sanità.

Detto importo viene posto in via solidale a carico di tutte le parti costituite, al pari delle spese della prima verificazione, da liquidarsi in via definitiva con separato provvedimento in seguito al deposito della relativa nota riepilogativa che, allo stato, non risulta agli atti del fascicolo digitale del processo.

Corte dei Conti

a cura di Arturo Iadecola
Vice Procuratore Generale della Corte dei Conti

*** Omessa sterilizzazione e gravidanza indesiderata**
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 19 febbraio 2024, n. 38; Pres. Cabras; Est. D'Ambrosio

*** La rilevanza del consenso al trattamento medico-chirurgico**
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 5 marzo 2024, n. 24; Pres. Bax; Est. Papa

*** Ricorso ex art. 696-bis c.p.c. e responsabilità amministrativo-contabile**
CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale di appello, 2 aprile 2024, n. 80; Pres. Loreto; Est. Contino
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 1° luglio 2024, n. 352; Pres. Oricchio; Est. Molina

*** Omicidio volontario e danno all'immagine**
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Lombardia, 23 aprile 2024, n. 66; Pres. Canu; Est. Berruti

*** L'efficacia temporale delle norme processuali della l. n. 24/2017**
CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale di appello, 29 aprile 2024, n. 101; Pres. Acanfora; Est. Contino

*** Il regime probatorio della responsabilità amministrativo - contabile del medico**
CORTE DEI CONTI, sezione III giurisdizionale centrale di appello, 3 maggio 2024, n. 127; Pres. Maio; Est. Mignemi

*** La colpa grave nella malpractice sanitaria**
CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale d'appello, sentenza 9 ottobre 2024, n. 256; Pres. Loreto; Est. Contino

*** Le prestazioni professionali di particolare difficoltà**
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Lombardia, 17 ottobre 2024, n. 167; Pres. De Rentiis; Est. Canu

*** La responsabilità da omessa denuncia del danno erariale**
CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 16 dicembre 2024, n. 192; Pres. Cabras; Est. Parisi

Omessa sterilizzazione e gravidanza indesiderata

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 19 febbraio 2024, n. 38; Pres. Cabras; Est. D'Ambrosio

Non sussiste, per difetto di colpa grave, la responsabilità amministrativo-contabile del medico che non abbia eseguito, in occasione di un parto cesareo, l'intervento di sterilizzazione tubarica per il quale la paziente aveva prestato il consenso per iscritto, così esponendola a una successiva gravidanza e all'interruzione volontaria della stessa, allorquando la paziente, pur non revocando il consenso, abbia manifestato incertezze in merito all'intervento; né la responsabilità può discendere dalla mancanza di prova scritta della comunicazione alla paziente della mancata esecuzione dell'intervento, allorquando non sussista, sulla base della normativa e della prassi in vigore, l'obbligo di annotare nella documentazione sanitaria tale circostanza, e risulti plausibile che l'interessata ne abbia ricevuto comunicazione verbale.

…*Omissis*…

Diritto

1. La questione oggetto del presente giudizio attiene ad una peculiare fattispecie di danno indiretto per colpa medica attivata dalla Procura a seguito di sentenza di **condanna di Ente sanitario da parte del Tribunale civile di Cagliari a titolo di danno biologico, di danno non patrimoniale per lesione del principio di autodeterminazione, e di danno patrimoniale, a favore di una paziente, per aver omesso di informarla in merito alla non esecuzione, nel corso di parto effettuato con taglio cesareo, dell'intervento di sterilizzazione tubarica, con riguardo al quale aveva prestato consenso scritto, con conseguente gravidanza ed interruzione volontaria c.d. terapeutica della stessa.**
(…) Per quanto concerne il merito del giudizio, l'esame compiuto degli atti di causa non consente di acclarare la fondatezza della domanda attrice.
Ad avviso della Procura il danno erariale subito dall'Ente sanitario è stato causato dal grave inadempimento dei sanitari che hanno negligentemente omesso di effettuare l'intervento di sterilizzazione tubarica e non hanno informato la paziente che l'intervento non era stato eseguito.
La difesa ha, invece, obiettato che l'Azienda Sanitaria nel corso del giudizio civile ha eccepito che nel momento immediatamente precedente l'intervento chirurgico, **la signora C. ha mostrato una forte e rilevante indecisione riguardo alla richiesta effettuata in occasione della firma del consenso informato, che ha indotto i sanitari a non praticare la chiusura delle tube e che successivamente al parto cesareo veniva fornita alla signora C. una adeguata informazione circa il mancato intervento di sterilizzazione.**
Deve preliminarmente richiamarsi la legge 194/78 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza", che riconosce "il diritto alla procreazione cosciente e responsabile" (art. 1), abrogando la norma speciale di cui all'art. 552 c.p. e depenalizzando gli atti intesi a produrre incapacità a procreare, e che implica la liceità della sterilizzazione tubarica, in quanto funzionale ad evitare il ricorso all'aborto come mezzo di limitazione delle nascite.
La liceità della sterilizzazione tubarica presuppone, naturalmente, come per qualsiasi atto medico, l'acquisizione di un valido consenso informato, che si estrinsechi in un documento compilato per iscritto dal medico e sottoscritto dalla paziente e che costituisce parte integrante della cartella clinica.
La regola cautelare di riferimento in tema di consenso informato in campo sanitario è attualmente rinvenibile nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, che disciplina la materia dell'informativa preventiva ai trattamenti sanitari e, in particolare, nell'art. 1 "Consenso informato":
1. La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'auto-determinazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge. 2. È promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Contribuiscono alla relazione di cura, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'équipe sanitaria. In tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo. 3. Ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi. Può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole. Il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. 4. Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. 5. Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, con le stesse forme di cui al comma 4, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento, con le stesse forme di cui al comma 4, il

consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento. Ai fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici. Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica. Ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

Deve dirsi che detta norma - naturalmente non direttamente applicabile alla fattispecie in oggetto, in ragione del fatto che le vicende sanitarie che hanno determinato l'insorgere del danno risalgono al 2004 - richiama **principi di diritto, individuati dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. e sanciti, altresì, dalla Carta di Nizza (art. 3), dalla Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina del 1997, dai Codici di deontologia medica del 1998 e del 2006, a tutela del diritto alla libertà di autodeterminazione del paziente, noti ed universalmente condivisi ed accettati molto prima dell'entrata in vigore della disciplina richiamata**. Già nel 2004, con sentenza n. 14638/2004, la Corte di Cassazione aveva specificato che il medico ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei risultati, sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sullo stato di efficienza e sul livello di dotazioni della struttura sanitaria, sui rischi prevedibili. E nel 2008 la Corte costituzionale, con sentenza n. 438, ha affermato che la circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione; discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute.

Secondo giurisprudenza consolidata, infatti, in caso di violazione dei doveri connessi alle corrette procedure di informazione del paziente, sono astrattamente configurabili due diverse tipologie di danno: un danno alla salute, qualora si provi che il paziente, se correttamente informato, non avrebbe prestato il proprio consenso all'espletamento della terapia medica o chirurgica rivelatasi dannosa per la sua salute, ed un diverso danno consistente nelle conseguenze pregiudizievoli, patrimoniali o non patrimoniali, discendenti, in caso di mancata adeguata informazione, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, con riguardo al quale il paziente deve allegare e provare le conseguenze pregiudizievoli subite a causa di detta lesione. Pertanto, l'omessa informativa imputabile al sanitario è di per sé dotata di un'astratta capacità plurioffensiva idonea a ledere non solo il diritto all'autodeterminazione ma anche il diritto alla salute (cfr Cass. Civile, sez. III, 11/11/2019, n. 28985, Cass. Civile, sez. III, 25/06/2019, n.16892, Cass. Civile, sez. III, 15/04/2019, n.10423, Cass. Civile, sez. III, 15/04/2019, n. 10423; Cass. Civile, sez. III, 04/12/2018, n. 31234, Cass. Civile, sez. III, 28/06/2018, n. 17022, Cass. Civile, sez. III, 04/05/2018, n. 10608; cfr, inoltre, Corte dei conti, Sez. giurisdizionale Toscana, sent. n. 361 del 2023).

La Cassazione ha, inoltre, chiarito che il danno da lesione dell'autodeterminazione conseguente alla mancanza di consenso del paziente può essere risarcito autonomamente, a prescindere dalla buona riuscita, ex post, dell'intervento, verificandosi la lesione di un diritto autonomo rispetto al diritto alla salute (Cass., sent. 15 aprile 2019, n. 10423).

Con specifico riguardo alle procedure chirurgiche di sterilizzazione, dall'esame della casistica giurisprudenziale civile e penale in materia, emergono svariate ipotesi di sterilizzazione tubarica eseguita senza l'acquisizione di un valido e documentato consenso informato e di fallimento della sterilizzazione tubarica eseguita. Si richiama in particolare una pronuncia (Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza n. 24109 del 2013), avente ad oggetto un caso di errore nella sterilizzazione tubarica eseguita in corso di taglio cesareo, in carenza di adeguata informativa sulle possibilità di insuccesso, nella quale la Suprema Corte ha affermato che "l'adempimento di tale obbligo informativo, da parte dei sanitari, avrebbe non solo evitato la violazione del diritto all'autodeterminazione della paziente, resa consapevole circa la non definitività della sterilizzazione e informata quindi, in maniera completa ed esaustiva, sul bilancio rischi vantaggi derivante dall'intervento - non sussistendo alcuna valida autodeterminazione, senza l'informazione cui la paziente aveva diritto - ma le avrebbe altresì consentito di adottare, nel successivo decorso del tempo, le opportune misure nonché gli utili accertamenti e controlli clinici, atti a impedire ulteriori gravidanze non volute".

Nel peculiare caso all'esame, dal punto di vista civilistico, la risarcibilità del danno è legata alla configurabilità di una responsabilità contrattuale medica, che si è estrinsecata nell'**insussistenza della revoca del consenso da parte della paziente, affermata (ma non provata dal convenuto), nell'omissione dell'intervento e nella carente informazione su detta circostanza.** Poiché fondamentale presupposto della validità del consenso del paziente è l'attualità dell'autorizzazione accordata, detto consenso può essere naturalmente revocato in ogni momento, fino all'esecuzione della prestazione. In un quadro di responsabilità contrattuale, la revoca dev'essere, però, documentata, e mancando la prova della revoca del consenso alla sterilizzazione volontaria, si configura un inadempimento, da parte della struttura sanitaria, consistente non solo nella mancata esecuzione dell'intervento di sterilizzazione richiesto ed autorizzato con la prestazione del consenso informato risultante dagli atti, ma anche nella violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, con conseguente condanna dell'Ente sanitario a risarcire il danno. Su un piano meramente fattuale, gli accertamenti condotti in sede civile, pur non facendo stato in sede contabile, appaiono non contestabili.

Dall'esame degli atti di causa e, in particolare del fascicolo del giudizio civile, non emerge alcun dubbio in merito al fatto che la paziente aveva espresso il proprio consenso, in un unico modulo cartaceo, sia per il taglio cesareo che per la sterilizzazione tubarica, che l'intervento di sterilizzazione tubarica non è stato eseguito, e che, nella cartella medica e nella scheda di dimissione ospedaliera (SDO), non vi è prova né della revoca del consenso da parte della paziente, né di

successive specifiche informazioni a quest'ultima con riguardo al fatto di non aver effettuato la prevista sterilizzazione.
La SDO riporta - nella Sezione Degenza - Taglio cesareo, Pregresso parto cesareo complicante gravidanza, parto e puerperio, Parto semplice: nato vivo, Taglio cesareo tradizionale, Monitoraggio fetale, SAI. La cartella medica del Reparto riporta IV gravidanza 38^ W amenorrea con 2 pregressi TC, Taglio cesareo (22/12/04), decorso regolare. Nella cartella dell'intervento non viene citata l'esecuzione della sterilizzazione tubarica.
La cartella anestesiologica allegata riporta tecnica anestesiologica spinale, senza complicanze di tipo anestesiologico. Il modulo del consenso informato riporta taglio cesareo e sterilizzazione.
(…) Nel caso sottoposto all'attenzione della Sezione, **deve escludersi, innanzitutto, la sussistenza di profili di colpa professionale nel comportamento tenuto dal dott. (…) e dal suo collega in occasione della scelta di non effettuare l'intervento di sterilizzazione tubarica, a fronte delle incertezze manifestate dalla paziente, sia pure non formalizzate in una espressa revoca scritta del consenso.**
In merito deve osservarsi, infatti, che l'intervento di sterilizzazione tubarica determina - se correttamente eseguito - la perdita, nella maggior parte dei casi irreversibile, della capacità della donna di procreare, con conseguente gravissima lesione del diritto alla salute, e che detto intervento, non essendo urgente e/o indispensabile per tutelare la vita e la salute della paziente, può essere eseguito solo se sussiste l'assoluta certezza, non solo che la paziente abbia prestato consenso, ma che detto consenso non sia viziato per qualsivoglia ragione e sia espressione della reale volontà della persona nel preciso momento in cui l'intervento viene eseguito. Si richiamano, in merito, le chiare disposizioni del Codice di deontologia medica (art. 32, in particolare).
Deve escludersi, pertanto, in radice, l'illiceità di detta condotta omissiva, di per sé sola, comunque, non idonea a causare il danno che l'Azienda è stata condannata a risarcire.
Considerazioni diverse ed ulteriori devono farsi per l'omessa informazione rispetto alla circostanza di non aver eseguito l'intervento di sterilizzazione tubarica, che ha oggettivamente determinato una lesione del diritto di autodeterminazione della paziente e - in via mediata - del suo diritto alla salute.
Preliminarmente, deve osservarsi che la fattispecie in oggetto opera su un piano diverso rispetto alla tipica responsabilità per colpa medica discendente da un trattamento terapeutico o chirurgico non conforme alle buone regole dell'ars medica, tale da determinare un esito infausto per il paziente. Nel caso all'esame, infatti, il danno subito dalla paziente non è frutto di un trattamento medico errato, ma è scaturito dalla circostanza che i sanitari non hanno adempiuto pienamente all'obbligo informativo, in quanto una corretta informazione da parte loro avrebbe consentito alla paziente di adottare le necessarie misure contraccettive tese ad evitare nuove gravidanze indesiderate.
La Procura fonda l'affermazione della responsabilità del convenuto per condotta omissiva gravemente colposa sulla circostanza che non risulta in alcun modo che la sig.ra C. abbia revocato il consenso precedentemente prestato, che nei documenti in atti (diario dell'intervento chirurgico e cartella) non è indicato che la sterilizzazione non era stata effettuata, e che non è provato che sia stato comunicato alla sig.ra C che l'intervento concordato non era stato eseguito.
Mentre su un piano strettamente civilistico la carenza di prova documentale della revoca del consenso da parte della paziente costituisce, come si è già chiarito, elemento dirimente ai fini della responsabilità contrattuale dell'ente sanitario per danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, detta carenza non è, di per sé sola, sufficiente per affermare la responsabilità amministrativo-contabile del convenuto, dovendosi indagare - al fine di avere certezza della sussistenza di una connotazione in termini di gravità dell'omissione - su quale fosse in concreto, in particolare all'epoca delle vicende in contestazione, la condotta esigibile da parte di un chirurgo in una fattispecie del genere.
Occorre considerare, infatti, che i fatti che hanno determinato la condanna dell'Azienda sanitaria a risarcire il danno subito dalla paziente risalgono al 2004 e che la normativa vigente all'epoca (costituita, come si è detto da principi generali e prescrizioni dei codici deontologici) non prevedeva espressamente uno specifico obbligo di formalizzare per iscritto eventuali modifiche del consenso e specificatamente di registrare nella cartella clinica anche l'eventuale revoca del consenso, come attualmente disposto, invece, dall'art. 1 della legge 219 del 2017, ai sensi del cui comma 5, ferma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà, l'accettazione, la revoca e il rifiuto sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.
In merito, se può sicuramente affermarsi che sussisteva certamente un dovere di registrare nel diario della sala operatoria, nella cartella clinica, nella SDO e nel foglio di dimissione tutti i trattamenti terapeutici e chirurgici effettuati, non può dirsi che dall'esame della normativa di riferimento e delle normali prassi adottate in ambito sanitario nel momento storico nel quale si sono verificati i fatti, emerga analogo obbligo di registrare interventi non eseguiti e/o terapie non somministrate.
Nella normale pratica medica un intervento può essere programmato, ma non eseguito, e nel diario della sala operatoria e nella cartella clinica risulteranno solo gli atti chirurgici effettivamente compiuti, se ve ne sono; una terapia può essere prescritta, ma non somministrata, e nella cartella risulterà la prescrizione e le terapie somministrate, non quelle non somministrate.
In altri termini, ad avviso di questo Collegio, l'assenza di riferimenti scritti all'intervento non eseguito nell'intera documentazione medica del caso de quo appare rientrare nell'id quod plerumque accidit in campo
medico-ospedaliero, e non può costituire di per sé prova di una condotta gravemente colposa del convenuto. Così come risulta plausibile che la paziente fosse a conoscenza del fatto di non aver subito l'intervento di sterilizzazione in forza di una mera comunicazione verbale da parte dei chirurghi in sala operatoria nel corso del parto cesareo (effettuato con anestesia spinale, quindi con paziente vigile), come più volte affermato dall'Azienda sanitaria nel corso del giudizio civile.
Per giurisprudenza consolidata, come si è detto, non ogni condotta diversa da quella doverosa implica colpa grave, ma solo quella caratterizzata da particolare negligenza, imprudenza o imperizia, e nel caso all'esame deve affermarsi che non risulta adeguatamente provato dalla Procura che la condotta del convenuto, sebbene caratterizzata da indubbi profili di superficialità, concretizzi un imperito adempimento dei suoi doveri tale da connotarla in termini di gravità.
Conclusivamente, esclusa la sussistenza del requisito psicologico della colpa grave, la domanda di parte attrice va

respinta, con conseguente assoluzione del convenuto dalle contestazioni elevate dalla Procura Regionale.
Restano assorbite le ulteriori censure proposte dalla difesa del convenuto.
La liquidazione degli onorari a carico della Gestione Regionale Sanitaria Liquidatoria ATS, spettante ai sensi dell'art. 31, comma 2, del codice della giustizia contabile, è fissata in 1.500 euro, oltre 15% per spese generali, IVA e CPA.
Nulla per le spese di giudizio.

Per questi motivi

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Sardegna,
definitivamente pronunciando, assolve il signor (…), liquida gli onorari a carico della Gestione Regionale Sanitaria Liquidatoria ATS nella misura di euro 1.500, oltre 15% per spese generali, IVA e CPA.
Nulla per le spese di giudizio.

La rilevanza del consenso al trattamento medico-chirurgico

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Toscana, 5 marzo 2024, n. 24; Pres. Bax; Est. Papa

La responsabilità del chirurgo che, nel corso dell'esecuzione di un intervento, abbia arrecato un danno alla salute del paziente, non è esclusa dal consenso espresso dal danneggiato all'intervento, allorquando il danno non rientri nel quadro generale dei rischi a esso correlati, ma costituisca il frutto di una scelta ulteriore e successiva del medico, non previamente prospettata al paziente come circostanza di possibile verificabilità (nella specie, era in discussione la scelta del sanitario di procedere, per la rimozione di una neoformazione benigna, alla resezione del nervo radiale del paziente, da cui era derivata la perdita irreversibile dell'uso del braccio e della mano).

…Omissis…

Diritto

1. Il Collegio è chiamato a giudicare di un'ipotesi di responsabilità medica indiretta, derivante dalla scelta del dott. -di procedere alla **resezione del nervo radiale per la rimozione di una neoformazione benigna denominata schwannoma con bassissime probabilità di evoluzione in senso maligno in paziente di età avanzata e con comorbilità importanti al cuore e ai reni**. Tale scelta ha determinato la perdita irreversibile dell'uso del braccio e della mano del paziente e il conseguente risarcimento da parte della struttura ospedaliera a suo favore di € 80.000,00 per il danno sofferto, deliberata a seguito di perizia svolta dai medici interni, secondo i quali a fronte di schwannoma, l'operazione sarebbe stata sconsigliata e, in corso di operazione, la rimozione totale della neoformazione con incisione del nervo non sarebbe stata conforme a scienza medica.

(…) 4. Osserva, inoltre, il convenuto che il consenso informato sarebbe stato sottoscritto dal paziente sulla modulistica messa a disposizione dall'azienda ospedaliera, non occorrendo ulteriori più specifiche manifestazioni di volontà al fine di far ritenere assolto l'obbligo di acquisizione. Anche tale obiezione appare inconferente, e non è coerente con il quadro fattuale che emerge dagli atti depositati.

Diversa cosa è, infatti, manifestare la volontà favorevole all'intervento chirurgico consigliato, con accettazione dei rischi a questo conseguenti, e diversa cosa è prestare acquiescenza alla resezione di un nervo come modalità operativa nell'eventualità di una inscindibile adesione ad esso della massa da rimuovere, che non risulta essere stata rappresentata al sig. -.

Tale eventualità non rientra, infatti, nel quadro generale dei rischi dell'intervento, ma costituisce una scelta ulteriore e successiva che il medico non può assumere in autonomia, ma che avrebbe dovuto essere prospettata al paziente e con questi discussa come circostanza di possibile verificabilità.

Ritiene, peraltro, il Collegio che, in questo caso, la presenza o meno del consenso informato non incida in via immediata sul quadro ricostruttivo della responsabilità per il danno indiretto di cui è causa, concorrendo unicamente a **rimarcare un aspetto, ulteriormente aggravante, ma non esaustivo, di scarsa attenzione del medico nella cura del sig. -, in termini di violazione del suo diritto alla libertà di scelta della soluzione terapeutica, da adottarsi nella consapevolezza di tutte le sue possibili conseguenze.**

Infatti, il rilievo del difetto di informativa si collocherebbe, piuttosto, a monte del giudizio di responsabilità amministrativa, nella diversa e precedente sede della quantificazione del danno subito da paziente, che sarebbe, se del caso, aumentata dalla componente della lesione del menzionato diritto alla libera e consapevole autodeterminazione di cura. In altri termini, **la violazione della disciplina del consenso informato può determinare, da un lato, un danno alla salute, quando sia provato che, se correttamente informato, il paziente non avrebbe prestato il proprio consenso alla scelta terapeutica poi rivelatasi dannosa, e, dall'altro lato, un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale, diverso dal danno alla salute e consistente nella violazione del proprio diritto ad autodeterminarsi, sempreché tale pregiudizio sia da questi dimostrato** (Cfr. Corte dei conti, Sez. giur. Regione Toscana n. 110/2020 e, sulla capacità plurioffensiva dell'omessa informativa al paziente, Sez. II Centr. n. 388/2021). Pertanto, la responsabilità sussisterebbe anche nel caso di corretta acquisizione dal paziente del consenso alla resezione del nervo radiale, dato che per l'attribuibilità del danno alla condotta del medico è elemento dirimente l'avere questi agito o meno in conformità ai principi della scienza medica, sia con riguardo alla decisione di intervenire chirurgicamente, sia con riguardo – in corso di intervento – alla scelta di recidere un nervo essenziale per la mobilità della mano e del braccio.

Nel caso di specie la perizia resa dal CTU nominato a richiesta dello stesso convenuto, esaustiva e completa nella redazione, evidenzia che è la stessa linea diagnostica e terapeutica adottata a risultare del tutto errata, tanto da inficiare anche la corretta prospettazione al paziente delle alternative disponibili e, in tal modo, da minare la fondatezza del consenso alla scelta operatoria per come, conseguentemente, a questi esposta (…).

P.Q.M.

La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Toscana, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, rigettata ogni eccezione, accoglie la domanda e, per l'effetto, CONDANNA il dott. - al pagamento, in favore della Azienda Ospedaliera Universitaria senese, dell'importo di € 80.000,00, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data dell'evento lesivo fino alla data di pubblicazione della presente sentenza, nonché oltre agli interessi legali sulla somma così rivalutata, da quest'ultima data e fino al soddisfo.

Ricorso *ex* art. 696-*bis* c.p.c. e responsabilità amministrativo-contabile

CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale di appello, 2 aprile 2024, n. 80; Pres. Loreto; Est. Contino (1)

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Campania, 1° luglio 2024, n. 352; Pres. Oricchio; Est. Molina (2)

È inammissibile, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 24/2017, la domanda di risarcimento a titolo di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti del sanitario al quale la struttura di appartenenza non abbia dato comunicazione del ricorso proposto nei suoi confronti dal danneggiato ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c.

(1)

…*Omissis…*

Diritto

II. (…) uno dei principali precetti della novella riguarda proprio la materia della responsabilità amministrativa, con l'introduzione della condizione di ammissibilità dell'azione erariale di cui all'art. 13.

Tale disposizione, infatti, per quel che riguarda la responsabilità amministrativa, preclude alla Procura contabile la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno erariale nei confronti del medico nell'ipotesi in cui le strutture sanitarie (e le imprese di assicurazione) non abbiano comunicato all'esercente la professione sanitaria, nel termine perentorio di 45 giorni, l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato ovvero non abbiano comunicato l'avvio delle trattative stragiudiziali.

III. In questo ambito normativo occorre svolgere la disamina del gravame, evidenziando che la questione posta al vaglio del Collegio attiene esclusivamente all'accertamento della condizione di ammissibilità dell'azione proposta dalla Procura lombarda nei confronti del sanitario *omissis* proprio in ragione dell'inadempimento dell'onere informativo di cui all'art. 13 della legge 24/2017.

IV (…) In primo luogo, questo Collegio ritiene che, al contrario di quanto assunto in citazione e ribadito in appello dalla Procura regionale, l'ASST (…), secondo quanto disposto dall'art. 13 della l. 24/2017, avrebbe dovuto comunicare ai sanitari, entro il termine di 45 giorni dal ricevimento, il ricorso ex 696 bis c.p.c. proposto dalla danneggiata.

L'art. 13, che si richiama nuovamente per comodità di lettura, infatti, stabilisce l'**obbligo delle strutture sanitarie e sociosanitarie e delle imprese di assicurazione di comunicare all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, per fatti che abbiano avuto origine da un evento lesivo riconducibile alla condotta tenuta dal professionista**. L'avviso va notificato entro 45 giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo e l'omissione, la tardività o l'incompletezza della comunicazione preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa. La disposizione in esame stabilisce altresì l'onere informativo anche rispetto all'avvio delle attività stragiudiziali con il danneggiato, avvio che deve essere comunicato nel termine di 45 giorni, con invito a prendervi parte.

Invero, il dubbio interpretativo che scaturisce da tale disposizione, e su cui si sono soffermate lungamente le parti nel giudizio di primo grado, assumendo evidentemente posizioni contrastanti, attiene alla locuzione "instaurazione del giudizio"; e nello specifico se il legislatore abbia voluto subordinare l'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno o di rivalsa di cui all'art. 9 della l. 24/2017, alla comunicazione dell'instaurazione del giudizio di merito oppure anche all'instaurazione del procedimento ex art. 696 bis cpc, divenuto, per effetto dell'art. 8 della l. 24/2017, propedeutico al giudizio di merito.

Ebbene, questo Collegio ritiene che per i motivi di seguito esplicitati debba senz'altro optarsi per l'interpretazione da ultimo enunciata.

In primo luogo, è opportuno svolgere alcune considerazioni sullo strumento che il legislatore del 2017 ha scelto per l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 8 della l. 24/2017.

L'istituto disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c. (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) introdotto con la legge 80/2005, infatti, ha una ratio evidentemente diversa dall'accertamento tecnico di cui all'art. 696 c.p.c, la cui natura cautelare, oltreché di istruzione preventiva, ne subordina l'espletamento alla condizione dell'urgenza. L'accertamento tecnico di cui all'art. 696 bis, diversamente, è uno strumento alternativo di risoluzione della controversia a scopo deflattivo (l'acquisizione di elementi probatori decisivi potrebbero evitare il giudizio stesso) e con fini primariamente ed espressamente conciliativi. Il legislatore, infatti, dopo aver disposto che "l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696 prosegue statuendo "il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta ove possibile, la conciliazione…se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione".

Ebbene, **l'art. 8 della l. 24/2017, nell'introdurre una condizione di procedibilità della domanda nella materia della responsabilità medica (il tentativo obbligatorio di conciliazione), ha individuato come strumento potenzialmente deflattivo e conciliativo proprio il procedimento di cui all'art. 696 bis cpc (in alternativa al procedimento della mediazione).**

È pertanto evidente che il ricorso ex art. 696 bis è rivolto expressis verbis, oltreché per la sua stessa natura, al tentativo della composizione stragiudiziale della lite.

Conseguentemente, la previsione dell'onere di comunicazione per l'avvio dell'attività stragiudiziale, di cui all'art. 13 della citata novella, impone di ritenere che l'attività intrapresa per l'obbligatorio tentativo di conciliazione di cui all'art. 8 (sia nella forma del ricorso ex art. 696 bis cpc, che del

procedimento di mediazione) debba essere prontamente partecipato al medico.
Ma vi è un ulteriore motivo che induce questo Collegio a ritenere che il ricorso ex art. 696 bis cpc debba essere comunicato, a pena di inammissibilità, al sanitario coinvolto, motivo che scaturisce dall'articolato procedurale che si legge nella disposizione in rassegna.
L'art. 8, infatti, non si limita a individuare una condizione di procedibilità della domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, ma indica anche uno specifico rito per la sua trattazione; il legislatore, infatti, statuisce che ove l'accordo non si persegua (ovvero il procedimento ex art. 696 bis cpc non si sia concluso nel termine di sei mesi dal deposito del ricorso) il ricorrente può depositare, entro il termine di 90 giorni, innanzi allo stesso giudice dell'ATP, ricorso ex art. 281 undecies del c.p.c.: la domanda di risarcimento proposta in materia sanitaria, dunque, deve essere decisa attraverso il procedimento semplificato di cognizione, introdotto con la riforma del 2022, e che a partire dal 28 febbraio 2023 ha sostituito gli abrogati art. 702-bis ss (rito a cognizione sommaria).
Ebbene, l'intera struttura procedurale prevista all'art. 8, induce questo Collegio a ritenere che il ricorso per ATP e il successivo procedimento semplificato di cognizione rappresentino due fasi (di cui la seconda è solo eventuale) di un complesso procedurale unitario che, tuttavia, inizia con la presentazione del ricorso ex art. 696 bis cpc (salva l'ipotesi in cui si attiva il procedimento di mediazione di cui all'art. 5, comma 1 del d.lgs 4 marzo 2010 n. 28) e che, solo ove non si raggiunga la conciliazione, transita nel giudizio di merito.
Che si tratti un complesso procedurale indivisibile, a parere del Collegio, emerge inequivocabilmente dal fatto che il legislatore disciplina puntualmente anche la fase che intercorre tra l'espletamento del ricorso ex art. 696 bis cpc e il passaggio al successivo segmento del giudizio di merito. Si legge, infatti, testualmente che "Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 281 undecies del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti e procede con le forme del rito semplificato di cognizione a norma degli articoli 281 decies e seguenti del codice di procedura civile".
Ciò considerato, il Collegio ritiene che il giudizio per risarcimento del danno in materia di colpa medica si instauri con il ricorso ex art. 696 bis (salva l'ipotesi della mediazione), e che pertanto, laddove il legislatore all'art. 13 della l. 24/2017, utilizza la locuzione "instaurazione del giudizio", intenda riferirsi anche alla proposizione del ricorso ex art. 696 bis cpc. Infine, tale convincimento, oltreché dalla natura dello strumento di cui all'art. 696 bis cpc e dalla struttura procedimentale articolata dall'art. 8 della l. 24/2017, trova ulteriore riscontro anche nella ratio legis dell'art. 13 della l. 24/2017, nonché nella ratio del complesso sistema normativo inaugurato dalla cd. Legge Gelli – Bianco. È indubbio che il legislatore, con la disposizione appena richiamata, abbia inteso attuare un pieno e tempestivo coinvolgimento del personale sanitario nell'ipotesi in cui venga a instaurarsi un giudizio per risarcimento del danno (ma altrettanto dicasi per l'avvio delle trattative stragiudiziali) nei confronti della struttura sanitaria. L'art. 13 in esame, infatti, si pone a tutela del diritto di difesa dell'esercente la professione sanitaria al quale il legislatore ha inteso conferire la possibilità di partecipare non solo al giudizio instaurato nei confronti della struttura, ma anche alle trattative stragiudiziali con il danneggiato.
L' intento del legislatore è evidentemente quello di consentire al medico di intervenire sin dalle prime fasi della vicenda (processuale o stragiudiziale), per partecipare personalmente alla corretta ricostruzione dei fatti così da predisporre tempestivamente la difesa da utilizzare nell'eventuale futuro giudizio (di rivalsa o per risarcimento del danno erariale indiretto) che potrebbe nel tempo vederlo coinvolto.
Anche solo per tale motivo, è assolutamente necessario che il sanitario venga coinvolto nella fase propedeutica dell'accertamento di cui all'art. 696 bis cpc, in modo da aiutare il Consulente a evidenziare sin da subito elementi che possano escludere la propria responsabilità e/o della struttura sanitaria.
(…) Alla luce di tutto quanto sin qui rilevato, si ritiene che, in ragione del combinato disposto degli articoli 8 e 13 della legge 8 marzo 2017 n. 24, il ricorso ex art. 696 bis cpc proposto da chi intenda esercitare un'azione di risarcimento del danno da responsabilità medica debba essere comunicato nel termine di 45 giorni all'esercente la professione sanitaria, la qual cosa nel caso di specie non è avvenuta, e che pertanto sul punto è corretta la sentenza di primo grado.
V. (…) è da escludere che la condizione di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno erariale (o di rivalsa) prevista all'art. 13 della l. Gelli-Bianco debba essere scrutinata dal giudice in ragione di circostanze di fatto in alcun modo contemplate dal legislatore, quali per esempio il comportamento delle parti.
Una volta che si ritenga sottoposto all'obbligo comunicativo anche il ricorso ex art. 696 bis, dunque, come peraltro la stessa Procura riconosce nell'atto di appello, non può il giudice vagliare la sussistenza o meno di tale condizione di ammissibilità in ragione di circostanze di fatto che, secondo l'appellante, renderebbero non apposta la condizione stessa: ci si riferisce, in particolare, all'argomentazione esposta a pag. 14 dell'atto di appello, con cui il Procuratore appellante sostiene che il giudice di primo grado non avrebbe dovuto ritenere operante la norma di cui all'art. 13 già citato, nelle ipotesi in cui dall'omessa comunicazione non sia derivata compromissione del diritto di difesa del sanitario, dimenticando che il giudice può disapplicare una norma di legge solo qualora contrasti con un precetto eurounitario.
(…) VI. Va ora esaminato il secondo motivo di gravame formulato dall'appellante, incentrato esclusivamente sulla questione di costituzionalità dell'art. 13 della l. 8 marzo 2017 n. 24.
Con il secondo motivo, infatti, la Procura ha censurato per error in iudicando et in procedendo e per errata valutazione, il capo della sentenza n 226/2022 nella parte in cui ha rigettato per manifesta infondatezza l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 13 della l. 8 marzo 2017 n. 24, proposta in primo grado con l'atto di citazione; e ha riproposto la questione, in grado di appello, ribadendone il contrasto con gli articoli 3, 103 e 111 della Costituzione.
Secondo la Procura appellante, il giudice di prime cure, laddove ha affermato che "il Procuratore della Corte dei conti potrà comunque agire nei confronti dei dipendenti che hanno omesso il suddetto adempimento, così privando l'amministrazione della chances di ottenere il risarcimento del

danno dai diretti responsabili dello stesso", avrebbe trascurato di considerare che, nell'ambito del giudizio di responsabilità non è configurabile una sorta di surrogazione del soggetto che ometta le comunicazioni di cui all'art. 13 nella posizione dei sanitari che dovrebbero rispondere per il danno arrecato all'Azienda sanitaria; anche perché, sempre secondo l'assunto dell'appellante sarebbe "necessario dimostrare la colpa grave nella condotta omissiva".

Ebbene, la censura non è condivisa.

In primo luogo, non è pertinente il richiamo operato dalla Procura appellante all'istituto della surrogazione; si consideri, infatti, che tale strumento, previsto agli art. 1201 e ss del codice civile, determina, solo a seguito di adempimento della obbligazione da parte di un terzo, una sostituzione soggettiva (per volontà del creditore, per volontà del debitore o per legge) a latere creditoris.

Sicché, quanto argomentato dal giudice di primo grado nella sentenza impugnata per escludere la fondatezza della questione di costituzionalità, e cioè la possibilità per la Procura di chiamare ai danni il dipendente che abbia violato l'obbligo di comunicazione ex art. 13 tecnicamente non può configurare neanche in astratto l'"automatica surrogazione" paventata dalla Procura.

Né può aver rilievo l'assunto che in questo modo il risarcimento del danno sarebbe subordinato alla colpa grave del dipendente inadempiente all'obbligo di cui all'art. 13, così creando un vulnus al patrimonio pubblico.

Quanto evidenziato dal giudice di prime cure, infatti, è perfettamente aderente al paradigma normativo del risarcimento del danno erariale per responsabilità amministrativa causato dalla condotta gravemente colposa o dolosa di un soggetto legato da rapporto di servizio con la pubblica amministrazione; ed è, pertanto, perfettamente rispondente ai principi costituzionali di cui agli art. 3, 103 e 111 invocati dalla Procura.

È evidente, infatti, che **ove sia accertata l'inammissibilità dell'azione erariale in ragione della violazione dell'obbligo di tempestiva comunicazione di cui all'art. 13 della l. Gelli-Bianco, la Procura può agire nei confronti dei dipendenti che hanno omesso la comunicazione**.

Correttamente, dunque, il giudice di primo grado ha ritenuto che la condizione di ammissibilità dell'azione statuita dalla disposizione gravata sia assolutamente compatibile con i principi costituzionali richiamati dalla Procura.

Altresì infondato è l'ulteriore percorso argomentativo della Procura che censura la sentenza di primo grado nella parte in cui, nel ritenere non manifestamente fondata la questione di costituzionalità, non avrebbe considerato che l'art. 13 della l. 24/2017, condizionando l'azione della Procura contabile alla diligenza e/o solerzia di un soggetto estraneo al titolare del potere d'azione", e nello specifico all'azione dell'Azienda sanitaria o addirittura delle compagnie assicurative, si porrebbe in contrasto con il principio di effettività dell'azione di responsabilità intestata alla Procura contabile di cui all'art. 103 Cost. e con il principio di parità delle parti processuali, garantito dall'art. 111 della Costituzione.

Anche tale censura non revoca in dubbio la correttezza della sentenza lombarda.

In primo luogo, occorre precisare che **ove il privato danneggiato abbia proposto l'azione di risarcimento direttamente nei confronti della compagnia assicurativa (art. 12 della l. Gelli Bianco), spetta a quest'ultima azionare la rivalsa nei confronti dell'assicurato; sicché, l'eventuale violazione dell'obbligo di comunicazione e, conseguentemente, l'inammissibilità dell'azione per violazione dell'art. 13, non si ripercuote certo sull'erario pubblico**. Ne consegue che tutta l'argomentazione formulata a pag. 17 dell'atto di appello è irrilevante ai fini del presente giudizio.

Nell'ipotesi in cui, invece, il danneggiato agisca direttamente nei confronti della struttura sanitaria, **nessun vulnus alla funzione della magistratura contabile di tutela del patrimonio pubblico e quindi alle disposizioni costituzionali richiamate dall'appellante è configurabile in quanto la condizione di ammissibilità di cui all'art. 13 è subordinata alla condotta di un soggetto che, seppure terzo rispetto a chi ha la titolarità dell'azione di risarcimento, è comunque legato da rapporto di servizio con l'amministrazione danneggiata, sicché la Procura, si ribadisce, può agire nei confronti di questi per il depauperamento erariale**.

Ancora l'appellante ritiene viziata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondata l'eccezione di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 della Costituzione, e segnatamente per irragionevolezza, senza considerare "l'ipotesi in cui la struttura sanitaria, pur in perfetta buona fede e armata della migliore solerzia, abbia difficoltà obiettiva nell'individuare correttamente il responsabile del sinistro" (pag. 22 dell'atto di appello); e per supportare il proprio ragionamento, richiama esempi assolutamente estranei ai fatti di causa (quali l'ipotesi dell'infezione intraoperatoria o l'emorragia cerebrale ecc).

Ebbene, è evidente l'irrilevanza, prima ancora della infondatezza, di tali argomentazioni ove si consideri che nel caso concreto i sanitari coinvolti nella vicenda erano stati puntualmente indicati già nell'atto di intimazione notificato all'ospedale (…) dal legale della sig.ra *omissis* già il 9.3.2018 (doc. 2 fascicolo del convenuto *omissis* nel giudizio di primo grado).

Infine, la Procura ha censurato la disposizione in esame rilevando che seppure il legislatore abbia introdotto una condizione di procedibilità, non ha poi previsto la possibilità di recuperare l'attività omessa a seguito della proposizione del giudizio. Chiarisce infatti, che le condizioni di procedibilità devono sussistere al momento della decisione sicché sempre il legislatore consente al giudice di sospendere il giudizio assegnando all'attore il termine per recuperare l'attività omessa.

È evidente l'equivoco in cui è incorsa la Procura appellante laddove qualifica l'obbligo di comunicazione di cui all'art. 13 come condizione di procedibilità trattandosi invece chiaramente ed expressis verbis di una condizione di ammissibilità dell'azione, che quindi deve sussistere al momento della proposizione della domanda.

Peraltro, tutt'altro che irragionevole, la disposizione in esame risponde perfettamente alla ratio di tutta la novella del 2017, che come innanzi evidenziato, è quella di garantire, con più vigore, il contraddittorio nei confronti dell'operatore sanitario; di rafforzare il diritto di difesa in ragione della complessità della materia sanitaria, incoraggiando l'effetto deflattivo del contenzioso; di combattere il fenomeno della medicina difensiva che, questa sì, si pone in contrasto con il diritto costituzionalmente garantito alla salute. In tale prospettiva non può considerarsi irragionevole l'esercizio della discrezionalità impiegata dal legislatore nel senso fatto proprio dall'art. 13 più volte citato.

Correttamente, dunque, il giudice di primo grado ha dichiarato la non manifesta fondatezza della questione di legittimità costituzionale, non ravvisandosi alcun contrasto tra l'art. 13 della l. 24/2017 e i parametri costituzionali indicati dall'appellante.

Anche il secondo motivo di gravame, dunque, deve essere respinto.
Alla luce di tutto quanto sin qui considerato, l'appello deve essere rigettato, con conferma integrale della sentenza di primo grado. Per l'effetto, deve essere confermata l'inammissibilità dell'azione di risarcimento del danno per colpa medica proposta dalla Procura nei confronti di *omissis*.
Ai sensi dell'art. 31 cgc, terzo comma, la definizione del giudizio sulla base della sola questione preliminare comporta la compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

la Seconda Sezione giurisdizionale d'appello, definitivamente pronunciando, dichiara estinto il giudizio nei confronti del dr. *omissis*.
Rigetta l'appello proposto dalla Procura regionale presso la Sezione
giurisdizionale per la Lombardia e, per l'effetto, conferma integralmente la sentenza n. 226/2022 della Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia.
Spese di giudizio compensate.

(2)

…*Omissis*…

Diritto

1. La questione al vaglio della Sezione attiene ad un caso di contestata malpractice medica imputata al dott. (*omissis*), foriera di un risarcimento danni in sede transattiva sul piano civilistico e asseritamente originante un conseguente danno patrimoniale indiretto per l'ASL di (*omissis*).
2. Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa, dispiegata dalla difesa del convenuto, per violazione dell'art. 13 della legge n. 24/2017, a ragione della mancata comunicazione dall'ASL di (*omissis*) dell'instaurazione del giudizio civile promosso dall'erede della de cuius, ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., e indi del ricorso ex art. 702-bis c.p.c (art. 281-undecies c.p.c. a decorrere dal 28.02.2023).
L'applicabilità della predetta legge n. 24/2017 al caso di specie è certa e non controversa, atteso che i fatti in questione sono avvenuti successivamente alla sua entrata in vigore.
Ritiene il Collegio che la sollevata eccezione sia fondata e meritevole di accoglimento, per le ragioni di seguito esposte.
2.1. In particolare, l'art. 13 della legge n. 24/2017 stabilisce l'obbligo delle strutture sanitarie e sociosanitarie e delle imprese di assicurazione di comunicare all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, per fatti che abbiano avuto origine da un evento lesivo riconducibile alla condotta tenuta dal professionista. L'avviso va notificato entro 45 giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo e l'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa. La disposizione in esame stabilisce altresì l'onere informativo anche rispetto all'avvio delle attività stragiudiziali con il danneggiato, avvio che deve essere comunicato nel termine di 45 giorni, "con invito a prendervi parte".
L'articolo 8 della medesima legge ha inoltre introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione prevedendo, al comma 1, che "chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente".
L'istituto disciplinato dall'art. 696-bis c.p.c. (Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite), introdotto con la legge 80/2005, infatti, ha una ratio evidentemente diversa dall'accertamento tecnico di cui all'art. 696 c.p.c. (accertamento tecnico e ispezione giudiziale), la cui natura cautelare, oltreché di istruzione preventiva, ne subordina l'espletamento alla condizione dell'urgenza.
L'accertamento tecnico di cui all'art. 696-bis, diversamente, è uno strumento alternativo di risoluzione della controversia a scopo deflattivo (l'acquisizione di elementi probatori decisivi potrebbero evitare il giudizio stesso) e con fini primariamente ed espressamente conciliativi. Il legislatore, infatti, dopo aver disposto che "l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'art. 696", prosegue statuendo "il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta ove possibile, la conciliazione. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione".
Il comma 2 del medesimo art. 8 prevede poi che "La presentazione del ricorso di cui al comma 1 [e cioè quello per accertamento tecnico preventivo ex art. 696-bis c.p.c.] costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento".
Ebbene, l'art. 8 della legge n. 24/2017, nella versione ratione temporis vigente, nell'introdurre una condizione di procedibilità della domanda nella materia della responsabilità medica, ha individuato come strumento potenzialmente deflattivo e conciliativo proprio il procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c. ("in alternativa" al procedimento della mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo n. 28/2010).
Ritiene il Collegio che "la previsione dell'onere di comunicazione per l'avvio dell'attività stragiudiziale, di cui all'art. 13 della citata novella, impone di ritenere che l'attività intrapresa per l'obbligatorio tentativo di conciliazione di cui all'art. 8 (sia nella forma del ricorso ex art. 696 bis cpc, che del procedimento di mediazione) debba essere prontamente partecipato al medico" (Corte conti, sez. II App., sent. n. 80/2024).
Tale soluzione trova ulteriore conferma anche nella ratio legis e nell'intero sistema normativo della legge n. 24/2017.
Come affermato infatti dalla più recente giurisprudenza del giudice d'Appello, è "indubbio che il legislatore, con la disposizione appena richiamata, abbia inteso attuare un pieno e tempestivo coinvolgimento del personale sanitario nell'ipotesi in cui venga a instaurarsi un giudizio per risarcimento del danno (ma altrettanto dicasi per l'avvio delle trattative stragiudiziali) nei confronti della struttura sanitaria. L'art. 13 in esame, infatti, si pone a tutela del diritto di difesa dell'esercente la professione sanitaria al quale il legislatore ha inteso conferire la possibilità di partecipare non solo al giudizio instaurato nei confronti della struttura, ma anche alle trattative stragiudiziali con il danneggiato.
L' intento del legislatore è evidentemente quello di consentire al medico di intervenire sin dalle prime fasi della vicenda (processuale o stragiudiziale), per partecipare personalmente alla corretta ricostruzione dei fatti così da predisporre tempestivamente la difesa da utilizzare nell'eventuale futuro giudizio (di rivalsa o per risarcimento del danno erariale indiretto) che potrebbe nel tempo vederlo coinvolto.

Anche solo per tale motivo, **è assolutamente necessario che il sanitario venga coinvolto nella fase propedeutica dell'accertamento di cui all'art. 696 bis cpc, in modo da aiutare il Consulente a evidenziare sin da subito elementi che possano escludere la propria responsabilità e/o della struttura sanitaria"** (Corte conti, sez. II App., sent. n. 80/2024), facendo valere le proprie ragioni. Ma vi è un ulteriore profilo che induce il Collegio a ritenere che il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. debba essere comunicato, a pena di inammissibilità, al sanitario coinvolto.

L'art. 8, infatti, non si limita a individuare una condizione di procedibilità della domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, ma indica anche uno specifico rito per la sua trattazione; il legislatore, infatti, statuisce che, ove l'accordo non si persegua (ovvero il procedimento ex art. 696-bis c.p.c. non si sia concluso nel termine di sei mesi dal deposito del ricorso), la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis c.p.c. (art. 281-undecies c.p.c. a decorrere dal 28.02.2023).

In tal caso, quindi, **secondo la disciplina ratione temporis vigente, la domanda di risarcimento proposta in materia sanitaria deve essere decisa attraverso il procedimento sommario di cognizione (attualmente sostituito dal procedimento semplificato di cognizione, introdotto con la riforma del 2022, e che a partire dal 28.02.2023 ha sostituito gli abrogati art. 702-bis e seguenti c.p.c.).**

Come rilevato dalla più recente giurisprudenza d'Appello di questa Corte sopra citata, viene quindi in considerazione un procedimento composto da "due fasi (di cui la seconda è solo eventuale) di un complesso procedurale unitario che, tuttavia, inizia con la presentazione del ricorso ex art. 696 bis cpc (salva l'ipotesi in cui si attiva il procedimento di mediazione di cui all'art. 5, comma 1 del d.lgs 4 marzo 2010 n. 28) e che, solo ove non si raggiunga la conciliazione, transita nel giudizio di merito. **Che si tratti un complesso procedurale indivisibile, a parere del Collegio, emerge inequivocabilmente dal fatto che il legislatore disciplina puntualmente anche la fase che intercorre tra l'espletamento del ricorso ex art. 696 bis cpc e il passaggio al successivo segmento del giudizio di merito" (Corte conti, sez. II App., sent. n. 80/2024). Ciò si evince dalla lettura testuale dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 8 citato secondo cui "In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti".**

Alla luce della ricostruzione normativa sopra esposta, il Collegio aderendo all'orientamento più recente del giudice d'Appello sopra citato, ritiene che "il giudizio per risarcimento del danno in materia di colpa medica si instauri con il ricorso ex art. 696 bis (salvo il caso della mediazione), e che pertanto, laddove il legislatore all'art. 13 della l. 24/2017, utilizza la locuzione "instaurazione del giudizio", intenda riferirsi anche alla proposizione del ricorso ex art. 696 bis cpc (Corte conti, sez. II App., sent. n. 80/2024).

Pertanto, considerato il suddetto quadro normativo e la ratio ad esso sottesa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 8 e 13 della legge n. 24/2017, il Collegio ritiene che il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. proposto da chi intenda esercitare un'azione di risarcimento del danno da responsabilità medica debba essere comunicato nel termine di 45 giorni all'esercente la professione sanitaria, in quanto atto introduttivo del giudizio. Analogamente, deve essere comunicato l'avvio del procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702-bis (all'epoca vigente), che costituisce il secondo momento di un procedimento complesso articolantesi in più fasi inscindibili.

2.2. Nel caso di specie, risulta agli atti del giudizio che in data (*omissis*) la Direzione Sanitaria dell'ASL di (*omissis*), PO di (*omissis*), ha comunicato all'(*omissis*) la richiesta di risarcimento per responsabilità medica per il sinistro occorso alla Sig.ra (*omissis*), trasmettendo la nota del legale dell'erede della paziente deceduta con cui si invitava l'Ente ospedaliero ad addivenire ad una soluzione bonaria della controversia ed invitandolo contestualmente a relazionare al riguardo.

Con la suddetta comunicazione, successivamente reiterata, la ASL ha meramente notiziato il convenuto della richiesta di risarcimento del danno, avanzata in relazione al decesso della Sig.ra (*omissis*), senza fare la minima menzione dell'instaurarsi del contenzioso, di cui non vi è prova agli atti che l'(*omissis*) sia venuto a conoscenza.

Invero, come correttamente argomentato dalla difesa del convenuto, alla predetta comunicazione, avrebbe dovuto obbligatoriamente fare seguito, come espressamente sancito dall'art. 13 della legge n. 24/2017, anche la **comunicazione della successiva notifica sia del ricorso ex art. 696-bis c.p.c. (R.G. (*omissis*)), quale atto introduttivo del giudizio, sia di quello ex art. 702-bis c.p.c. (R.G. (*omissis*)), concluso con l'ordinanza ex art. 702-ter c.p.c. del (*omissis*), all'esito dei quali è scaturita l'azione della Procura contabile. Infatti, è proprio all'esito di tale giudizio che è stata emessa la CTU e liquidato il risarcimento in favore degli eredi.**

Tale comunicazione avrebbe consentito al convenuto di costituirsi nei predetti giudizi, partecipandovi sin dall'inizio, al fine di difendersi mediante le strategie difensive reputate più utili.

Non assume rilievo la successiva comunicazione dell'ASL (*omissis*) del (*omissis*), in quanto è di molto successiva sia alla definizione del ricorso ex art. 696-bis c.p.c. (R.G. (*omissis*)), sia di quello ex art. 702-bis c.p.c. (R.G. (*omissis*)), concluso con l'ordinanza ex art. 702-ter c.p.c. del (*omissis*), ma è peraltro riferibile ad un diverso ricorso ex art. 702- bis c.p.c., notificato all'ASL di (*omissis*) in data (*omissis*), ancora pendente, e promosso dagli altri eredi della Sig. (*omissis*) nei confronti della sola Azienda sanitaria.

In conclusione, **l'omissione di tali comunicazioni, in violazione del chiaro disposto del citato art. 13 della legge n. 24/2017, ha impedito al convenuto l'esercizio del diritto di difesa che la suddetta normativa intende tutelare, rafforzando e tutelando il ruolo degli esercenti la professione sanitaria.**

"Obiettivo che rientra sicuramente nell'intento generale della legge - chiaramente emergente, come già detto, dal complesso delle sue disposizioni - di tutelare, attraverso un bilanciamento dei vari interessi in gioco, la posizione di soggetti (gli operatori sanitari) i quali, concorrendo in maniera determinante ad assicurare un diritto costituzionalmente preminente come quello alla salute, sono esposti al rischio (che potrebbe influire sulla appropriatezza delle strategie diagnostico-terapeutiche da attuare: si pensi al fenomeno della cosiddetta medicina difensiva) di azioni risarcitorie. Tale finalità di tutela fa ritenere costituzionalmente giustificato un regime normativo affatto particolare, in più punti derogatorio della normativa generale in materia di responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici" (Corte conti, sez. giur. Lombardia, sent. n. 226/2022).

3. Alla luce delle suesposte conclusioni, fondate su una interpretazione aderente sia alla lettera del testo normativo,

che a criteri di tipo sistematico e teleologico, coglie nel segno e deve essere quindi accolta l'eccezione di inammissibilità, formulata dal convenuto, per mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 13 della legge n. 24/2017.
Risultano conseguentemente assorbiti gli ulteriori profili della questione preliminare sollevata, nonché quelli attinenti al merito della controversia, pure non privi di consistenza.
4. Quanto al regime delle spese di lite, considerata la definizione del giudizio sulla base della sola questione preliminare, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.g.c., sussistono giusti motivi per disporne l'integrale compensazione.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Campania
definitivamente pronunciando, dichiara l'inammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa.
Spese compensate.

Omicidio volontario e danno all'immagine

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Lombardia, 23 aprile 2024, n. 66; Pres. Canu; Est. Berruti

Sussiste la responsabilità amministrativo-contabile per il danno all'immagine dell'amministrazione sanitaria dei sanitari ospedalieri che abbiano dolosamente provocato la morte dei pazienti ricoverati e affidati alle loro cure.

…Omissis…

Motivi della decisione

1. I convenuti erano entrambi, all'epoca delle condotte contestate, operatori sanitari dipendenti dell'Azienda sanitaria *omissis* e in servizio presso l'Ospedale di S.: il C. quale d. m. del Pronto soccorso, con specializzazione in A., e la T. quale i., sono chiamati a rispondere dei danni conseguenti alla commessione di reati c.d. comuni, contro la vita e l'incolumità individuale, concretatisi in **plurimi omicidi dolosi aggravati perpetrati in danno di pazienti ricoverati e affidati alle loro cure.**

Ad entrambi è contestato, in solido, il danno all'immagine conseguente alla commissione dei suddetti reati.

Al solo m. (C.) è contestato il danno indiretto subito dall'Azienda sanitaria in ragione del risarcimento pagato alle parti civili per effetto delle sentenze del giudice penale.

(…) 2. Ciò posto, l'azione della Procura regionale è fondata, ricorrendo tutti i presupposti della responsabilità amministrativa dei convenuti.

2.1. È evidente illiceità delle condotte addebitate a questi ultimi.

Sui fatti oggetto di causa sopra ricordati sono state pronunciate sentenze penali di condanna a seguito di dibattimento, passate in giudicato dopo tre gradi di giudizio (cfr. docc. 4, 5, 6, 9, 10,11, 13, 14, 15 prod. Proc.).

2.2. Gli intimati non si sono formalmente costituiti per contestare tali addebiti, i quali trovano conferma nelle indagini svolte e nelle sentenze pronunciate a seguito di dibattimento, che, in virtù dell'art. 651 c.p.p., cristallizzano la ricostruzione degli eventi nel giudizio contabile e cui può qui farsi integrale rinvio ai sensi dell'art. 17 norme att. c.g.c.

Anche in assenza di controdeduzioni difensive, possono dunque ritenersi provati.

2.3. Essi, considerata la loro natura e quella dei reati per cui vi è stata condanna penale, nonché le modalità di esecuzione, sono evidentemente sorretti dal dolo.

2.4. La prima voce di danno, contestata sia al C. che alla T., riguarda l'immagine.

Secondo la giurisprudenza di questa Sezione (cfr., per tutte, n. 23/2022 e la giurisprudenza, anche di secondo grado, ivi richiamata), dopo l'entrata in vigore del c.g.c. (D.lgs. n. 174/2016) l'azione risarcitoria per il danno all'immagine è proponibile, in sede contabile, anche per reati diversi da quelli contro la p.a. di cui al Libro II, Titolo II, Capo I c.p. (artt. 314-335), come sono quelli che vengono in rilievo nel presente giudizio, che hanno leso la vita e l'incolumità individuale.

È vero che una parte della giurisprudenza, anche d'appello (cfr. Sez. II, 1° agosto 2023 n. 221), va di contrario avviso, ancorché non paia trattarsi, in assenza, ad oggi, di un intervento delle SS.RR. in funzione nomofilattica, di orientamento consolidato.

Come noto, i due opposti orientamenti fanno essenzialmente perno sulla questione della natura del rinvio, se recettizio o meno, operato dall'art.17, comma 30 ter del D.L. 78/2009 all'art.7 della L. n.97/2001, da cui è dato ricavare la suddetta limitazione. Quest'ultima norma è stata infatti abrogata dal c.g.c. (art. 4, comma 1, lett. g) dell'Allegato III) e la corrispondente previsione inserita nell'art. 51, comma 7 c.g.c. con una formulazione più ampia, che fa riferimento, in termini più generali, a tutti i reati commessi a danno delle amministrazioni pubbliche (e non solo ai reati propri contro la p.a., come in precedenza).

2.5. Questa Sezione ha accolto, e intende confermare, l'orientamento che sostiene la natura non recettizia del detto rinvio, con la conseguenza che, per effetto del combinato disposto delle norme interessate dalla novella, l'ambito di proponibilità del danno all'immagine risulta ampliato rispetto a quello delineato dal D.L. n. 78/2009 cit. e che il rinvio previsto dall'art.17, comma 30 ter cit. per l'individuazione delle ipotesi delittuose dalle quali sorge l'azionabilità del danno all'immagine, va oggi inteso come riferito all'art.51, comma 7 c.g.c., che fa riferimento, in termini più generali, a tutti i reati commessi a danno delle amministrazioni pubbliche (cfr. le esaustive motivazioni della sentenza n. 23/2022 cit., pagg. 11-13).

La Corte costituzionale, dopo aver ritenuto, all'indomani del varo del D.L. n. 78/2009 cit., non irragionevole una limitazione della azionabilità del danno all'immagine della p.a., attribuendole natura sostanziale (cfr. sent. n. 335/2010), ha lasciato ancora irrisolta la questione di cui s'è detto (cfr. sent. nn. 191/2019 e 123/2023).

L'interpretazione accolta da questa Sezione ha trovato peraltro avallo nella giurisprudenza di legittimità (cfr., anche per una accurata sintesi dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia, Cass. pen. n. 5534/2022, par.4).

2.6. Le peculiarità del caso concreto e le modalità delle condotte di causa (tenute da professionisti che avrebbero dovuto tutelare la salute dei cittadini) indicano senz'altro la ricorrenza di delitti commessi a danno dell'amministrazione sanitaria. Tale danno è da intendere non in senso formale e limitato alle ipotesi in cui il legislatore individui in astratto, nella sistemazione normativa, la pubblica amministrazione quale vittima del delitto, ma come compromissione dei beni giuridici dell'integrità, funzionalità, imparzialità e buon andamento tutelati dall'art. 97 della Costituzione, con conseguenti ripercussioni negative sull'immagine dell'ente pubblico (cfr. Sez. Lombardia n. 23/2022 cit.).

2.7. Neppure rileva che i fatti per cui è causa siano antecedenti all'entrata in vigore del c.g.c. e alla correlata estensione dei limiti di perseguibilità del danno erariale all'immagine (ancorché la sentenza penale irrevocabile sia successiva).

Questa Sezione (cfr. n. 23/2022 cit.) ha già avuto modo di precisare che tale estensione non opera sul piano sostanziale (tanto è vero che prima del c.g.c. il danno all'immagine della p.a. poteva essere perseguito, per i reati c.d. comuni, davanti al giudice ordinario), bensì su quello processuale, con un ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti in

materia. Si ritiene quindi che la nuova disciplina abbia innovato solo in ordine al presupposto di proponibilità dell'azione, in senso ampliativo e con rilevanza esclusivamente processuale, con la conseguenza che ne va fatta applicazione con riferimento al momento in cui l'azione risulta proposta secondo il noto principio tempus regit actum.
2.8. Quanto all'accertamento del danno all'immagine, va premesso che, se il diritto all'immagine della p.a. trova il suo fondamento nell'art. 2 Cost., il quale riconosce i diritti inviolabili della persona (sia fisica, che giuridica), la declinazione del generale dovere che tutti i cittadini hanno di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne le leggi ex art. 54 Cost. in quello, proprio dei dipendenti pubblici, di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina ed onore, appare in larga parte orientata alla tutela dell'immagine e del prestigio della p.a.
Le SS.RR. di questa Corte (n. 1/QM/2011) hanno ulteriormente chiarito che "il danno all'immagine della Pubblica amministrazione ("non patrimoniale"), anche se inteso come "danno c.d. conseguenza", è costituito "dalla lesione" all'immagine dell'ente, "conseguente" ai fatti lesivi produttivi della lesione stessa (compimento di reati o altri specifici casi), da non confondersi con "le spese necessarie al ripristino", che costituiscono solo uno dei possibili parametri della quantificazione equitativa del risarcimento".
La lesione dell'immagine pubblica, come sopra definita, opera su un duplice piano, interno ed esterno: all'esterno, per la diminuita considerazione nell'opinione pubblica o in quei settori in cui l'amministrazione danneggiata precipuamente opera, e all'interno, per l'incidenza negativa sull'agire delle persone fisiche che compongono i propri organi.
Ne consegue che, al fine di configurare la lesione dell'immagine, non è indispensabile la presenza del c.d. clamor fori, ovvero la divulgazione della notizia del fatto a mezzo della stampa o di un pubblico dibattimento. Tali elementi vanno sì considerati, ma solo quali aggravanti. Il c.d. clamor, pertanto, può essere rappresentato anche dalla divulgazione all'interno dell'Amministrazione e dal coinvolgimento di soggetti ad essa estranei, senza alcuna diffusione nei mass media (cfr. Sez. II App. n. 662/2011).
2.9. I comportamenti dei convenuti, sostanziatisi nell'uccisione sistematica di soggetti ammalati e, dunque, fragili e privi di difesa, in un luogo deputato istituzionalmente alle loro cure, hanno inferto una grave lesione all'immagine all'azienda sanitaria coinvolta, istituzionalmente deputata alla tutela della salute degli infermi.
2.10. Il risarcimento di un simile pregiudizio non può rapportarsi solo alla eventuale spesa di ripristino incidente sul bilancio dell'ente, bensì ad un valore ideale da determinarsi secondo l'apprezzamento del giudice anche sulla base di presunzioni, tra cui le conseguenze negative che, per comune esperienza, siano riferibili al comportamento lesivo, e ai sensi dell'art. 1226 c.c.
2.11. Tale quantificazione in via equitativa va fatta sulla base di alcuni elementi indicatori, individuati dalla giurisprudenza e di natura oggettiva, soggettiva e sociale.
Quanto ai primi, vengono in considerazione la natura criminosa dei fatti e le modalità con cui essi sono stati commessi e reiterati nel tempo con agghiacciante sistematicità. In proposito va evidenziato che **alla base degli omicidi perpetrati dal C. in concorso con la T. vi era la precisa volontà del primo, spesso preannunciata o apertamente proclamata dinanzi ai colleghi ed al personale infermieristico, di applicare a pazienti in condizioni gravemente compromesse e con basse aspettative di vita, ritenuti non meritevoli di dispendio di tempo e risorse e risorse sanitarie, un protocollo farmacologico da lui elaborato**; difatti, ancor prima di valutare il quadro clinico dei singoli pazienti, il C. aveva già deciso di cagionarne o accelerarne l'exitus con la massiccia somministrazione in rapida successione dei farmaci del suo "Protocollo" (cfr. doc. 10 cit., pag. 165).
Quanto ai secondi, rileva il ruolo rivestito dai convenuti quali pubblici dipendenti dell'amministrazione sanitaria, istituzionalmente deputata alla tutela della salute.
Infine, **i fattori di natura sociale sono nella fattispecie legati alla negativa impressione suscitata nell'opinione pubblica locale e all'interno della stessa amministrazione sanitaria, nonché alla diffusione ed amplificazione dei fatti operata dai mass media. Non vi è dubbio che nella specie detto clamor fori sia stato amplissimo, essendo stati i crimini perpetrati presso l'Ospedale di S. oggetto di grande attenzione da parte della stampa e della televisione, locali e nazionali, e per lungo tempo (cfr. doc. 7).**
2.12. Del tutto condivisibile appare quindi la quantificazione del danno all'immagine operata da parte attrice in citazione in euro 900.000,00 (imputabili, ai fini del riparto interno, per euro 500.000,00 al m. e per euro 400.000,00 all'i., in considerazione del diverso ruolo svolto).
2.13. I convenuti vanno quindi condannati, in solido, al pagamento, a titolo di danno all'immagine, della somma di euro 900.000,00, da considerarsi, ai sensi dell'art. 1226 c.c., già comprensiva di rivalutazione, in favore dell' *omissis* con sede in *omissis*.
2.14. Per la quantificazione del danno indiretto, qui contestato al solo C., ai sensi del combinato disposto degli artt. 19 e 22 del D.P.R. n. 3/1957, la Corte dei conti può porre a carico del responsabile tutto il danno accertato o parte di esso.
Il Collegio ritiene di accogliere senz'altro la misura indicata in citazione in euro 2.253.872,28, pari alla sommatoria dei pagamenti effettuati a tale titolo dall' *omissis*, in qualità di responsabile civile, agli eredi dei pazienti deceduti, così come riveniente dai relativi mandati prodotti in atti (cfr. docc. 27-35).
Non sussistono ragioni in questa sede per dubitare che l'importo del risarcimento accordato dal giudice ordinario alle parti civili sia stato quantificato in misura congrua, essendone state puntualmente enunciate le ragioni nelle motivazioni della sentenza di appello, (cfr. doc. 10, pagg. 156 e sgg.), che la Corte di cassazione ha definito "puntuali e ineccepibili" (cfr. doc. 11, pag. 61).
2.15. Il C. va quindi condannato al pagamento, a titolo di danno indiretto, della somma di euro 2.253.872,28 in favore della stessa *omissis* .
2.16. Il predetto importo andrà incrementato di rivalutazione dalla data dei singoli mandati di pagamento sino alla pubblicazione della presente sentenza.
2.17. Su tutte le somme come sopra liquidate andranno poi applicati gli interessi nella misura di legge dalla data di pubblicazione della sentenza al soddisfo.
3. Le spese del giudizio, sia di merito che cautelare, seguono la soccombenza e sono liquidate a carico dei convenuti in solido.
4. Per effetto della sentenza di condanna, una volta esecutiva, il sequestro conservativo ante causam disposto sui beni dei convenuti con decreto del Presidente di questa Sezione del 16 giugno 2023 n. 21 e confermato con ordinanza di questa Sezione in composizione monocratica del 3 agosto 2023 n. 40, si converte in pignoramento ex artt. 80 c.g.c. e 686 c.p.c.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, definitivamente pronunciando,

Condanna

C. L., c.f. *omissis* , e T. L., c.f. *omissis* , in solido, al pagamento in favore dall' *omissis* della somma di euro 900.000,00 (novecentomila/00), a titolo di danno all'immagine, imputabili, ai fini del riparto interno, per euro 500.000,00 al primo e per euro 400.000,00 alla seconda, oltre interessi legali dal deposito della presente sentenza fino al saldo;

Condanna

C. L., c.f. *omissis* , al pagamento, della somma di euro 2.253.872,28 (duemilioniduecentocinquantatremilaottocentosettantadue/28) in favore dall' *omissis* , a titolo di danno indiretto, oltre rivalutazione dalla data dei singoli mandati di pagamento sino alla pubblicazione della presente sentenza e interessi legali dal deposito della presente sentenza fino al saldo.

L'efficacia temporale delle norme processuali della l. n. 24/2017

CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale di appello, 29 aprile 2024, n. 101; Pres. Acanfora; Est. Contino

La legge n. 24/2017 ha introdotto un nuovo sistema normativo che riveste natura sostanziale, sicché le disposizioni di natura processuale, pure in esso contenute, non possono che leggersi in stretta connessione con il nuovo regime di responsabilità nel suo complesso, non essendone ipotizzabile una applicazione avulsa dalla intera vigenza del nuovo sistema. Di conseguenza, anche le norme processuali della legge trovano applicazione alle sole condotte tenute dopo la sua entrata in vigore.

…Omissis…

Diritto

I. Il gravame all'esame mira alla riforma della sentenza n. (…) della Sezione giurisdizionale per la regione Lazio con la quale i giudici di primo grado hanno **dichiarato l'inammissibilità dell'azione proposta dalla competente Procura regionale per violazione dell'onere informativo previsto dall'art. 13 della l. 24 dell'8 marzo 2017 (c.d. legge Gelli-Bianco).**

Tale disposizione preclude alla Procura contabile la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno erariale nei confronti del medico nell'ipotesi in cui le strutture sanitarie abbiano omesso di comunicare, nonché in caso di incompletezza o tardività della comunicazione, all'esercente la professione sanitaria, nel termine di 10 giorni, l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato ovvero l'avvio delle trattative stragiudiziali, con invito a prendervi parte.

Nello specifico, il giudice di prime cure, pur riconoscendo la irretroattività della novella legislativa del 2017, ha ritenuto applicabile alla fattispecie la disposizione contenuta nell'art. 13 della medesima legge assumendo che il fatto rilevante, ai fini di verificare l'applicabilità o meno delle disposizioni sugli obblighi informativi, è **la data dell'introduzione del processo civile ovvero dell'avvio delle trattative stragiudiziali in esito all'accertamento tecnico preventivo, e non piuttosto l'atto medico causativo del danno.**

Sicché, poiché il ricorso per ATP è del 8.7.2019 e l'avvio delle trattative stragiudiziali è del 10.3.2020, quindi entrambi successivi all'entrata in vigore della l. n. 24/2017, l'azione erariale è stata ritenuta inammissibile non avendo l'Azienda ospedaliera comunicato alcunché ai sanitari.

Ebbene, tale argomentazione si pone in contrasto con tutta la giurisprudenza contabile che si è venuta a formare successivamente all'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco.

II. In via generale, si rileva che, in mancanza di una disposizione transitoria che disponga l'efficacia retroattiva della novella del 2017, "l'interprete, dato il carattere eccezionale di tale efficacia, (peraltro preclusa per la legge penale dall'art. 25 della Cost.) può ricavare la mens legis, rivolta ad attuarla implicitamente, sull'unica base della locuzione testuale della norma, solo cioè se il significato letterale non sia compatibile con la normale destinazione della legge a disporre per il futuro" (Cassazione, sent. Sez. III civ. n. 28994/2019).

Diversamente, il paradigma normativo cui riferirsi è quello contenuto nell'art. 11 delle preleggi, "che garantisce i 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 connaturato 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).

Ciò posto, i giudici della Cassazione, nella sentenza innanzi richiamata

(n. 28994/2019) proprio dal tenore letterale della legge 24/2017, hanno individuato due circostanze che si pongono inequivocabilmente in contrasto con la retroattività della legge Gelli Bianco.

In primo luogo, hanno evidenziato che **l'applicazione retroattiva della novella andrebbe a ledere l'affidamento dei pazienti sulla natura contrattuale della responsabilità del sanitario al momento dell'avvio dell'azione giudiziaria ("con dirompenti conseguenze sul riparto dell'onere di prova e sulla prescrizione"), avendo la novella qualificato la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria in termini di responsabilità extracontrattuale.**

Il secondo indice contrario alla retroattività della novella è dato, secondo la Corte di cassazione, dalla circostanza che **una tale applicazione inciderebbe sui singoli processi in corso in maniera diversificata a seconda della fase e del grado in cui 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".

Anche la giurisprudenza contabile ha costantemente affermato che la l. n. 24/2017 non trova applicazione né ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore né ai rapporti sorti anteriormente e ancora in corso di svolgimento; e ciò non solo per la mancanza di una previsione di legge che disponga la retroattività, ma anche perché da un'applicazione retroattiva della legge deriverebbe "una ingiustificata sterilizzazione di tutte le azioni risarcitorie in cui le aziende ospedaliere non abbiano seguito, in assoluta buona fede, una procedura all'epoca non prevista e non richiesta né da previsioni di legge né tantomeno regolamentari" (Sez. I app., sent. n. 114/2019).

Non solo: la legge Gelli Bianco prevede una nuova disciplina in materia di responsabilità degli esercenti la professione medica indubbiamente

caratterizzata da una **rafforzata tutela della posizione del sanitario in ragione della oggettiva "rischiosità" e dell'alea che ontologicamente caratterizza la scienza medica**. Si tratta dunque di un nuovo sistema normativo che riveste natura sostanziale, sicché "le disposizioni di natura

processuale, pure in esso contenute, non possono che leggersi in stretta connessione con il nuovo regime di responsabilità nel suo complesso, non essendone ipotizzabile una applicazione avulsa dalla intera vigenza del nuovo sistema"; "Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe all'inammissibile risultato di alterare la disciplina giuridica sostanziale vigente nel momento in cui si è perfezionato l'evento generatore della responsabilità amministrativa, non sussistendo, come detto, nel precedente regime alcun analogo adempimento a carico dell'azienda sanitaria, con la definitiva, quanto abnorme conseguenza di paralizzare ogni possibile azione risarcitoria a tutela del patrimonio pubblico per tutti i fatti antecedenti al 1° aprile 2017" (Sez. II app. n. 228/2023, n. 224/2021, n. 164/2021, n. 210/2020; Sez. I app. n.198/2023).

Per questo motivo non può essere condivisa l'eccezione sulla diversa natura della disposizione contenuta nell'art. 13, formulata dalla difesa del dott. (…) nella memoria di costituzione in appello.

III. Tornando alla fattispecie, il giudice di prime cure sembra aderire a tale orientamento consolidato della giurisprudenza contabile, tanto è che a pag. 10, richiama proprio la sentenza n. 28994/2019, per affermare che la legge Gelli-Bianco non può trovare applicazione "oltre che nei rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, ai rapporti sorti anteriormente ed ancora in corso di svolgimento, avendo consolidata giurisprudenza attribuito alla riforma natura di norma sostanziale". Tuttavia prosegue affermando che il momento che rileva nella fattispecie all'esame è quello dell'introduzione del giudizio (ricorso per ATP in data 18 luglio 2019), ovvero l'avvio delle trattative stragiudiziali con il paziente danneggiato (verbale di conciliazione del 10 marzo 2020).

Ebbene, come innanzi evidenziato, tale statuizione di inammissibilità non è in linea con le argomentazioni giurisprudenziali innanzi richiamate.

Se, infatti, l'onere informativo è da ritenersi applicabile ai rapporti sorti successivamente alla entrata in vigore della legge, come peraltro affermato anche dal giudice di prime cure, non v'è alcun dubbio, che nella fattispecie il rapporto giuridico è sorto prima della entrata in vigore della legge Gelli Bianco in quanto il fatto generatore del danno erariale, e quindi del rapporto giuridico per cui è causa, infatti, deve essere individuato nella condotta illecita del sanitario durante l'atto operatorio, secondo l'univoca giurisprudenza contabile delle sezioni di appello (ex plurimis Sez. II app. n. 228/2023, n. 224/2021, n. 372/2021, n. 164/2021, n. 210/2020; Sez. I app. n. 198/2023).

Peraltro, le conclusioni giurisprudenziali innanzi richiamate sono perfettamente coerenti con l'istituto del danno indiretto.

La Procura regionale, infatti, ha esercitato l'azione erariale per una ipotesi di danno subito dall'Amministrazione sanitaria per il risarcimento liquidato alla paziente a causa della condotta lesiva del dott. (…), ritenuta gravemente colposa, in applicazione dei presupposti di cui all'art. 28 della Costituzione. Tuttavia, sia la condotta che l'evento lesivo, generativi dell'obbligazione di risarcimento del danno, non possono che riferirsi all'assunto errore sanitario che si è verificato, in questo caso, durante la fase operatoria.

In altri termini, il rapporto giuridico che ha dato luogo all'obbligo dell'Amministrazione di risarcire il danno si è esaurito nel momento in cui il sanitario con la propria condotta gravemente colposa ha causato l'evento lesivo alla paziente; diversamente opinando, non sussistendo, come detto, nel precedente regime alcun analogo adempimento a carico dell'azienda sanitaria, qualora si ammettesse l'applicabilità dell'obbligo informativo si perverrebbe all'inammissibile risultato di alterare la disciplina giuridica sostanziale vigente nel momento in cui si è perfezionato l'evento generatore della responsabilità amministrativa.

È pertanto indubbio che **il ricorso per accertamento tecnico preventivo, il verbale di conciliazione, la transazione, l'azione di responsabilità erariale sono tutte evenienze ulteriori rispetto all'atto illecito e in quanto tali non possono essere considerati ai fini di determinare l'applicabilità della l. n. 24/2017.**

Alla luce di tutto quanto sin qui considerato, il motivo di appello è giuridicamente fondato e deve essere accolto.

Poiché il giudice di primo grado ha definito il processo decidendo soltanto sulla questione pregiudiziale relativa all'ammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 199, comma 2 del c.g.c. , gli atti devono essere rimessi al primo giudice per la prosecuzione del giudizio sul merito e per la pronuncia anche sulle spese del grado di appello.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione seconda giurisdizionale centrale d'appello,

definitivamente pronunciando, nei termini di cui in motivazione, contrariis reiectis, accoglie l'appello della Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale per la regione Lazio e per l'effetto rimette gli atti al primo giudice per la prosecuzione del giudizio sul merito della domanda risarcitoria nonché per la pronuncia anche sulle spese del grado d'appello.

Il regime probatorio della responsabilità amministrativo - contabile del medico

CORTE DEI CONTI, sezione III giurisdizionale centrale di appello, 3 maggio 2024, n. 127; Pres. Maio; Est. Mignemi

Ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile del medico, non trova applicazione il criterio processual-penalistico della prova "al di là di ogni ragionevole dubbio", ma quello processual-civilistico della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", dal momento che tale responsabilità, diversamente da quella penale, ha carattere patrimoniale, con prevalente funzione risarcitoria – recuperatoria, e non incide sulla libertà della persona.

…*Omissis*…

Diritto

1. I motivi d'appello possono essere trattati congiuntamente, attesa la loro stretta connessione.

(…) In ordine al regime probatorio, poi, **diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, anche nel caso di accertamento del danno erariale derivato da malpractice medica, ai fini della ricostruzione del nesso causale, diversamente dall'ambito penale dove vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile e contabile tra le due parti contendenti (Cass. S.U. 19129 del 2023; Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n. 584).**

Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte (ex multis, Sez. II App., sent. n. 366 del 5.12.2023, sent. n. 295 del 2023), valgono, infatti, anche nel caso di responsabilità erariale per colpa medica, le statuizioni delle Sezioni riunite di questa Corte, secondo cui ogni tentativo di applicazione analogica di principi processual-penalistici al giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti si porrebbe in palese contrasto con la precisa opzione del legislatore, che ha inteso ricondurre la disciplina del giudizio di responsabilità nell'ambito del processo civile, in ragione della natura dell'oggetto della cognizione.

La responsabilità amministrativa, diversamente da quella penale, infatti, si inserisce nell'archetipo della responsabilità patrimoniale, a prevalente funzione risarcitoria - recuperatoria (CEDU, sent. del 13.05.2014, Rigolio vs Italia), in disparte alcune ipotesi di responsabilità sanzionatoria, anch'essa patrimoniale, ma che, comunque, non partecipano del carattere afflittivo della libertà personale.

La differente natura dei valori che vengono in rilievo nei due giudizi - libertà, nel giudizio penale e patrimonio, nel giudizio amministrativo – segna l'essenziale distinzione tra i due processi, connotati da una diversa regola probatoria.

Nel processo penale, vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (art. 533 c.p.p.; cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328); mentre, nel processo civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non" (artt. 115 e 116 c.p.c.; in questo senso: Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238; Cass. 5.9.2006, n. 19047; Cass., 13/07/2006, n. 295; Cass. 4.3.2004, n. 4400; Cass. 21.1.2000 n. 632; Corte giustizia CE, 15/02/2005, n. 12); giudizio che si fonda sugli elementi di convincimento disponibili in relazione al caso concreto, la cui attendibilità va verificata sulla base dei relativi elementi di conferma.

Peraltro, l'estensione analogica di principi e disposizioni afferenti il processo penale, che concernono, in ultima analisi, la tutela processuale della libertà personale, per integrare la disciplina del processo contabile di responsabilità, che ha, al pari del processo civile, quale unico oggetto sul quale si riflettono gli effetti della decisione giudiziaria, il patrimonio del soggetto convenuto, comporta un'operazione ermeneutica che si pone anche in contrasto col precetto dell'art. 3 della Costituzione, poiché determinerebbe l'estensione di una medesima disciplina a due situazioni - tutela del patrimonio e tutela della libertà personale - sostanzialmente differenti (Corte dei Conti, Sez. I App., sent. n. 74 del 16.2.2018; sent. n. 141 del 20.6.2019).

Il giudice, nell'ambito del giudizio di responsabilità, può, quindi, porre a fondamento della decisione indizi e/o prove raccolte in giudizi celebratisi innanzi ad altri plessi giudiziari, ivi comprese le cd. prove atipiche, ovvero innominate, in quanto non espressamente previste dal codice di rito (gli scritti provenienti da terzi a contenuto testimoniale; gli atti dell'istruttoria penale o amministrativa; i verbali di prove espletate in altri giudizi; le sentenze rese in altri giudizi civili o penali, comprese le sentenze di patteggiamento; le perizie stragiudiziali; i chiarimenti resi dal CTU, le informazioni dal medesimo assunte, le risposte eccedenti il mandato e le CTU rese in altri giudizi fra le stesse o altre parti), non sussistendo nell'ordinamento processuale vigente una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova (cfr. Cass. civ. Sez. II, n. 5965 del 2004 e Cass. civ. Sez. III, n. 1954 del 2003; Corte conti, Sez. II App. n. 52 del 2014, n. 152 e n. 1101 del 2016); realtà confermata, per il giudizio di responsabilità, dall'art. 94, c. 4, c.g.c.

In base a dette prove, il giudice forma il proprio libero convincimento, ex artt. 94 e 95 c.g.c., fornendone adeguata motivazione, che evidenzi il percorso logico e giuridico che lo ha condotto alla decisione, senza che ciò implichi la necessità della dettagliata confutazione di tutte le prove e/o argomentazioni contrarie.

Con particolare riguardo, poi, al regime probatorio relativo alla sussistenza del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, va precisato che, ove **il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica (Cass., sent. n. 4400 del 2004; Cass. n. 7997 del 2005, Cass. S.U., sent. n. 576/2008, Cass. n. 975 del 2009, Cass. n. 16123 del 2010 e Cass. n. 6275 del 2012).**

(…) Peraltro, effettivamente, il Collegio ritiene che il giudice di prime cure non abbia adeguatamente considerato il ruolo di secondo operatore rivestito dall'appellante in occasione

dell'intervento chirurgico in discussione, che non consente di attribuire allo stesso più del 20% della responsabilità del danno.

Infatti, se è vero che l'appellante, in qualità di secondo operatore, avrebbe potuto e dovuto rappresentare, al primo operatore, la necessità di interrompere l'intervento, a fronte del pessimo grado di pulizia intestinale del paziente e non lo ha fatto; è pure vero che, per quanto risulta dagli atti, detta causa impeditiva della prosecuzione dell'intervento era comunque nota anche al primo operatore che, poi, ha materialmente commesso l'errore esecutivo che ha causato la fistola.

In ordine, infine, alla quantificazione del ridetto nocumento, considerato pure che, in atti, non vi sono evidenze di errori nel trattamento delle complicanze, che abbiano aumentato la consistenza del danno al paziente direttamente derivato dall'intervento, il Collegio ritiene che il giudice di prime cure abbia già fatto congruo uso del potere riduttivo e, pertanto, non possa ulteriormente ridursi la misura del nocumento, correttamente misurato in euro 100.000,00, se non nel ritenerlo già comprensivo di rivalutazione monetaria.

6. In conclusione, quindi, in parziale accoglimento dell'appello, xx va
condannato al pagamento, in favore della Regione Piemonte, del 20% del complessivo danno, quantificato in euro 100.000,00, ossia di euro 20.000,00, importo da intendersi già comprensivo di rivalutazione monetaria, da incrementarsi degli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza sino all'effettivo soddisfo.

7. Ai sensi dell'art. 31, c. 3, c.g.c., le spese sono compensate.

P.Q.M.

LA CORTE DEI CONTI SEZIONE TERZA GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente l'appello e, per l'effetto, condanna xx al pagamento, in favore della Regione Piemonte, di euro 20.000,00; importo da intendersi già comprensivo di rivalutazione monetaria, da incrementarsi degli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza sino all'effettivo soddisfo.

La colpa grave nella malpractice sanitaria

CORTE DEI CONTI, sezione II giurisdizionale centrale d'appello, sentenza 9 ottobre 2024, n. 256; Pres. Loreto; Est. Contino

L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile si identifica, anche nella malpractice sanitaria*, nella colpa grave, sicché, sia che si tratti di imperizia, sia che si verta in tema di generica imprudenza, il requisito deve intendersi integrato soltanto in presenza di una macroscopica leggerezza, o di una marchiana violazione delle* leges artis *o delle comuni nozioni terapeutiche e di profilassi dettate dalla scienza medica, nonché della prevedibilità e prevenibilità dell'evento sulla base di una valutazione ex ante, dovendosi tener conto delle condizioni nelle quali si è venuto a trovare il danneggiante e del grado di discostamento della condotta tenuta in concreto rispetto a quella esigibile alla stregua del parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis.

…Omissis…

Diritto

I. L'appello in esame mira alla riforma della sentenza n. 40/2023 con la quale la Sezione giurisdizionale per la regione Umbria ha dichiarato la responsabilità del dott. (…), medico ortopedico dell'Ospedale (…), per il danno indiretto subito dall'Azienda sanitaria in occasione del decesso per "cuore polmonare acuto da embolia polmonare" di *omissis*, paziente sottoposto a intervento in artroscopia per asportazione di una cisti sinoviale.

II. Si tratta, dunque, di una tipica ipotesi di responsabilità per danno indiretto, che scaturisce dal risarcimento del danno subito da un terzo a causa della condotta di un dipendente pubblico e risarcito dall'Amministrazione in applicazione dei presupposti di cui all'art. 28 della Costituzione, tenuto conto che "la PA risponde del fatto illecito dei propri dipendenti tutte le volte che tra la condotta causativa del danno e le funzioni esercitate dal dipendente esista un nesso di occasionalità necessaria"(Cass. n. 29727/2011 e n. 8306/2011).

III. Il giudizio può essere definito con la disamina del primo motivo di appello relativo alla sussistenza dell'elemento psicologico dell'illecito contabile. Secondo la prospettazione difensiva, infatti, il dott. (…) avrebbe posto in essere tutte le attività mediche che erano da lui esigibili nel caso concreto.

Ebbene, la fondatezza della censura per i motivi di seguito evidenziati ha indubbiamente carattere assorbente rispetto a tutti gli ulteriori motivi formulati nell'atto di gravame, in quanto va a elidere la responsabilità amministrativa per difetto di un elemento strutturale.

Ciò posto, anche nelle ipotesi di malpractice sanitaria, l'elemento soggettivo richiesto per la declaratoria di responsabilità amministrativa si identifica nella "colpa grave", sicché sia che si tratti di imperizia sia che si verta in tema di generica imprudenza, il requisito deve intendersi integrato soltanto in presenza di una macroscopica leggerezza, o di una marchiana violazione delle leges artis o, per quanto riguarda il caso di specie, in una condotta superficiale posta in essere in violazione delle comuni nozioni terapeutiche e di profilassi dettate dalla scienza medica, secondo il livello raggiunto dalla ricerca e impiegato normalmente nella pratica sanitaria.

Occorre premettere altresì che, secondo pacifica giurisprudenza, la "colpa" deve ritenersi integrata non solo dalla violazione della leges artis (componente oggettiva della colpa), ma anche dalla prevedibilità e prevenibilità dell'evento (componente soggettiva della colpa). "In tale ottica, la colpa non può prescindere da una valutazione ex ante, dovendosi tener conto delle condizioni nelle quali si è venuto a trovare il soggetto danneggiante/debitore e stabilire il grado di discostamento della condotta tenuta in concreto rispetto a quella "esigibile" (alla stregua del parametro dell'homo eiusdem professionis et condicionis, ex art. 43 c.p.) in considerazione proprio della capacità di rappresentazione dell'evento dannoso (prevedibilità) e di adozione di tutte le accortezze necessarie ad evitarlo (prevenibilità) (II Sez. App, sentenza n. 198/2024).

IV. Ebbene, nella fattispecie all'esame nessuna delle già indicate componenti della colpa (oggettiva o soggettiva) è configurabile.

Il giudice umbro, per supportare il proprio convincimento, ha richiamato integralmente la relazione peritale del dott. (…), c.t.u. nel giudizio civile innanzi al Tribunale di Terni, per poi giungere ad affermare che "la condotta dell'ortopedico nella gestione post-operatoria del giovane paziente appare direttamente causativa del danno di cui si discute per aver omesso l'effettuazione dei controlli ambulatoriali post-chirurgici ogni 4/5 giorni dopo l'intervento - soprattutto nel caso in cui, come quello in esame, il paziente lamentava dolore -; la prescrizione di esame eco-color-doppler venoso dell'arto interessato, in presenza di dolore; la prescrizione di trattamento eparinico per una durata superiore ad otto giorni; nonché, per avere prescritto erronei trattamenti fisioterapici post-operatori eccessivamente immobilistici ed incongrui … trattamenti che hanno assolto un evidente ruolo concausale nell'insorgenza della trombosi venosa profonda e, quindi, dell'embolia polmonare, con conseguente decesso del giovane paziente" (pag. 12 della sentenza).

Dette conclusioni, tuttavia non sono condivise.

In primo luogo, **non si condivide la consulenza del dott. (…) (c.t.u. in sede civile) in quanto parte da una premessa non corretta ai fini del presente giudizio. A pag. 5 della relazione peritale, infatti, nel paragrafo "Analisi clinica e medico-legale" si afferma "il caso in esame presenta peculiarità singolari e tende a escludere il rigido schematismo di protocolli e linee guida che, in quanto tali, sono generiche e meramente indicative…"**

Tuttavia, il consulente tecnico non spiega alcunché sul punto e non indica quali fossero le "peculiarità singolari del caso" in ragione delle quali un medico attento e diligente avrebbe dovuto discostarsi dalle raccomandazioni previste dalle linee guida. Si tratta, dunque, di un'affermazione apodittica e non giustificata dagli atti di causa.

Peraltro, una tale motivazione era vieppiù necessaria ove si consideri che, salva appunto l'ipotesi in cui vi siano gravi ragioni che suggeriscano ai sanitari di discostarsi radicalmente dalle linee guida, le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica costituiscono il parametro di riferimento per il giudice contabile nella complessa attività

di indagine dell'elemento soggettivo. Come precisato dalla Cassazione, infatti, **le linee guida in materia medica e sanitaria rappresentano "un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i**

singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata elezione e distillazione di diversi contributi (Sez. U., n. 29 del 21-12-2017): e quindi qualcosa di molto diverso da una semplice buona pratica clinico-assistenziale." (Cass. SS.UU. n. 47748/2018). Dunque, seppure la loro osservanza non escluda in maniera automatica la responsabilità, tuttavia, esse hanno certamente il compito di orientare il giudice nella valutazione dell'elemento psicologico in materia di lesioni o morte occorse nell'esercizio dell'attività sanitaria, come nella specie (cfr. Sez. II App. sentenza n. 67/2020).

Ebbene, né il c.t.u (…) né il giudice di primo grado hanno individuato quali fossero i fattori clinici specifici, ravvisabili ex ante, per cui l'odierno appellante avrebbe dovuto discostarsi dagli standard terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica.

V. Ciò precisato in termini generali, **si ritiene che la profilassi tromboembolica posta in essere dall'appellante sia stata corretta sia sotto il profilo della scelta dei farmaci che della durata della terapia** (…).

IX Alla luce di tutto quanto sin qui evidenziato, questo giudice ritiene di non poter condividere le motivazioni del giudice di prime cure in ordine alla responsabilità amministrativa del (…) in occasione dell'evento nefasto che ha colpito il sig. *omissis*.

L'appello deve, pertanto, essere accolto. In riforma della sentenza n. 40/2023, il dott. (…) deve andare assolto da ogni addebito.

X. In aderenza all'art. 31 c.g.c., liquida gli onorari e diritti spettanti alla
difesa dell'appellante nella somma di € 3.500 per il doppio grado di giudizio, ponendo il relativo onere a carico dell'amministrazione di appartenenza.

P.Q.M.

La Corte dei conti, Sezione seconda giurisdizionale centrale di appello,
definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, manda assolto il dott. (…) da ogni addebito. Liquida, in favore dell'appellante, la somma di € 3.500,00 per gli onorari e i diritti della difesa, per entrambi i gradi di giudizio, da porre a carico dell'Amministrazione di appartenenza.

Le prestazioni professionali di particolare difficoltà

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Lombardia, 17 ottobre 2024, n. 167; Pres. Canu; Est. De Rentiis

Le condotte tenute dai sanitari convenuti nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile vanno giudicate alla stregua del grado di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata e in rapporto alla specializzazione della professione di medico chirurgo; la diligenza richiesta non è, dunque, quella del buon padre di famiglia (come richiesto dall'art. 1176, comma 1, c.c.) ma quella più specifica del debitore qualificato (art. 1176, comma 2, c.c.) la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.
Nel caso di inadempimento di una prestazione professionale di particolare difficoltà (nella specie, di un intervento di epatectomia sinistra allargata), la diligenza non è solo il parametro di imputazione della condotta, ma anche il criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione esigibile dal professionista che deve operare con "perizia", intesa come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Diritto

(…) La Procura erariale, più nello specifico, non contesta ai convenuti la scelta del tipo di intervento chirurgico effettuato sul paziente. In questo senso, la Procura erariale fa proprie le conclusioni del perito nominato dal Tribunale di Bergamo in sede di accertamento tecnico preventivo laddove, a pag. 23 dell'elaborato, scrive: «si segnala di condividere pienamente la scelta/indicazione espressa "dal chirurgo" (stante i precedenti patologici del Paziente e la situazione clinica a carico del fegato - peraltro in quadro di malattia policistica - in inequivoca evoluzione ad alto rischio patologico di disturbi di compressione sugli organi viciniori e/o sulle strutture vascolo-biliari del fegato, possibile emorragia intracistica con rottura spontanea e/o infezione e correlato alto tasso di morbilità e mortalità, o evoluzione teratogena), di procedere con un intervento di asportazione della voluminosa cisti (45% del volume del fegato) che, tecnicamente sin da subito ed in riferimento agli esiti della TAC (8/5/14, A1 pag. 2) ed RMN (10/7/2014, A4 pag. 3), si caratterizzava con l'espletamento di una epatectomia sinistra allargata».
Anche le condotte causatrici dell'evento dannoso (ossia, il decesso del Sig. C.F. di anni 69 in seguito all'intervento chirurgico al fegato eseguito nell'anno 2014), alla luce dei fatti esposti nell'atto di citazione, non sono oggetto di censure in questa sede da parte dei convenuti: nel corso dell'intervento, il dott. C. (nella veste di primo operatore) e il dott. A. (nel ruolo di secondo operatore) hanno proceduto alla sutura del dotto epatico comune anziché del dotto biliare sinistro.
Chiariti i fatti non in contestazione nel presente giudizio, la questione dirimente, sulla quale questo Collegio è chiamato a pronunciarsi, è se la condotta imputata ai convenuti (ossia, la sutura del dotto epatico comune anziché del dotto biliare sinistro) sia o meno imputabile ai medesimi a titolo di colpa grave.
In linea generale, una condotta materiale -come quella sanitaria in discorso può essere valutata come colposa quando il comportamento dell'operatore sanitario è "anomalo", ossia non rispettoso dei canoni di diligenza e di perizia tecnica e, quindi, si discosta così dal "modello" di condotta che da esso ci si attende in relazione alla situazione di fatto in cui si è trovato ad operare.
La "gravità" che deve connotare l'elemento soggettivo colposo in sede contabile si traduce in un "grave", ossia manifesto, discostamento dalle regole della scienza e dell'esperienza che se fossero state rispettate avrebbero consentito all'operatore di prevedere e prevenire l'evento dannoso. Più nello specifico, la gravità si accerta quando si ravvisano errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza di perizia tecnica che deve possedere chi esercita la professione medica.
La Procura erariale ravvisa la "gravità" della colpa dei convenuti contestandogli in citazione che «l'imperizia insita nell'errore tecnico commesso con la praticata sutura del dotto epatico comune (come documentato nel Verbale operatorio n. 485), associato, quale ulteriori elementi di critica, alla carenza agli atti di note dettagliate circa lo studio dell'albero vascolare e biliare del fegato tramite ecografia (esame citato nel verbale operatorio) e colangiografia intraoperatoria». Più nello specifico, la Procura fa proprie le conclusioni dell'UML laddove affermache «il decesso del sig. C. è stato causato da colpa grave dei sanitari per imperizia (legatura del dotto biliare comune al posto del dotto biliare sinistro) e per negligenza costituita dalla carenza agli atti di note dettagliate circa lo studio dell'albero vascolare e biliare del fegato tramite ecografia (esame citato nel verbale operatorio) e colangiografia intraoperatoria».
La difesa dei convenuti eccepisce che il mancato corretto riconoscimento dei due distinti dotti biliari era giustificato da un sovvertimento della normale anatomia delle strutture biliari, sovvertimento a sua volta dovuto dalla presenza di una voluminosa neoformazione epatica che ha comportato una variante anatomica della dislocazione delle strutture biliari.
La difesa eccepisce, altresì, che non c'è una solida evidenza scientifica sulla necessità di eseguire una colangiografia intraoperatoria anche in interventi come quello di specie.
Dunque, alla luce dei fatti allegati dalle parti, l'accertamento sulla "gravità" dell'errore imputabile ai convenuti impone una verifica in concreto con riferimento a due diversi profili: il primo profilo è quello attinente alla imperizia tecnica in sede di esecuzione dell'intervento di epatectomia sinistra allargata da parte degli odierni convenuti; mentre il secondo profilo attiene all'eventuale sussistenza di una condotta negligente, ossia "gravemente" colposa, nel non aver eseguito l'esame di colangiografia intraoperatoria che avrebbe scongiurato il verificarsi dell'errore.
In astratto, i parametri ai quali l'interprete deve attenersi in questa sede sono quelli affermati dalla consolidata giurisprudenza civilistica in materia di responsabilità sanitaria: «le obbligazioni inerenti (al)l'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si

impegna alla prestazione della propria opera per raggiungere il risultato desiderato, ma non al suo conseguimento». In altri termini, la valutazione sull'operato del professionista sanitario «non può essere desunto, ipso facto, dal mancato raggiungimento del risultato» sperato, «ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti (al)lo svolgimento dell'attività professionale» (ex plurimis Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297).

La condotta negligente, in buona sostanza, non necessariamente si traduce nel mancato raggiungimento del risultato, bensì consiste nell'aver tenuto un comportamento non conforme alla diligenza richiesta e il mancato raggiungimento del risultato va valutato dall'interprete del caso concreto alla stregua di una circostanza da cui può desumersi la negligenza.

Tralasciando in questa sede gli approdi giurisprudenziali in tema di valutazione della negligenza del sanitario quando in concreto si è in presenza di un intervento di "facile esecuzione" (tra le tante, si rimanda alle pronunce risalenti nel tempo della Cassazione, sent. 19 maggio 1999, n. 4852, nonché Cass. 21 giugno 2004, n. 11488), nel caso di specie, può ritenersi assodato che l'intervento di epatectomia sinistra allargata (per di più in un paziente che era sottoposto ad una terapia anticoagulante per altre patologie) è un intervento di peculiare difficoltà e complessità che richiede una professionalità particolarmente qualificata, tant'è che può essere posto in essere solo in strutture mediche di altissima specializzazione.

Qualificata la prestazione medica di cui si discute in termini di prestazione medica "particolarmente difficile", prima di procedere in concreto alla verifica attinente alla imperizia tecnica in sede di esecuzione dell'intervento di epatectomia sinistra allargata, il Collegio ricorda che detta verifica va ricondotta nell'alveo del combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. per cui, in presenza di una attività professionale che implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il prestatore d'opera, anche in sede civile, non risponde dei danni, se non in caso di dolo e colpa grave. Infatti, è consolidata nella Giurisprudenza civilistica l'affermazione che gli artt. 1176 e 2236 c.c. esprimono un concetto unitario «secondo cui il grado di diligenza dev'essere valutato con riguardo alla difficoltà della prestazione resa. La colpa è inosservanza della diligenza richiesta» (Cass., sent. 9 novembre 2006, n. 23918).

In altri termini, le condotte tenute dai sanitari convenuti in giudizio vanno valutate alla stregua del grado di diligenza previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata e in rapporto alla "specializzazione" della professione di medico chirurgo, ossia la diligenza richiesta non è solo quella del buon padre di famiglia (come richiesto dall'art. 1176, comma 1, c.c.) ma quella più specifica del debitore qualificato (art. 1176, comma 2, c.c.) la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Tant'è che, anche in ambito civilistico, «la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, comma 2, c.c. non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica» (Cass. 19 maggio 1999, n. 4852).

In questi casi, il richiamo alla diligenza svolge «la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo» (Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, ed anche Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, Cass., 9 novembre 2006, n. 23918).

Nel caso di inadempimento di una prestazione professionale di particolare difficoltà, dunque, la diligenza non è solo il parametro di imputazione della condotta, ma anche il "criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione" esigibile dal professionista che deve operare con "perizia", intesa come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Alla luce di questa premessa, la valutazione sulla corretta esecuzione dell'intervento di epatectomia sinistra allargata secondo la perizia richiesta in capo ad un sanitario di elevata professionalità, occorre stabilire se l'errore della sutura del dotto epatico comune, anziché del dotto biliare sinistro, sia ascrivibile ad una imperizia dei convenuti che non avevano posto in essere gli accorgimenti e rispettato le regole tecniche obbiettivamente connesse all'esercizio della professione medica di alta specializzazione.

(…) In altre parole, a prescindere da una qualsiasi valutazione sull'esistenza di una colpa lieve (che, diversamente dal profilo della perizia, potrebbe essere rilevante in sede civile anche nei casi di particolare complessità), in questa fattispecie, dove si tratta di responsabilità erariale, sicuramente va esclusa una negligenza grave dei sanitari nel non aver disposto l'esame della colangiografia trans cistica intraoperatoria.

Alla luce delle ragioni che precedono, dunque, va rigettata la domanda attorea che presuppone l'esistenza di una condotta illecita, posta in essere con dolo o colpa grave, foriera di danno erariale.

La pronuncia di rigetto della domanda determina la liquidazione, a carico dell'amministrazione di appartenenza, degli onorari e dei diritti spettanti alle parti convenute per la loro difesa nel giudizio, ai sensi dell'art. 31, comma 2 c.g.c.

Con riferimento alle spese di CTU, provvisoriamente poste a carico dei convenuti con decreto del Presidente del collegio ai sensi dell'art. 97, comma 6, c.g.c., si rileva che non c'è unanimità nella giurisprudenza contabile in caso di rigetto della domanda della Procura erariale (la Sezione giurisdizionale per il Trentino dell'Alto Adige, con la sentenza n. 2/2020, le ha poste definitivamente a carico dell'erario, la Sezione giurisdizionale del Piemonte, con la sentenza n. 12/2023, le ha poste definitivamente a carico dell'Amministrazione di appartenenza). Questo Collegio osserva che, come ricordato dalla Corte di cassazione (ord. n. 16074 del 7 giugno 2023), la consulenza tecnica d'ufficio è un atto compiuto nell'interesse generale di giustizia e, dunque, nell'interesse comune delle parti, trattandosi di un ausilio fornito al giudice da un collaboratore esterno e non di un mezzo di prova in senso proprio. Ne consegue che le spese di CTU rientrano tra i costi processuali, suscettibili di regolamento ai sensi degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ.), e quindi potrebbero essere compensate anche in presenza di una parte totalmente vittoriosa, atteso che la compensazione non implica una condanna, ma solo l'esclusione del rimborso.

Nel caso di specie, ad ogni buon conto, poiché il rigetto della domanda attorea è avvenuto nel merito proprio in ragione dell'ausilio tecnico fornito dalla CTU espletata nel corso del giudizio, non si ravvisano ragioni per discostarsi dalla regola dell'art. 31, comma 2 c.g.c.; le relative spese, quindi, vanno definitivamente poste a carico dell'amministrazione di appartenenza nella misura degli onorari liquidati al CTU, dott. G. B., con il decreto Presidenziale n. 9 dell'11 settembre 2024.

Non è luogo a pronuncia sulle spese del giudizio.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, respinge la domanda attorea.

La responsabilità da omessa denuncia del danno erariale

CORTE DEI CONTI, sezione giurisdizionale regionale per la Sardegna, 16 dicembre 2024, n. 192; Pres. Cabras; Est. Parisi

Nel giudizio di responsabilità amministrativo-contabile promosso, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 20/1994, nei confronti dei dirigenti dell'amministrazione sanitaria che hanno omesso di segnalare alla Procura regionale il danno erariale derivato dai risarcimenti erogati ai danneggiati da vicende di responsabilità medica, va respinta l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse incentrata sulla circostanza che, nonostante l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge, sia ancora possibile, per la struttura, esercitare in sede civile l'azione di rivalsa o di regresso nei confronti del personale sanitario interessato.

…Omissis…

Diritto

(…) il giudizio sottoposto all'esame del Collegio riguarda il danno patrimoniale che sarebbe stato cagionato dalle convenute alla Regione Sardegna, Gestione Regionale Sanitaria Liquidatoria, secondo la ricostruzione propugnata dalla Procura Regionale, derivante dall'**omessa denuncia in relazione agli oneri complessivi sostenuti dal competente Ente sanitario per l'esecuzione di pronunce emesse dall'A.G.O. che hanno riconosciuto a favore dei beneficiari, eredi e familiari di soggetti coinvolti in due vicende di responsabilità medica, ingenti somme a titolo risarcitorio.**

Ciò premesso, prima di esaminare il merito della controversia, la Sezione deve farsi carico di affrontare le molteplici questioni pregiudiziali e preliminari sollevate dalle difese delle convenute, a fattore comune, nelle rispettive memorie di costituzione.

(…) la seconda eccezione pregiudiziale formulata, a fattore comune, da entrambe le difese delle convenute, sebbene con argomentazioni non perfettamente coincidenti nella forma, ma fondamentalmente omogenee nella sostanza, in relazione alla **presunta inammissibilità dell'azione per difetto di interesse ex articolo 100 del C.P.C., ovvero per insussistenza di un danno certo, concreto ed attuale, con riferimento, tra l'altro, ai rapporti tra azione erariale ed azione civile in materia di responsabilità medica, considerato che la prescrizione della prima per decorso del termine quinquennale dal pagamento dei risarcimenti non ha compromesso, e non compromette, la possibilità per l'Ente sanitario di recuperare attraverso la seconda, in via di rivalsa o di regresso, le somme già versate a titolo risarcitorio dall'Amministrazione**, non sollecita il favorevole scrutinio di questi Giudici e deve essere respinta.

Sullo specifico punto, la Sezione condivide integralmente la posizione esternata con notevole efficacia espositiva dalla rappresentante della Procura Regionale durante il dibattimento, nel senso che l'esborso è comunque avvenuto per cui **l'interesse dell'Ufficio Requirente di esercitare l'azione risarcitoria sussiste certamente, e rimane integro, sino a quando verrà totalmente recuperato l'importo complessivo erogato ai beneficiari di cui alle suddette Delibere di spesa**. A tal proposito, preme rilevare che il giudizio di responsabilità dinanzi a questa Corte, che presenta profili istituzionali, caratteri, disciplina normativa e finalità specifici, è assolutamente autonomo ed indipendente rispetto alle iniziative di recupero del danno eventualmente assunte in via giudiziale dall'Amministrazione, le quali non possono determinare alcuna interferenza sulla causa incardinata presso la Magistratura contabile, nel senso della sua inibizione o sospensione; **secondo l'indirizzo giurisprudenziale del tutto maggioritario, l'interesse del Pubblico Ministero contabile di rivendicare l'integrale soddisfacimento dell'obbligazione risarcitoria sussiste incondizionato ed intangibile sino al momento in cui l'Ente pubblico che abbia subito il depauperamento patrimoniale sia stato effettivamente e completamente ristorato**. Si tratta di un principio cardine scolpito nell'ordinamento giuridico, quello del doppio binario, avallato in più occasioni pure dalla Suprema Corte: gli scopi della giurisdizione affidati al Giudice contabile, volta al perseguimento dell'interesse generale ad una tutela quanto più tempestiva possibile dell'erario, verrebbero elusi, infatti, se tale giurisdizione non potesse procedere in attesa degli esiti degli accertamenti giudiziali da compiersi in altra sede (ex multis Corte di Cassazione, SS.UU., nnrr. 10667 e 25495 del 2009, 4313 del 2010, 26659 del 2014, 4883 del 2019 e 18722 del 2020).

Ma vi sono peraltro ulteriori convergenti e pregnanti motivazioni che inducono a ritenere priva di pregio la censura dedotta con enfasi da entrambe le difese.

In prima battuta, **la norma di cui all'articolo 1, comma 3, della Legge nr. 20 del 1994 non avrebbe ragion d'essere e sarebbe svuotata di qualsiasi contenuto applicativo, ipotesi evidentemente non condivisibile ed estranea alla tecnica legislativa, laddove i soggetti convenuti in giudizio potessero opporre l'inammissibilità della relativa azione poiché l'Amministrazione non è ancora decaduta dall'azione civilistica che prevede il termine di prescrizione decennale**, mentre la disposizione in rassegna, secondo una lineare attività di esegesi letterale, sistematica e teleologica, certamente presuppone che il pregiudizio, nell'ipotesi di omessa o ritardata denuncia al Pubblico Ministero contabile che determini la prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria in capo all'autore dell'illecito, sia già comunque certo, concreto ed attuale, dovendo di conseguenza essere perseguiti in ogni caso nei successivi cinque anni, per espressa ed univoca volontà della norma in parola, colui o coloro che con la propria condotta omissiva abbiano causato il perfezionamento della suddetta prescrizione a carico del responsabile del danno, che pertanto non può più essere convenuto dinanzi alla Corte dei Conti. In altre parole, il legislatore, al fine di tutelare e valorizzare in modo pregnante il bene giuridico fondamentale ed irrinunciabile connesso all'obbligo di denuncia, finanche nel caso di autodenuncia (ex multis Sezioni Riunite, Sentenza nr. 2 del 2017), presupposto ineludibile per assicurare le adeguate garanzie a favore del pubblico erario, trattandosi di risorse che appartengono in ultima analisi alla comunità dei cittadini e che quindi devono essere preservate in modo assoluto e vigoroso,

ha scientemente creato, mediante l'articolo 1, comma 3, della Legge nr. 20 del 1994, un rigoroso e severo conflitto di interessi, nel senso che il soggetto tenuto all'obbligo di denuncia, allorquando si sia affrancato
da siffatto adempimento, è esposto per ben dieci anni dal verificarsi del fatto dannoso al rischio di dover rispondere in prima persona con il proprio patrimonio per l'intero danno cagionato dall'autore dell'illecito, nel momento in cui la prescrizione quinquennale si sia perfezionata in capo a quest'ultimo, considerato che tale azione può essere promossa entro cinque anni dalla data in cui la suddetta prescrizione è maturata. Tale norma speciale riveniente dall'articolo 1 della Legge nr. 20 del 1994, e la prescrizione quinquennale in essa contemplata riferita all'autore dell'illecito fonte del nocumento erariale, presenta pertanto una finalità di salvaguardia delle risorse pubbliche autonoma, specifica ed indipendente, che di conseguenza non può soffrire di nessuna limitazione per effetto del termine di prescrizione doppio, pari a dieci anni, previsto per la diversa azione civilistica che viene promossa dall'Amministrazione.
In seconda battuta, giova osservare che una parte della giurisprudenza, anche apicale di legittimità, nonostante la stessa sia attualmente minoritaria (ex multis Cassazione, SS.UU., nnrr. 4634 del 1988, 310 e 933 del 1999, 1329 del 2000, 179 e 15288 del 2001), propende, prendendo atto della ingiustificata diversità delle disposizioni sostanziali e processuali tra illecito contabile e civile, nonché di **molteplici canoni costituzionali, tra cui la ragionevolezza e la parità di trattamento, che valorizzerebbero l'esclusività della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danni alle casse pubbliche, proprio per l'affermazione del suddetto principio di esclusività della responsabilità amministrativa, quale sistema rigido e chiuso che non ammetterebbe la regola del cosiddetto "doppio binario".** Deporrebbe per tale giurisdizione esclusiva anche la recente previsione del Codice di giustizia contabile che, all'articolo 1, ha attribuito legislativamente alla Magistratura contabile la generale giurisdizione sulla responsabilità amministrativa per danno all'erario quale materia di Contabilità pubblica costituzionalmente riservata dall'articolo 103 della Carta alla Corte dei Conti; la responsabilità in parola, pertanto, non rientra più nell'alveo residuale delle altre materie di cui al prefato articolo 103, subordinate alla necessaria "interpositio legislatoris" per attribuirle alla cognizione del Giudice contabile, ma per espresso e diretto riconoscimento normativo spetterebbe di regola, e salvo deroghe legislative, a quest'ultimo in via esclusiva. La stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia delle SS.UU. nr. 22059 del 2007, ha precisato nuovamente, tra l'altro, che "il già menzionato carattere di esclusività impedisce all'Amministrazione creditrice di agire a sua volta davanti al Giudice ordinario, sicché non vi è possibilità di duplicazione di giudizi e di contraddittorietà di giudicati"; merita segnalare, inoltre, che anche la Consulta ha evidenziato, con la Sentenza nr. 272 del 2007, che il Giudice penale deve limitarsi ad accertare la sussistenza del danno erariale, demandando alla Corte dei Conti la determinazione del "quantum debeatur" ex articolo 538 del C.P.P., sancendo in conclusione la posizione centrale ed assorbente della Magistratura contabile. D'altra parte, proprio l'articolo 22, comma 2, del D.P.R. nr. 3 del 1957, richiamato in premessa, che involge la figura del danno indiretto, riconduce nell'alveo della disciplina, anche processuale, della responsabilità amministrativa e della giurisdizione contabile un'azione, quella di rivalsa di cui all'articolo 1299 del C.C., la quale ordinariamente sarebbe squisitamente civilistica, riguardando il mero regresso, secondo il riparto derivante dai rapporti interni tra condebitori, per un debito pagato interamente dall'Amministrazione.
In definitiva, tirando le fila delle precedenti considerazioni, emerge la concreta possibilità che il Giudice civile adito dall'Ente sanitario, alla luce dei descritti orientamenti avallati pure dalla Suprema Corte nella sua massima configurazione, possa declinare la propria giurisdizione in materia, ravvisando la cognizione esclusiva di questa Corte, vanificando di conseguenza le aspettative per recuperare a carico del personale sanitario coinvolto nelle due vicende sopra delineate le somme versate dall'Amministrazione a favore dei rispettivi beneficiari. (…) Passando quindi al merito della controversia, dalla delibazione degli atti versati nel fascicolo processuale emerge (…) la fondatezza dell'ipotesi accusatoria delineata dall'Ufficio Requirente nella citazione, per le connesse motivazioni di seguito delineate (…).

P.Q.M.

la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Sardegna, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, CONDANNA al pagamento in favore della Regione Sardegna, Gestione Regionale Sanitaria Liquidatoria ATS, a titolo di colpa grave, (…) per l'importo di Euro 200.000,00, comprensivo di rivalutazione monetaria, e (…) per l'importo di Euro 200.000,00, comprensivo di rivalutazione monetaria, oltre agli interessi legali calcolati dalla pubblicazione della Sentenza sino al soddisfo.

INDICE

i SAGGI, i PARERI, le NOTE

KEEP CALM: SE LA CAUSALITÀ NON È STRUMENTO DI ALLOCAZIONE DEI RISARCIMENTI SUL SOGGETTO ECONOMICAMENTE FORTE E SOLVIBILE 3
di *Giuseppe Cassano*

LO STANDARD PROBATORIO DEL "PIÙ PROBABILE CHE NON" E IL RAGIONAMENTO PRESUNTIVO (CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA RESPONSABILITÀ SANITARIA) 10
di *Bruno Tassone*

LA TABELLA UNICA NAZIONALE (TUN) DEL RISARCIMENTO DEL DANNO ALLA SALUTE PER LESIONI DI NON LIEVE ENTITÀ È LEGGE DELLO STATO. ANALISI E PROSPETTIVE FUTURE 32
di *Filippo Martini e Maurizio Hazan*

RESPONSABILITÀ MEDICA: IN VIGORE IL DECRETO CHE INDIVIDUA I REQUISITI MINIMI DELLE POLIZZE ASSICURATIVE..... 37
di *Anna Bogliolo*

LA RESPONSABILITÀ MEDICA ALLA PROVA DELL'IA 41
di *Gaetana Natale* e *Federico D'Orazio*

DIAGNOSI ALGORITMICA ERRATA E RESPONSABILITÀ MEDICA 52
di *Alfio Guido Grasso*

LE IMPLICAZIONI ETICHE E LEGALI DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE NEL CONTENZIOSO SANITARIO..... 64
di *Francesca Toppetti*

DIRITTO ALL'OBLIO IN AMBITO SANITARIO: BILANCIAMENTO TRA OPPOSTI INTERESSI 71
di *Carmelo Romeo*

L'OBLIO ONCOLOGICO: UN DIRITTO A PIÙ DIMENSIONI 77
di *Enzo Maria Tripodi* e *Filippo Loré*

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA E CONSENSO INFORMATO 87
di *Samantha Caminiti*

TRATTAMENTO DEI DATI SANITARI PER FINALITÀ DI RICERCA MEDICA: ESENZIONE DAL CONSENSO. L'ORIENTAMENTO TRACCIATO DALL'AUTORITÀ E LE PROSPETTIVE ALLA LUCE DEL NOVELLATO ART. 110 GDPR 94
di *Sofia Pelizzari*

INFORMAZIONE E AUTORIZZAZIONE AL TRATTAMENTO SANITARIO: MODELLI E PROFILI DIFFERENZIATI DI RESPONSABILITÀ 103
di *Stefania Pia Perrino*

OBBLIGHI DI TRASPARENZA DEGLI *HEALTH INFLUENCER*, RESPONSABILITÀ DELLE INDUSTRIE ALIMENTARI E RISCHI SANITARI 113
di *Angela Mendola*

IMPIEGO DI SISTEMI D'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN MEDICINA E DIGITALIZZAZIONE DEI DATI SANITARI: POSSIBILI PROFILI DI RILEVANZA PENALE 120
di *Lorenzo Picotti*

LA STIMA DEL DANNO DA MORTE ANTICIPATA: UNA PROPOSTA METODOLOGICA 135
di Francesco Carraro e Carmelo Galipò

LA STRAORDINARIA RISORSA, ANCORA POCO CONOSCIUTA, DELLA PIANIFICAZIONE CONDIVISA DELLE CURE 138
di *Daniele Rodriguez* e *Anna Aprile*

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN CORSIA: RISCHI, RESPONSABILITÀ E FUTURO DELLA MEDICINA 150
di *Fabrizio Paonessa*

gli OSSERVATORI della GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE CIVILE di Giacomo Travaglino

Perdita del diritto all'autodeterminazione e liquidazione equitativa dei danni 171
s. III, ordinanza 26 gennaio 2024, n. 2539; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Malpractice medica e danno da invalidità temporanea 174
s. III, ordinanza 29 gennaio 2024, n. 2719; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Fatto rilevante rimasto ignoto sulla base delle emergenze probatorie 176
s. III, ordinanza 30 gennaio 2024, n. 2738; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Domanda risarcitoria del danno per la perdita di chance 178
s. III, ordinanza 31 gennaio 2024, n. 2892; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità per attività medico-chirurgica, la rilevanza del rispetto, da parte del sanitario, delle linee guida 181
s. III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3085; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Profili assicurativi e clausola "claims made" 185
s. III, ordinanza 2 febbraio 2024, n. 3123; Pres. Travaglino; Rel. Sestini

Riorganizzazione sul territorio delle articolazioni territoriali del SSN e responsabile all'esterno di tutte le obbligazioni risarcitorie 188
s. III, ordinanza 5 febbraio 2024, n. 3231; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Azione proposta dai prossimi congiunti per risarcimento dei danni da perdita del rapporto parentale 190
s. III, sentenza 5 febbraio 2024, n. 3267; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Danno da lesione del diritto all'autodeterminazione 194
s. III, ordinanza 1 marzo 2024, n. 5610; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità medica e nesso causale 197
s. III, ordinanza 5 marzo 2024, n. 5922; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Profili assicurativi e copertura retroattiva 201
s. III, ordinanza12 marzo 2024, n. 6490; Pres. Travaglino; Rel. Gorgoni

Strutture sanitarie, inadempimento delle obbligazioni e responsabilità 204
s. III, ordinanza 15 marzo 2024, n. 7074; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Suicidio di un paziente con problemi psichici e responsabilità civile 208
s. III, sentenza 26 marzo 2024, n. 8109; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Violazione dell'obbligo del consenso informato e oneri probatori **211**
s. III, ordinanza 27 marzo 2024, n. 8364; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale **212**
s. III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10765; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Responsabilità sanitaria e solidarietà tra struttura e medico **215**
s. III, ordinanza 22 aprile 2024, n. 10787; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Decesso del paziente e sofferenza del familiare superstite **220**
s. III, ordinanza 23 aprile 2024, n. 10901; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Responsabilità medica, il ruolo strategico della CTU **224**
s. III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11137; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Responsabilità medica, successione delle leggi nel tempo e riparto dell'onere della prova **229**
s. III, ordinanza 24 aprile 2024, n. 11166; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Decesso del paziente, rilevanti le notizie desumibili dalla cartella clinica **233**
s. III, ordinanza 26 aprile 2024, n. 11224; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Accertamento della responsabilità per infezioni nosocomiali **236**
s. III, ordinanza 3 maggio 2024, n. 12015; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Responsabilità medico-chirurgica e risarcibilità del danno inferto alla salute e al diritto all'autodeterminazione **238**
s. III, ordinanza 6 maggio 2024, n. 12244; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis" **240**
s. III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12462; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Decesso del paziente e danno patrimoniale subito dai figli economicamente indipendenti **243**
s. III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12497; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

Responsabilità professionale sanitaria e rilevanza dell'incompletezza della cartella clinica **247**
s. III, ordinanza 8 maggio 2024, n. 12633; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

***Exitus* imminente e diritto di scelta del paziente** **250**
s. III, ordinanza 22 maggio 2024, n. 14245; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Rilevanza della transazione tra medico e danneggiato sull'accertamento della responsabilità della struttura ospedaliera .. **251**
s. III, sentenza 28 maggio 2024, n. 14846; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

Errore del medico-persona fisica e responsabilità dell'ospedale **254**
s. III, ordinanza 30 maggio 2024, n. 15216; Pres. De Stefano; Rel. Rubino

Personalizzazione del danno non patrimoniale e valorizzazione di circostanze eccezionali **257**
s. III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16186; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Causalità materiale nei reati commissivi impropri consumati nell'esercizio della professione medico-sanitaria **259**
s. III, ordinanza 11 giugno 2024, n. 16199; Pres. Travaglino; Rel. Vincenti

Natura giuridica del referto del pronto soccorso di una struttura ospedaliera pubblica **262**
s. III, ordinanza 13 giugno 2024, n. 16572; Pres. Travaglino; Rel. Iannello

Obbligo del medico di controllare competenza ed esattezza delle cartelle cliniche e dei relativi referti **264**
s. III, ordinanza 17 giugno 2024, n. 16737; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità medica da nascita indesiderata, risarcimento danni e onere della prova **267**
s. III, ordinanza 19 giugno 2024, n. 16967; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Perdita di chance e perdita del risultato sperato **270**
s. III, ordinanza 20 giugno 2024, n. 17124; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Contenuto della nozione medica di "complicanza" **271**
s. III, ordinanza 25 giugno 2024, n. 17507; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

Emotrasfusione con sangue infetto e diritto al risarcimento danni **273**
s. III, ordinanza 26 giugno 2024, n. 17664; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

Responsabilità sanitaria, la CTU e l'ambito di indagine del Giudice **276**
s. III, ordinanza 27 giugno 2024, n. 17742; Pres. Scrima; Rel. Spaziani

Danno da perdita di chance di sopravvivenza **279**
s. III, sentenza 27 giugno 2024, n. 17821; Pres. De Stefano; Rel. Saija

Lesione del diritto all'autodeterminazione, non configurabile il danno in re ipsa **283**
s. III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18312; Pres. Travaglino; Rel. Scoditti

L'acquisizione della documentazione necessaria da parte del CTU **286**
s. III, ordinanza 4 luglio 2024, n. 18332; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Infezione da virus HBV, HIV e HCV contratte a seguito di emotrasfusioni e responsabilità dell'amministrazione **289**
s. III, ordinanza 5 luglio 2024, n. 18460; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Liquidazione del danno biologico cd. differenziale **291**
s. III, ordinanza 26 luglio 2024, n. 20894; Pres. Travaglino; Rel./Est. Vincenti

Malpractice medica, risarcimento danni e decorso del termine prescrizionale **294**
s. III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21259; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità sanitaria, danno alla salute e risarcimento **296**
s. III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21261; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Danno da perdita anticipata della vita e danno da perdita di chance di (maggiore) sopravvivenza **298**
s. III, ordinanza 30 luglio 2024, n. 21415; Pres. Scrima; Rel. Porreca

Responsabilità medica e conseguenze sottese alla "causa" ignota **301**
s. III, ordinanza 21 agosto 2024, n. 22996; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

Statuto del consenso informato **305**
s. III, ordinanza 18 settembre 2024, n. 25126; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

Condizioni per il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale **307**
s. III, sentenza 18 settembre 2024, n. 25127; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità medica e giudizio di causalità sull'evento lesivo **310**
s. III, ordinanza 21 ottobre 2024, n. 27142; Pres. Travaglino; Rel. Fiecconi

Responsabilità medica ante L. n. 24/2017 e riparto dell'onere della prova **313**
s. III, ordinanza 24 ottobre 2024, n. 27579; Pres. Travaglino; Rel. Spaziani

La responsabilità della struttura sanitaria nel regime anteriore alla L. n. 24/2017 ..... **318**
s. III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28642; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Irrilevanza giuridica della nozione di complicanza **320**
s. III, ordinanza 7 novembre 2024, n. 28762; Pres. Travaglino; Rel. Cricenti

Conseguenze sottese alla incompletezza della cartella clinica **322**
s. III, ordinanza 19 novembre 2024, n. 29716; Pres. Scrima; Rel. Cricenti

Liquidazione unitaria del danno non patrimoniale **324**
s. III, ordinanza 25 novembre 2024, n. 30364; Pres. Scrima; Rel. Ambrosi

Tabella unica nazionale prevista per la liquidazione del danno non patrimoniale **327**
s. III, ordinanza 26 novembre 2024, n. 30497; Pres. Travaglino; Rel. Cirillo

Criterio di calcolo del danno differenziale **330**
s. III, ordinanza 27 novembre 2024, n. 30560; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria e danno evento **332**
s. III, ordinanza 2 dicembre 2024, n. 30860; Pres. Scoditti; Rel. Scoditti

Adesione del Giudice di merito alle conclusioni del CTU e obbligo di motivazione **334**
s. III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31039; Pres. Scoditti; Rel. Iannello

Valore giuridico delle linee guida **338**
s. III, ordinanza 4 dicembre 2024, n. 31063; Pres. Travaglino; Rel. Rubino

Responsabilità medica e personalizzazione del danno non patrimoniale **341**
s. III, ordinanza 9 dicembre 2024, n. 31681; Pres. Scoditti; Rel. Spaziani

Profili assicurativi della responsabilità medica, non abusiva la clausola clausola claims **345**
s. III, ordinanza 12 dicembre 2024, n. 32048; Pres. Travaglino; Rel. Tassone

Sottoposizione a TSO, la procedura da seguire **346**
s. III, ordinanza 19 dicembre 2024, n. 33290; Pres. Scoditti; Rel. Rubino

Infezioni nosocomiali, presunzioni di responsabilità e vicinanza della prova **347**
s. III, ordinanza 30 dicembre 2024, n. 35062; Pres. Rubino; Rel. Vincenti

IL MERITO CIVILE di Giuseppe Cassano

Conseguenze sottese alla difettosa tenuta della cartella clinica **355**
CA di Ancona, sezione II, sentenza 3 gennaio 2024, n. 14; Pres. Federico; Rel./Est. Bellucci

Responsabilità medica, l'incidenza della Riforma "Gelli-Bianco" **358**
T. di Ancona, sentenza 3 gennaio 2024, n. 6; Giud. Marani

Assenza di rilievo, sul piano giuridico, della nozione di complicanza **361**
CA di Ancona, sezione I, sentenza 9 gennaio 2024, n. 42; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

Decesso del paziente e valore giuridico dell'autopsia **363**
C.A. di Ancona, sentenza 22 gennaio 2024, n. 129; Pres. Marziali; Rel. Giungi

Certificato medico di pronto soccorso quale atto pubblico che fa fede fino a querela di falso **366**
C.A. di Ancona, sezione I, sentenza 22 gennaio 2024, n. 137; Pres./ Est. Marcelli

Responsabilità medica, le conseguenze della causa del danno assolutamente incerta **368**
C.A. di Salerno, sezione I, sentenza 30 gennaio 2024, n. 61; Pres. Iannicelli; Est. Giuliana

Responsabilità medica e riparto dell'onere probatorio **370**
T. di Livorno, sentenza 31 gennaio 2024, n. 173; Giud. Scaramuzzino

Nesso causale tra condotta colposa del sanitario ed evento lesivo **374**
C.A. di Potenza, sentenza 6 febbraio 2024, n. 59; Pres. Videtta; Est. Apicella

Rilevanza del pregresso stato morboso del paziente-danneggiato **376**
C.A. di Roma, s. VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 883; Pres. Perinelli; Rel. Venarubea

Rapporto tra le conclusioni del C.T.U. e la decisione del Giudice **383**
C.A. di Roma, s. VI, sentenza 7 febbraio 2024, n. 892; Pres./Est. Perinelli; Rel. Venarubea

Conseguenze del mancato raggiungimento del risultato da parte del medico **385**
C.A. di Bari, s. III, sentenza 16 febbraio 2024, n. 255; Pres. Ancona; Rel. Manzionna

Come calibrare la diligenza professionale del medico **387**
T. di Potenza, sentenza 24 febbraio 2024, n. 332; Giud. Valitutti

Termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica **393**
C.A. di Bari, s. III, sentenza 26 febbraio 2024, n. 285; Pres. Ancona; Rel. Barracchia

Contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità **395**
T. di Trieste, sentenza 28 febbraio 2024, n. 210; Giud. Cicero

Contratto di spedalità ed effetti protettivi in favore dei terzi **396**
T. di Roma, s. XIII, sentenza 6 marzo 2024, n. 4186; Giud. Pellettieri

Condotta negligente del sanitario e scelte organizzative della struttura sanitaria **397**
C.A. di Napoli, s. IX, sentenza 18 marzo 2024, n. 1200; Pres. Cucciniello; Rel. Nicoletta

Responsabilità medico-chirurgica e CTU "percipiente" **400**
C.A. di Napoli, s. IX, sentenza 2 aprile 2024, n. 1426; Pres. Rel./Est. Scotti D'Abbusco

Azione diretta del paziente-danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa **403**
T. di Locri, sentenza 18 aprile 2024; Giud. Andrizzi

Prova del danno da perdita del rapporto parentale **409**
T. di Roma, s. XIII, sentenza 29 aprile 2024, n. 7290; Giud. Marcelli

Responsabilità contrattuale del sanitario e riparto dell'onere della prova **411**
T. di Cosenza, s. II, sentenza 29 aprile 2024, n. 965; Giud. Grossi

Malpractice medica, limiti alla competenza del foro del consumatore **415**
T. di Bari, s. III, sentenza 2 maggio 2024, n. 2070; Giud. Sforza

Responsabilità medica, nella diligenza valutabile va ricompresa anche la perizia **419**
T. di Nola, s. I, sentenza 3 maggio 2024, n. 1408; Pres. Casaburi

Responsabilità del medico dentista **420**
T. di Catanzaro, s. I, sentenza 9 maggio 2024, n. 972; Giud. Cataudo

Responsabilità medica per erronea diagnosi concernente il feto **421**
T. di Taranto, s. II, sentenza 16 maggio 2024, n. 1452; Giud. Lisco

Responsabilità sanitaria, profili probatori **423**
T. di Catania, s. IV, sentenza 20 maggio 2024, n. 2484; Giud. Cariolo

Rilievo giuridico della nozione di complicanza **426**
T. di Trieste, sentenza 23 maggio 2024, n. 516; Giud. Fanelli

Bipolarismo risarcitorio, danni patrimoniali e danni non patrimoniali **433**
T. di Ascoli Piceno, sentenza 30 maggio 2024, n. 404; Giud. Foti

Inammissibili il diritto a "non nascere" e il diritto a "non nascere se non sano" **436**
T. di Potenza, sentenza 6 giugno 2024, n. 953; Giud. Magarelli

Violazione dell'obbligo di informazione che grava sul sanitario e risarcimento danni **441**
C.A. di Napoli, s. VIII, sentenza 28 giugno 2024, n. 2975; Pres./Rel. Cocchiara

Decesso del paziente e danni *jure hereditario* **444**
C.A. di Ancona, s. I, sentenza 5 luglio 2024, n. 1063; Pres. Marcelli; Rel. Casarella

Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite **446**
T. di Roma, s. XIII, sentenza 8 luglio 2024, n. 1163; Giud. Vacca

Spese dell'accertamento tecnico preventivo *ante causam* **448**
T. di Firenze, s. I, sentenza 15 luglio 2024, n. 2327; Giud. Governatori

Colpa esclusiva del medico e responsabilità della struttura sanitaria **449**
C.A. di Milano, s. II, sentenza 19 luglio 2024, n. 2135; Pres. Maddaloni; Rel. Grazioli

Responsabilità medica e incertezza circa la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere **451**
T. di Napoli, s. VIII, sentenza 26 luglio 2024, n. 7435; Giud. Console

"Soft law" delle linee guida e responsabilità medica **456**
C.A. di Reggio Calabria, sentenza 7 agosto 2024, n. 572; Pres./Rel. Morabito

Criterio tabellare per il risarcimento del danno non patrimoniale **458**
T. di Ragusa, sentenza 12 settembre 2024, n. 1409; Giud. Giampiccolo

Colpa medica e perdita di chance **460**
T. di Frosinone, sentenza 12 settembre 2024, n. 839; Giud. Troiani

Accertamento del nesso causale **462**
T. di Ferrara, sentenza 20 settembre 2024, n. 905; Giud. Cristoni

Morte del paziente, danno non patrimoniale e onere della prova **464**
T. di Viterbo, sentenza 12 novembre 2024, n. 1077; Giud. Mastropasqua

Su piani differenti la lesione del diritto alla salute e l'inadempimento, da parte del medico, al dovere di informazione **469**
C.A. di Catania, s. I, sentenza 13 novembre 2024, n. 1675; Pres. Rel./Est. Balsamo

L'accertamento demandato al Giudice in tema di responsabilità medica **471**
T. di Cagliari, s. II, sentenza 9 dicembre 2024, n. 2581; Giud. Murru

Malpractice medica, la morte del paziente quale fatto plurioffensivo **479**
C.A. di Caltanissetta, s. Unica, sentenza 9 dicembre 2024, n. 444; Pres. De Gregorio; Rel. Sole

Malpractice medica, danneggiato e prova del nesso causale **482**
T. di Potenza, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2009; Giud. Valitutti

Violazione del consenso informato e risarcimento del danno **488**
T. di Messina, s. II, sentenza 10 dicembre 2024, n. 2792; Giud. Petrolo

Situazione di insuperabile compromissione dell'integrità fisica del paziente ed errore medico **494**
T. di Terni, sentenza 10 dicembre 2024, n. 975; Giud. Iacone

CASSAZIONE PENALE di Francesco G. Catullo

Omettere la corretta diagnosi è errore del sanitario **499**
s. IV, sentenza 1 febbraio 2024, udienza 13 dicembre 2023, n. 4326; Pres. Ciampi; Rel. Bruno

Lo spazio valutativo in cui il medico decide **502**
s. IV, sentenza 8 marzo 2024, udienza 21 novembre 2023, n. 9894, Pres. Dovere; Rel. Miccichè

Insorgenza della malattia e decorso della prescrizione del delitto di lesioni colpose **506**
s. IV, sentenza 14 marzo 2024, udienza 13 febbraio 2024, n. 10658, Pres. Ciampi; Rel. Cirese

Negare la visita domiciliare può essere rifiuto di atti di ufficio..... **508**
s. VI, sentenza 15 marzo 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 11085, Pres. Villoni; Rel. Di Nicola Travaglini

Il capo dell'equipe chirurgica è responsabile anche del decorso postoperatorio **510**
s. IV, sentenza 3 aprile 2024, udienza 18 ottobre 2023 n. 13375, Pres. Di Salvo; Rel. Dawan

L'odontotecnico non può rilevare le impronte dentarie **514**
s. V, sentenza 24 aprile 2024, udienza 25 marzo 2024, n. 17164, Pres. Pezzullo; Rel. Scarlini

Le linee guida devono essere flessibili e adattabili alla specificità del caso concreto 516
s. IV, sentenza 6 maggio 2024, udienza 14 marzo 2024, n. 17678, Pres. Di Salvo; Rel. Mari

Correlazione tra accusa e difesa nel giudizio sulla colpa medica 520
s. IV, sentenza 10 maggio 2024, udienza 17 gennaio 2024, n. 18366, Pres. Di Salvo; Rel. Calafiore

Le acque reflue provenienti da una clinica non possono essere considerate "domestiche" 524
s. III, sentenza 16 maggio 2024, udienza 10 aprile 2024, n. 19391, Pres. Ramacci; Rel. Corbetta

Il contenuto della cartella clinica non può offendere la reputazione 526
s. III, sentenza 31 maggio 2024, udienza 9 aprile 2024, n. 21869, Pres. Scarlini; Rel. Francolini

Maltrattamento di animali tramite somministrazione di antinfiammatorio 528
s. III, sentenza 19 giugno 2024, udienza 15 febbraio 2024, n. 24257, Pres. Ramacci; Rel. Noviello

Alcune precisazioni sull'attività medica svolta in *intra moenia* per non incorrere nel peculato 531
s. VI, sentenza 21 giugno 2024, udienza 24 aprile 2024, n. 24717, Pres. Di Stefano; Rel. Gallucci

Che cosa prova la cartella clinica? 533
s. IV, sentenza 18 luglio 2024, udienza 7 marzo 2024, n. 29150, Pres. Dovere; Rel. Miccichè

È inoffensiva la condotta dell'infermiere che si appropria di qualche compressa di antibiotico 537
s. VI, sentenza 18 settembre 2024, udienza 4 luglio 2024, n. 35031, Pres. Di Stefano; Rel. Tripiccione

L'accertamento del nesso causale nella condotta colposa del medico 539
s. IV, sentenza 4 ottobre 2024, udienza 18 settembre 2024, n. 36942, Pres. Piccialli; Rel. Pezzella

Reati tributari e trattamenti di carattere estetico 545
s. IV, sentenza 10 ottobre 2024, udienza 18 luglio 2024, n. 37239, Pres. Liberati; Rel. Gai

L'elasticità delle linee guida nei reati colposi del medico 547
s. III, sentenza 4 novembre 2024, udienza 24 settembre 2024, n. 40316, Pres. Galtiero; Rel. Gai

Attività terapeutica libidinosa 551
s. III, sentenza 12 novembre 2024, udienza 9 ottobre 2024, n. 41427, Pres. Sarno; Rel. Di Stasi

Violenza sessuale con abuso di autorità del medico 554
s. III, sentenza 30 dicembre 2024, udienza 15 ottobre 2024, n. 47582, Pres. Di Nicola; Rel. Corbo

CONSIGLIO DI STATO E TAR di Maurizio Santise

Sulla perdita di legittimazione a ricorrere per le imprese che accettano le clausole di salvaguardia 561
TAR CAMPANIA, NAPOLI, s. I, 15 aprile 2024, n. 2475, Pres. ed Est. Palliggiano

L'inclusione del metodo ABA nei livelli essenziali delle prestazioni non comporta l'automatico riconoscimento, in capo al richiedente, di un diritto all'erogazione del trattamento nella misura richiesta 565
TAR LOMBARDIA, BRESCIA, s. I, 2 maggio 2024, n. 365, Pres. Gabbricci, Est. Buzano

Revisione del sistema di accreditamento e contrattualizzazione delle strutture private operanti all'interno del servizio sanitario 571
TAR SICILIA, PALERMO, s. I, 31 luglio 2024, n. 2373, Pres. Veneziano, Est. Cappellano

Applied behavior analysis (ABA): natura giuridica e personalizzazione del trattamento 578
TAR CAMPANIA, NAPOLI, s. V, 4 novembre 2024, n. 5910, Pres. Abbruzzese, Est. Di Vita

Farmacie, differenza con laboratori di analisi, uso di spazi esterni per l'effettuazione di screening oncologici 584
TAR CAMPANIA, NAPOLI, s. I, 14 novembre 2024, n. 6225, Pres. Salamone, Est. Esposito

Le clausole di salvaguardia contenute nelle convenzioni di accreditamento sono legittime 590
CDS, s. III, 9 dicembre 2024, n. 9825, Pres. Caputo, Est. Tulumello

Sul risarcimento dei danni da adozione di illegittime delibere sulla fissazione dei tetti di spesa 594
CDS, s. V, 20 dicembre 2024, n. 10280, Pres. Franconiero, Est. Sestini

Sulle misure di profilassi per l'abbattimento di 26 capi bufalini e sull'indennizzo ex art. 19 del D.M. n. 592/95 597
CDS, s. III, 24 dicembre 2024, n. 10386, Pres. Corradino, Est. Pescatore

CORTE DEI CONTI di Arturo Iadecola

Omessa sterilizzazione e gravidanza indesiderata 611
s. giurisdizionale regionale per la Sardegna, 19 febbraio 2024, n. 38; Pres. Cabras; Est. D'Ambrosio

La rilevanza del consenso al trattamento medico-chirurgico 615
s. giurisdizionale regionale per la Toscana, 5 marzo 2024, n. 24; Pres. Bax; Est. Papa

Ricorso ex art. 696-bis c.p.c. e responsabilità amministrativo-contabile 616
s. II giurisdizionale centrale di appello, 2 aprile 2024, n. 80; Pres. Loreto; Est. Contino
s. giurisdizionale regionale per la Campania, 1° luglio 2024, n. 352; Pres. Oricchio; Est. Molina

Omicidio volontario e danno all'immagine 622
s. giurisdizionale regionale per la Lombardia, 23 aprile 2024, n. 66; Pres. Canu; Est. Berruti

L'efficacia temporale delle norme processuali della l. n. 24/2017 625
s. II giurisdizionale centrale di appello, 29 aprile 2024, n. 101; Pres. Acanfora; Est. Contino

Il regime probatorio della responsabilità amministrativo - contabile del medico 627
s. III giurisdizionale centrale di appello, 3 maggio 2024, n. 127; Pres. Maio; Est. Mignemi

La colpa grave nella malpractice sanitaria 629
s. II giurisdizionale centrale d'appello, sentenza 9 ottobre 2024, n. 256; Pres. Loreto; Est. Contino

Le prestazioni professionali di particolare difficoltà 631
s. giurisdizionale regionale per la Lombardia, 17 ottobre 2024, n. 167; Pres. De Rentiis; Est. Canu

La responsabilità da omessa denuncia del danno erariale 634
s. giurisdizionale regionale per la Sardegna, 16 dicembre 2024, n. 192; Pres. Cabras; Est. Parisi

visibilia ex
invisibilibus
European School of Economics