

Il Decalogo di San Martino 2019

Breve sintesi delle singole sentenze e primi spunti di riflessione.

Cass. 28985/2019:

Il caso.

La paziente lamenta di aver subito danni (insorgenza di nuova patologia denominata “mielopatia dorsale”) all’esito della somministrazione di dosi eccessive di terapia radiante e chiede alla struttura sanitaria il risarcimento. L’attrice lamenta non solo la lesione della salute ma anche del diritto all’autodeterminazione per omessa acquisizione del consenso informato sui rischi del trattamento radioterapico.

Il Tribunale rigetta la domanda così motivando: a) nell’anno in cui la signora venne sottoposta al trattamento (1989) la mielopatia trasversa non era annoverata tra i rischi conosciuti (a livello scientifico) della radioterapia; b) i medici avevano correttamente osservato i protocolli della cura al tempo vigenti; c) quanto alla acquisizione del consenso informato, il diritto al risarcimento dei danni doveva ritenersi estinto per prescrizione.

La Corte d’Appello riforma la sentenza e condanna la struttura sanitaria al risarcimento dei danni, liquidati secondo le Tabelle milanesi. In particolare, il Giudice del gravame:

a)accerta la responsabilità per inadempimento della prestazione sanitaria in quanto il rischio di mielopatia dorsale, seppur raro, risultava segnalato dalla dottrina scientifica;

b)rileva che, in ogni caso, la paziente aveva già conseguito risultati positivi all’esito delle precedenti cure chemioterapiche, ragion per cui non trovava giustificazione, in una logica di “bilanciamento costi / benefici”, la scelta di eseguire un trattamento con alto dosaggio di radiazioni.

Il caso finisce all’esame della Corte di Cassazione, che rigetta il ricorso proposto dalla casa di cura.

Le questioni di diritto:

-Onere della prova gravante sulla struttura per superare la presunzione di colpa posta dall’art. 1218 cc..

La Corte, ponendosi nel solco delle pronunzie Cass. 18392/2017 e succ. conformi, dà seguito all’orientamento che interpreta l’art. 1218 cc. in chiave soggettiva ed afferma che, per liberarsi da responsabilità, la struttura sanitaria è chiamata a provare la <<*non imputabilità per colpa dell’inadempimento o dimostrando di avere correttamente eseguito la prestazione, od indicando che l’evento sopravvenuto non era in ogni caso prevedibile ed evitabile con la dovuta diligenza*>>.

Tale “lettura” (che ripudia, in sostanza, l’idea di una “obbligazione di risultato” della struttura sanitaria) pare calarsi ed integrarsi armonicamente nel tessuto della Legge Gelli, che all’art. 7 enfatizza il richiamo alla “colpa” (anche attraverso l’art. 1228 cc.) e all’articolo 5 pone l’accento sul “fare” (come a dire che il cuore della prestazione è “agire correttamente”, secondo i protocolli e le regole dell’arte , e non “garantire la guarigione”).

Nel caso di specie gli Ermellini confermano la pronuncia di merito osservando che la "mielopatia dorsale" non era evento imprevedibile in quanto già nota e <<rilevata dagli studi scientifici (il primo caso fu accertato nel 1941 come riportato negli Atti del XXIII Congresso AIRO 2013: cfr. sentenza appello, in motivazione, pag. 10);>>.

Aggiungono altresì che la Corte d'Appello aveva correttamente censurato la condotta dei sanitari, ritenendola appunto "colpevole", poiché costituiva <<violazione della generale regola di prudenza>> somministrare un alto dosaggio di radiazioni (trattamento di cui erano già noti i molteplici effetti collaterali) in assenza di una <<plausibile giustificazione>> (conto tenuto dei risultati positivi in precedenza già ottenuti dalla paziente nel corso dei cicli di chemioterapia). Va rilevato, per inciso, che il diverso profilo attinente all'accertato nesso di causa non viene qui in discussione in quanto non investito dai motivi di gravame.

-Lesione del diritto all'autodeterminazione.

La Corte intende <<dare seguito, implementandola e perfezionandola, alla elaborazione giurisprudenziale svolta nell'ultimo decennio>>: richiama e trascrive testualmente i principi già affermati dalle sentenze che, tra il 2017 ed il 2018, avevano fissato le "coordinate" in materia e sembra introdurre alcune "variazioni sul tema".

Al punto 2.5 della motivazione viene dettato una sorta di "decalogo", che è opportuno trascrivere:

"La violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni:

a) un danno alla salute, quando sia ragionevole ritenere che il paziente - sul quale grava il relativo onere probatorio - se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento (onde non subirne le conseguenze invalidanti);

b) un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, predicabile 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. (ex multis Cass. 2854/2015; 24220/2015; Cass. 24074/2017; Cass. 16503/2017; Cass. 7248/2018). Possono, pertanto, prospettarsi le seguenti situazioni conseguenti ad una omessa od insufficiente informazione:

A) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi, nelle medesime condizioni, "hic et nunc": in tal caso, il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito dal paziente, nella sua duplice componente, morale e relazionale;

- B) omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente;

- C) omessa informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute (inteso anche nel senso di un aggravamento delle condizioni preesistenti) a causa della condotta non colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento, sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto alla autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in

relazione causale con la condotta, poichè, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - andrà valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento ed il preesistente stato patologico invalidante del soggetto;

- D) omessa informazione in relazione ad un intervento che non abbia cagionato danno alla salute del paziente, cui egli avrebbe comunque scelto di sottoporsi: in tal caso, nessun risarcimento sarà dovuto";

- E) Omissione/inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute del paziente, ma che gli ha tuttavia impedito di accedere a più accurati ed attendibili accertamenti (come nel caso del tri-test eseguito su di una partoriente, senza alcuna indicazione circa la sua scarsa attendibilità e senza alcuna, ulteriore indicazione circa l'esistenza di test assai più attendibili, quali l'amniocentesi, la villocentesi, la translucenza nucale): in tal caso, il danno da lesione del diritto, costituzionalmente tutelato, alla autodeterminazione sarà risarcibile (giusta il già richiamato insegnamento del giudice delle leggi) qualora il paziente allegghi che, dalla omessa, inadeguata o insufficiente informazione, gli siano comunque derivate conseguenze dannose, di natura non patrimoniale, in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente - salva possibilità di provata contestazione della controparte.

C'è peraltro un passaggio nella motivazione (parte finale del punto 2.5) che desta qualche interrogativo. La Cassazione sottolinea che:

"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, riverberando il rifiuto del consenso alla pratica terapeutica sul piano della causalità giuridica ex art. 1223 c.c. e cioè della relazione tra evento lesivo del diritto alla autodeterminazione - perfezionatosi con la condotta omissiva violativo dell'obbligo informativo preventivo - e conseguenze pregiudizievoli che da quello derivano secondo un nesso di regolarità causale.

Il paziente che allegghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, posto che:

a) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico;

b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicchè la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova";

c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all'"id quod plerumque accidit".

Tale prova potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione, non potendosi configurare, "ipso facto", un danno risarcibile con riferimento alla sola omessa in-

formazione, attesa l'imprevedibilità di danni "in re ipsa" nell'attuale sistema della responsabilità civile"

Vi è da chiedersi se in queste affermazioni di principio (specie se lette in correlazione al punto *D*) più sopra trascritto) sia racchiusa la "novità" ("implementazione – perfezionamento" del proprio orientamento) di cui la Corte parla nell'*incipit*.

La Cassazione sembra infatti dire (ma sul punto ci riserviamo un maggior approfondimento) che, in caso di intervento eseguito "*secundum legem artis*" (e tuttavia senza una valida acquisizione del consenso), ai fini del risarcimento dei danni derivanti da lesione del diritto all'autodeterminazione è sempre necessario che l'interessato dimostri che "avrebbe scelto diversamente", non essendo altrimenti prospettabile una perdita ex art. 1223 cc. .

La questione, in realtà, è tra le più dibattute, e il dubbio (sulla portata innovatrice della pronuncia in esame) parrebbe qui avere una sua giustificazione se si considerano le precedenti pronunzie di legittimità (emesse specie tra il 2017 ed il 2018, si vedano per es. Cass. 20885/2018, Cass. 16503/2107; 26827/2017) secondo cui tale prova (ossia che il paziente non si sarebbe sottoposto al trattamento, pur correttamente eseguito, se fosse stato edotto dei rischi ecc.) sarebbe indispensabile solo quando venga chiesto il ristoro del pregiudizio alla salute, e non , invece, ove si lamenti un danno diverso (patrimoniale e non) quale conseguenza della lesione del diritto all'autodeterminazione.

-Decorso della prescrizione

La Cassazione conferma l'orientamento che fissa il decorso della prescrizione dalla <<percepibilità>>, secondo la normale diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche, della patologia quale danno ingiusto conseguente alla condotta (il dies a quo è "spostato in avanti", perchè viene "agganciato" non al momento in cui è posto in essere l'atto sanitario, ma a quello, successivo, in cui il paziente avrebbe potuto rendersi conto della riferibilità eziologica dell'evento lesivo all'azione / omissione del medico) .

Causalità materiale e giuridica.

Viene infine ribadita la distinzione tra causalità materiale e giuridica; si precisa altresì che la nozione di prevedibilità di cui all'art. 1225 cc. è riferita alla <<misura>> dell'ammontare del "danno conseguenza" .

Cass. 28986/2019:

Il caso.

Tizio lamenta di aver subito, all'esito di incidente stradale occorso nel 2004, l'aggravamento dei postumi che erano residuati ad un precedente sinistro (verificatosi nel 1998) e ne chiede il risarcimento (citando con azione diretta la compagnia assicurativa ed il proprietario – conducente del veicolo).

In particolare, l'attore deduce che l'arto attinto (nell'evento del 2004) era stato già fratturato nel 1998 e che il nuovo trauma aveva elevato la misura della invalidità permanente "pregressa" (già pari al 60%) .

Il Tribunale accoglie la domanda e liquida il danno <<calcolando il valore monetario del grado di invalidità permanente di cui la vittima era già portatrice prima dell'infortunio (60%) ed il grado di invalidità permanente complessi-

vamente residuo (66,5%)>>, così riconoscendo la somma di Euro 79.373,50.

La Corte d'Appello rigetta il gravame interposto dalla Compagnia assicuratrice ritendendo corretto il criterio di stima applicato dal giudice di primo grado. Il caso viene portato all'attenzione della Cassazione, che a propria volta conferma la pronuncia di merito.

Le questioni di diritto.

La Cassazione coglie l'occasione per precisare i criteri da applicare per la determinazione del danno biologico in caso di "aggravamento" di preesistente patologia (nella specie in conseguenza di incidente stradale).

La Corte conferma il "sistema di calcolo" utilizzato dal Giudice di merito, che aveva quantificato il risarcimento nella differenza tra il valore monetario della IP complessivamente residua e quello corrispondente alla invalidità di cui la vittima era già portatrice prima dell'evento.

La Cassazione richiama e conferma la distinzione tra causalità materiale e giuridica (sull'onda dei precedenti e, in particolare, di Cass. 15991/2011 con riguardo al cd. concorso di cause naturali ed umane); definisce e precisa la nozione di menomazione "concorrente" e "coesistente" e riassume in 7 "punti" i principi di diritto che dovrebbero governare la materia, facendo comunque salva << *l'equità correttiva* >> del Giudice << *ove l'applicazione rigida del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto* >>.

Ecco dunque le "regole di sistema" enunciate dalla Corte:

1.10. I principi di diritto sin qui esposti possono ora riassumersi come segue:

- 1) lo stato anteriore di salute della vittima di lesioni personali può concausare la lesione, oppure la menomazione che da quella derivata;
- 2) la concausa di lesioni è giuridicamente irrilevante;
- 3) la menomazione preesistente può essere concorrente o coesistente col maggior danno causato dall'illecito;
- 4) saranno "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi;
- 5) le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; nè può valere in ambito di responsabilità civile la regola sorta nell'ambito dell'infortunistica sul lavoro, che abbassa il risarcimento sempre e comunque per i portatori di patologie pregresse;
- 6) le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione:
 - a) stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro;
 - b) stimando in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertendola in denaro; lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100%

in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale;

c) sottraendo l'importo (b) dall'importo (a).

7) resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove l'applicazione rigida del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto.

Nella specie, la vittima aveva patito, a causa del sinistro, conseguenze dannose che avevano reso "più penosa" la menomazione di cui era già portatrice; la Cassazione ritiene corretta la liquidazione operata dal giudice di merito, in quanto rispettosa dei criteri sopra indicati.

Cass. 28987/2019:

Il caso.

Nel caso sottoposto alla Cassazione si discute di come debba essere ripartito il danno (l'ipotesi è quella di un risarcimento dovuto al paziente in conseguenza di malpractice) nei rapporti interni tra struttura sanitaria e medico.

Le questioni di diritto.

La Cassazione si occupa dell'azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico (in relazione al regime anteriore alla Legge Gelli) e stabilisce il seguente principio di diritto : <<*In tema di danni da malpractice medica nel regime anteriore alla legge 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*>>.

Più nel dettaglio, la Corte traccia anzitutto una linea di demarcazione tra l'ipotesi di cui all'art. 2049 cc. e quella disciplinata dall'art. 1228 cc.; nel primo caso si tratta di responsabilità "per fatto altrui"; nel secondo, invece, il debitore (che si avvale dell'ausiliario) risponde per inadempimento "proprio". Tale peculiarità giustificerebbe una diversa regola di "riparto interno": se nell'ipotesi prevista dall'art. 2049 cc. il regresso è integrale (come da orientamento pacifico in giurisprudenza), in quella dell'art. 1228 cc. ben può predicarsi un differente criterio posto che, appunto, la fattispecie presenta una peculiarità che la rende non sovrapponibile all'altra.

La Cassazione ipotizza tre possibili soluzioni al problema e fa propria quella (sopra trascritta) della divisione paritaria, ritenendo che essa sia la più conforme a diritto, conto tenuto della ratio cuius commoda eius et incommoda sottesa all'art. 1228 cc. , e della <<*impredicabilità di un diritto di rivalsa integrale della struttura nei confronti del medico, in quanto, diversamente opinando, l'assunzione del rischio d'impresa per la struttura si sostanzierebbe, in definitiva, nel solo rischio d'insolubilità del medico*>>.

Va sottolineato che il principio di diritto posto dalla pronuncia in esame si riferisce, testualmente ed espressamente, alle sole fattispecie antecedenti alla

Legge Gelli, valendo per quelle successive le diverse regole poste dall'articolo 9.

Cass. 28988/2019 :

Il caso

Il caso nasce da una vicenda di “malpractice” ; per effetto della condotta colposa dei sanitari in occasione del parto, il nato subisce la distocia della spalla.

La domanda di risarcimento dei danni proposta dai genitori in rappresentanza del figlio contro la struttura sanitaria ed i medici viene rigettata dal Tribunale.

La sentenza viene riformata in appello: la Corte, accertata una IP del 13% (in relazione alle lesioni subite di bambino), applica le tabelle milanesi e personalizza il danno nella misura massima dalle stesse prevista.

La pronuncia viene impugnata (su ricorso della Compagnia assicurativa che garantiva la rc della casa di cura) e la Cassazione coglie l'occasione per fare il punto su una serie di questioni:

-personalizzazione del danno biologico:

La Corte cassa la pronuncia di merito nella parte in cui aveva riconosciuto la personalizzazione massima <<di oltre il 40%>> a fronte di una IP del 13% , mancando, sul punto, una specifica motivazione.

Gli Ermellini osservano che la personalizzazione del danno biologico <<*oltre la misura “standard” del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari*>> è consentita solo se il danneggiato allega e provi di aver subito <<conseguenze del tutto anomali ed affatto peculiari>>. La Cassazione precisa che un aumento del risarcimento di base del danno biologico è giustificato unicamente per <<*le conseguenze della menomazione che non sono generali ed inevitabili per tutti coloro che abbiano patito quel tipo di lesione, ma sono state patite solo dal singolo danneggiato nel caso specifico, a causa delle peculiarità del caso concreto*>>.

La Corte puntualizza inoltre che <<*le circostanze di fatto che giustificano la personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale integrano un “fatto costitutivo” della pretesa, e devono essere allegate in modo circostanziato e provate dagli originari attori*>>;

- si osserva che, nel prendere posizione sulla questione della personalizzazione (di cui sopra), la Cassazione esordisce affermando che <<*in presenza di un danno permanente alla salute costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione di una somma di danaro a titolo di risarcimento del danno biologico e l'attribuzione di 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)*>>.

Tale enunciato potrebbe generare qualche dubbio perchè non è chiaro quale sia il rapporto tra danno “dinamico relazionale” , “personalizzazione” e “danno morale”, sul quale ultimo la pronuncia in esame “tace” (ne è possibile una liquidazione a parte? o sono la stessa cosa e partecipano della medesima natura?). Non sembra, tuttavia, che la Cassazione abbia con ciò inteso discostarsi dagli ultimi precedenti (in particolare dalla nota sentenza “decalogo” 7513/2018 che valorizza l'autonoma risarcibilità della sofferenza morale): nella successiva Cass. 28989/2019 (par. 24), infatti, gli Ermellini ripetono, alla lettera, il principio (qui riportato in corsivo), precisando subito dopo che

<<non costituisce invece duplicazione la congiunta attribuzione del danno biologico e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi (..) rappresentati dalla sofferenza interiore>>.

- danno da incapacità lavorativa :
- La Corte richiama la nozione di “danno da incapacità lavorativa generica” e spiega che l'utilità della categoria è oggi venuta meno trattandosi di “voce” che <<rientra nell'alveo del danno biologico>>;
- La Corte ritiene necessario “avere le idee chiare” sull'inquadramento dogmatico delle varie fattispecie che possono verificarsi in caso di evento lesivo che incide sull'attività di lavoro dell'infortunato; elenca quindi le possibili ipotesi (quattro), soffermandosi altresì sul concetto di “lesione della cenestesi”.
- Sulla scorta di tali premesse la Corte cassa la sentenza del giudice di merito che aveva liquidato il danno patrimoniale (futuro) in favore del nato prendendo come riferimento l'attività (di carabiniere) che il padre dello stesso svolgeva (in violazione del principio che richiede che la valutazione sia fatta sulla base di presunzioni gravi precise e concordanti), senza neppure tener conto della altre occupazioni comunque astrattamente compatibili con il tipo di menomazione riscontrata;
- La Cassazione rileva altresì che la Corte di Appello ha errato quando , ai fini della liquidazione del danno patrimoniale, ha utilizzato il criterio del “triplo della pensione sociale”: la Cassazione afferma che tale parametro è previsto da una <<norma eccezionale>> (il riferimento è all'art. 137 CAP) ed è <<utilizzabile esclusivamente nell'ambito dell'azione diretta contro l'assicuratore>> laddove, comunque, può venire in linea di conto <<solo quando il giudice accerti (..) che la vittima al momento dell'infortunio godeva di un reddito, ma questo era talmente modesto o sporadico da rendere la vittima sostanzialmente equiparabile ad un disoccupato>>

Cass. 28989/2019:

Il caso.

La vicenda trae origine dal decesso di una paziente avvenuto presso un ospedale. La sentenza emessa dalla Corte d'Appello aveva accertato che la morte della signora era dipesa da un'infezione da stafilococco aureo contratta dalla stessa durante il ricovero ed aveva quindi condannato la struttura sanitaria al risarcimento dei danni in favore dei congiunti.

La pronuncia viene gravata e la Corte di Cassazione viene chiamata ad esaminare più **questioni**:

- Onere della prova del nesso causale: con questa pronuncia, così come con le “coeve” n. 28991 e 28992 (*su cui infra*) la Cassazione conferma i principi già espressi dal noto precedente Cass. 18392/2017 (e successive conformi) in punto onere della prova del nesso causale: <<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'insorgenza di una nuova malattia 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 >>.

La Corte rigetta il motivo di ricorso e conferma la sentenza di merito osservando che nel caso di specie i congiunti della vittima avevano provato (sulla scorta delle risultanze emerse all'esito della CTU) la derivazione causale del decesso dalla infezione da stafilococco; la struttura, per liberarsi da responsabilità, avrebbe dovuto dimostrare che l'inesatto adempimento era dipeso da un <<impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza>>, ma non aveva assolto tale onere.

Il riferimento alla "ordinaria diligenza" segna, a parere di chi scrive, in modo chiaro e forte il superamento di quell'orientamento (antecedente alla già citata Cass. 18392/2017) che, qualificando implicitamente la prestazione sanitaria come obbligazione di risultato, aveva trasformato la responsabilità della struttura e degli operatori da soggettiva ad oggettiva (non più ancorata alla colpa).

Tale diverso approccio pare assolutamente in linea con la *ratio* sottesa alla Legge Gelli (contrastare la medicina difensiva e ricreare un equilibrio riportando in asse un sistema troppo sbilanciato).

- Danno per la morte del congiunto:

a) la Corte richiama espressamente l'insegnamento delle Sezioni Unite di S. Martino del 2008 e ribadisce il principio per cui << la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale costituisce indebita duplicazione di risarcimento, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita (sul piano morale soggettivo), e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita (sul piano dinamico relazionale), rappresentano elementi essenziali dello stesso complesso e articolato pregiudizio, destinato ad essere risarcito sì integralmente, ma anche unitariamente>>;

b) la Corte precisa altresì che <<in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che costituisce una componente intrinseca>>.

Gli Ermellini cassano dunque la pronuncia di merito nella parte in cui aveva liquidato agli attori una somma a titolo di risarcimento del danno morale dopo aver già riconosciuto, in favore degli stessi, altro importo per "la perdita del rapporto parentale", pervenendo con ciò ad una indebita duplicazione.

- c) Danno non patrimoniale da lesione della salute:

Per quanto il tema non abbia specifica attinenza con il caso esaminato dalla Corte (in cui si discute di danni subiti dai congiunti per la morte del proprio caro), la Cassazione coglie l'occasione per alcune digressioni in punto "lesione della salute" e, sull'onda degli ultimi noti precedenti (in particolare Cass. 7513/2018, cosiddetta sentenza "decalogo", Relatore Rossetti), ribadisce << come costituisca 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 duplicazio-

ne la congiunta attribuzione del danno biologico e di una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perchè non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado di percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sè, la paura, la disperazione). Ne deriva che, ove sia dedotta e provata l'esistenza di uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione >>.

Ad un primo esame, le affermazioni della Corte (di cui al sopra trascritto punto c) paiono un poco contraddittorie se raffrontate con i principi di cui alle precedenti lettere a) e b).

Da un lato, rispetto al danno "da perdita del congiunto" la Cassazione sostiene che vi può essere spazio per una sola ed unitaria liquidazione, che deve comprendere, pena una inammissibile duplicazione, tutte le conseguenze sia relazionali che morali (si ricordi quanto affermato nel passaggio riportato sopra alla lettera a):<< la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale costituisce indebita duplicazione di risarcimento, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita (sul piano morale soggettivo), e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita (sul piano dinamico relazionale), rappresentano elementi essenziali dello stesso complesso e articolato pregiudizio, destinato ad essere risarcito sì integralmente, ma anche unitariamente>>).

Per altro verso, tuttavia, quando si tratti di lesione della salute, per la medesima Corte non costituisce affatto duplicazione liquidare sia il danno biologico- relazionale sia quello morale da "sofferenza interiore".

Ci pare evidente che l'impostazione di metodo adottata nei due casi sia inspiegabilmente differente e tale da mettere in seria discussione la bontà di quest'ultimo orientamento, che pur sostenuto quasi ossessivamente dalla Cassazione nelle sentenze di quest'ultimo biennio, di per sé si scontra con i principi affermati nelle note pronunce dell'11 novembre 2008.

-La Corte torna quindi al tema del danno da perdita del congiunto e si sofferma sugli aspetti della prova e 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 (..)>>;

-la Corte precisa che <<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, sì che, ad esempio, nel caso di morte di un prossimo congiunto, un danno non patrimoniale diverso e ulteriore rispetto alla sofferenza morale (rigorosamente comprovata) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e provare; tale onere di allegazione, peraltro, va adempiuto in modo circostanziato,

non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche>>;

-La Corte ribadisce altresì la <<ferma la netta distinzione tra il descritto danno da perdita, o lesione, del rapporto parentale e l'eventuale danno biologico che detta perdita o lesione abbiano ulteriormente cagionato al danneggiato, atteso che la morte di un prossimo congiunto può causare nei familiari superstiti, oltre al danno parentale, consistente nella perdita del rapporto e nella correlata sofferenza soggettiva, anche un danno biologico vero e proprio, in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca, l'uno e l'altro dovendo essere oggetto di separata considerazione come elementi del danno non patrimoniale, ma nondimeno suscettibili - in virtù del principio della onnicomprensività" della liquidazione - di liquidazione unitaria>>;

- -la Corte conferma il dictum delle SSUU 15350 /2015 sulla non risarcibilità del danno da perdita della vita, con ciò accogliendo il motivo di ricorso proposto in parte qua contro la sentenza di merito ;
- la Cassazione torna, infine, sul danno da "lucida agonia" ribadendo che <<nel caso in cui tra la lesione e la morte si interponga un apprezzabile lasso di tempo, tale periodo giustifica il riconoscimento, in favore del danneggiato, del c.d. danno biologico terminale, cioè il danno biologico stricto sensu (ovvero danno al bene salute), al quale, nell'unitarietà del genus del danno non patrimoniale, può aggiungersi un danno morale peculiare improntato alla fattispecie ("danno morale terminale"), ovvero il danno da percezione, concretizzabile sia nella sofferenza fisica derivante dalle lesioni, sia nella sofferenza psicologica (agonia) derivante dall'avvertita imminenza dell'exitus, se nel tempo che si dispiega 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 e in particolare l'imminenza della morte, essendo quindi irrilevante, a fini risarcitori, il lasso di tempo intercorso tra la lesione personale e il decesso nel caso in cui la persona sia rimasta "manifestamente lucida" >>.

Cass. 28990/2019

- La Corte "torna" sul tema delle "preesistenze" e dell'aggravamento del danno, confermando nella sostanza, e sia pure con alcune diverse sfumature nel percorso argomentativo, il principio posto dalla "coeva" Cass. 28986/2019.

La pronuncia in esame coglie l'occasione per precisare che <<La fase della "a-estimatio", di esclusiva pertinenza del giudice, segue pertanto alla esatta individuazione della modifica peggiorativa del grado di invalidità biologica, che rimane specularmente di esclusiva pertinenza della medicina legale, dovendo il Giudice di merito tradurre il differenziale di tale invalidità nell'equivalente monetario oggetto della obbligazione risarcitoria. Operazione che prescinde, quindi, da incrementi o diminuzioni del grado percentuale di invalidità permanente accertato dal consulente di ufficio, dovendo piuttosto essere eseguita confrontando i valori patrimoniali ricavati dalle Tabelle di liquidazione del danno biologico corrispondenti ai differenti stati di incapacità rilevati dal CTU prima e dopo l'evento lesivo - tenendo conto, come si è visto, della incidenza eventualmente svolta dalle menomazioni preesistenti - e dunque determinando in tal modo la entità patrimoniale del danno effettivamente gravante sul responsabile, operan-

do, alla luce della specificità del caso concreto, aumenti o diminuzioni dell'importo risarcitorio su base equitativa>>;

-Tema “centrale” nella pronuncia in esame è comunque rappresentato dalla affermazione della applicabilità in via “retroattiva” dell’art. 3 comma 3 della “Legge Balduzzi” ossia dei criteri di quantificazione del danno stabiliti dagli articoli 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni. Sul punto la Corte conferma la sentenza di merito che aveva appunto utilizzato per la liquidazione i parametri di cui all’art. 139 CAP (in relazione ad una fatto occorso .

La Cassazione pone il seguente **principio di diritto**:

*“Non intervenendo a modificare con efficacia retroattiva gli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile (negando od impedendo il risarcimento di conseguenze - dannose già realizzatisi), **il D.L. 13 settembre 2012, n. 138, art. 3, comma 3**, convertito, con modificazioni, nella L. 8 novembre 2012, n. 189 (**cd. legge Balduzzi che dispone l'applicazione, nelle controversie concernenti la responsabilità - contrattuale od extracontrattuale - per esercizio della professione sanitaria, del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale secondo le Tabelle elaborate in base agli artt. 138 e 139 del CAD - criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, confermati anche dalla successiva L. 8 marzo 2017, n. 24 cd. Gelli-Bianco -**), trova diretta applicazione in tutti i casi in cui il Giudice sia chiamato a fare applicazione, in pendenza del giudizio, del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, con il solo limite della formazione del giudicato interno sul “quantum”.*

Non è ostativa, infatti, la circostanza che la condotta illecita sia stata commessa, ed il danno si sia prodotto, anteriormente alla entrata in vigore della legge, o che l'azione risarcitoria sia stata promossa prima dell'entrata in vigore del predetto decreto legge; nè può configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i giudizi ormai conclusi ed i giudizi pendenti, atteso che proprio e soltanto la definizione del giudizio - e la formazione del giudicato - preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale a tutela della autonomia della funzione giudiziaria e del riparto delle attribuzioni al potere legislativo e al potere giudiziario. Neppure può ravvisarsi una lesione del legittimo affidamento in ordine alla determinazione del valore monetario del danno non patrimoniale, in quanto il potere discrezionale di liquidazione equitativa del danno, riservato al Giudice di merito, si colloca su un piano distinto e comunque al di fuori della fattispecie legale della responsabilità civile: la norma sopravvenuta non ha, infatti, modificato gli effetti giuridici che la legge preesistente ricollega alla condotta illecita, nè ha inciso sulla esistenza e sulla conformazione del diritto al risarcimento del danno insorto a seguito del perfezionamento della fattispecie”.

Va notato che, sebbene non espressamente “trascritto” nel “principio di diritto”, in motivazione vi è un “passaggio” di sicuro rilievo (punto 3.12) , in cui la Corte precisa che:

<< Trovano, altresì, immediata applicazione anche i criteri di liquidazione intesi a “personalizzare” il valore dell'ammontare del danno da invalidità permanente, secondo gli aumenti individuati per le micropermanenti (fino al - 20%, comprensivo, per espresso dictum del giudice delle leggi, anche della - voce di danno morale: art. 139, comma 3, CAD) e per le lesioni di maggiore gravità (personalizzazione del danno dinamico relazionale fino al 30%: art. 138, comma 3, CAD)>>

Si tratta di un chiarimento importante perchè la questione non è affatto pacifica in dottrina (avendo taluni negato, anche sulla base di una esegesi della lettera delle legge, la possibilità di applicare, in ambito di responsabilità sanitaria, i "limiti" di personalizzazione).

- Più in generale, si osserva che la sentenza in esame condivide e rimarca, sul piano della "ragionevolezza" e dell'ottica di "sistema", la *ratio* sottesa alla "scelta" operata dal Legislatore (circa l' estensione dei criteri di liquidazione previsti per la RCA all'ambito della responsabilità sanitaria"), osservando che:

Venendo a provvedere ad un riassetto generale della materia della responsabilità professionale medica il Legislatore è intervenuto ad introdurre una **disciplina volta ad individuare un punto di equilibrio** idoneo a garantire l'attuazione dei diversi interessi meritevoli di tutela coinvolti in tale materia e **precipuamente l'interesse dei danneggiati ad ottenere un integrale ristoro del danno** alla salute subito in relazione ad errori terapeutici imputabili al medico (art. 32 Cost., comma 1), e **l'interesse della generalità degli utenti a ricevere** - sia dalle strutture pubbliche che da quelle private - **un adeguato trattamento sanitario, consentendo agli operatori del settore di continuare a praticare la professione - della quale beneficia e non può fare a meno la intera collettività** - in funzione del perseguimento di elevati livelli di efficienza e risultati di cura delle persone, **senza che l'impegno che la stessa richiede possa essere limitato o influenzato** da considerazioni e comportamenti di **"difesa preventiva"** rispetto alla proliferazione che, negli ultimi tempi, si è verificata delle iniziative giudiziarie di risarcimento danni che, indipendentemente dalla fondatezza o meno, possono innescare - in considerazione del volume delle richieste risarcitorie - fenomeni di ritrazione dalla esecuzione di interventi terapeutici a maggior rischio di insuccesso, incidendo in modo gravemente negativo sulle modalità di erogazione del servizio sanitario.

La trasposizione del criterio tabellare previsto dal C.A.P. al settore della responsabilità sanitaria trova fondamento nelle analoghe esigenze sottese alle controversie risarcitorie che interessano le due materie, esigenze evidenziate direttamente dal Legislatore nella stessa norma ("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...": art. 138, comma 1, CAP) e **che debbono rinvenirsi nell'estensione del regime assicurativo obbligatorio alle strutture aziendali pubbliche e private ed ai professionisti sanitari, e nell'azione diretta attribuita al paziente danneggiato nei confronti della impresa assicurativa: esigenze la cui composizione in un equilibrato bilanciamento degli interessi in conflitto ha superato il vaglio della verifica di costituzionalità** (Corte Cost. sentenza 16 ottobre 2014 n. 235 - con riferimento all'art. 139 CAP -).

E di particolare rilievo è altresì il passaggio in cui si sottolinea come il criterio di liquidazione indicato dal Legislatore (attraverso il rinvio agli artt. 138 e 139 CAP) miri proprio a realizzare un bilanciamento tra tutti quegli interessi che , nella responsabilità sanitaria, assumono rilievo a livello costituzionale :

si osserva che la fattispecie dell'illecito civile - per quanto concerne la individuazione e la verifica giudiziale dell'evento lesivo produttivo del danno da cui insorge la responsabilità per l'obbligazione risarcitoria - non viene intaccata dalla norma sopravvenuta (legge cd. Balduzzi), che non pone limiti alla responsabilità civile e neppure viene a negare alla vittima - ovvero anche soltanto a limitare ingiustificatamente e sproporzionatamente - il diritto di credito al risarcimento del danno, **ma interviene a definire, tra i molteplici criteri utilizzabili discrezionalmente dal Giudice per procedere alla "aestimatio" del danno** - qualora non possa trovare attuazione il risarcimento in forma specifica -, quello ritenuto **più idoneo** a realizzare **quel bilanciamento - perseguito dal Legislatore - tra plurimi interessi di rilevanza costi-**

tuzionale (l'interesse del danneggiato ad ottenere il ristoro del danno patito; l'interesse generale e sociale al perseguimento di fini solidaristici in relazione al calmieramento dei premi della assicurazione obbligatoria estesa al settore sanitario), rispondendo la norma sopravvenuta - almeno in parte - alla medesima logica sottesa alla disciplina della liquidazione del danno biologico nel settore dell'assicurazione obbligatoria della RCA (venendo in questione, nella legge del 2012, anche la esigenza di non distogliere risorse indispensabili all'espletamento del servizio, contrastando i riflessi negativi sulla organizzazione ed erogazione del servizio sanitario pubblico, determinati dall'incremento esponenziale degli impegni finanziari delle Aziende sanitarie preoccupate ad immobilizzare sempre maggiori risorse per fare fronte alle possibili richieste risarcitorie a decremento dei necessari investimenti strutturali).

Cass. 28991/2019 e Cass. 28992/2019

In queste due pronunzie, dello stesso Relatore, viene trattato, con motivazione sovrapponibile nella stesura e nell'impianto argomentativo, il tema dell'onere della prova del nesso causale in ambito di responsabilità sanitaria.

La Cassazione sceglie di **dare continuità** all'orientamento "inaugurato" da Cass. 18392/2017 secondo cui <<incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario e l'evento di danno quale fatto costitutivo della domanda risarcitoria, non solo nel caso di responsabilità da fatto illecito ma anche nel caso di responsabilità contrattuale (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cui sono conformi: Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; 23 ottobre 2018, n. 26700; 20 agosto 2018, n. 20812; 13 settembre 2018, n. 22278; 22 agosto 2018, n. 20905; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199; 13 luglio 2018, n. 18549; 13 luglio 2018, n. 18540; 9 marzo 2018, n. 5641; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698; 7 dicembre 2017, n. 29315; 14 novembre 2017, n. 26824; si vedano tuttavia già prima Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; 17 gennaio 2008, n. 867; 16 gennaio 2009, n. 975; 9 ottobre 2012, n. 17143; 26 febbraio 2013, n. 4792; 31 luglio 2013, n. 18341; 12 settembre 2013, n. 20904; 20 ottobre 2015, n. 21177; 9 giugno 2016, n. 11789)>>.

Nel solco dei precedenti testè ricordati, la Cassazione enuncia dunque 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>>.

Cass. 28993/2019

La Cassazione coglie l'occasione per "tornare" sul tema della perdita di chance in ambito di responsabilità sanitaria.

La sentenza richiama in larga parte (trascrivendone altresì i passaggi argomentativi) il già noto precedente di Cass. 5641/2018; nella motivazione non mancano tuttavia alcune "sfumature" e rilievi che parrebbero voler "limitare" (almeno in termini enunciativi) le possibili "derive" a cui la figura in esame si presta (in termini di "facilità dei risarcimenti" pur in assenza di un "vero nesso").

Cass. 28994 /2019

Con tale pronuncia la Cassazione prende posizione, **negandola**, sulla **applicazione retroattiva dell'art. 3 comma 1 della Legge Balduzzi** con riguardo alla questione della qualificazione della responsabilità del medico "strutturato" ai sensi **dell'articolo 2043 cc..**

La Corte afferma il seguente principio di diritto:

<<Le norme sostanziali contenute nella L. n. 189 del 2012, al pari di quelle di cui alla L. n. 24 del 2017, non hanno portata retroattiva, e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca precedente alla loro entrata in vigore, a differenza di quelle che, richiamando gli artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi (per tale ultimo principio, funditus, Cassazione Sez. 3, sentenza in causa R. G. n. 05361/2017 deliberata all'udienza del 04/07/2019, depositata in pari data della presente)>>.

Salva la necessità di un più meditato ed approfondito esame e studio delle argomentazioni poste a fondamento del *dictum*, la prima impressione che si ricava è quella di una apparente contraddittorietà tra le premesse ed il decisum: la Corte chiarisce che nel caso di specie non viene affatto in linea di conto un problema di "successioni di leggi nel tempo", ma soltanto di "qualificazione" giuridica di una fattispecie; e tuttavia conclude per la impossibilità di "applicare retroattivamente" la norma "sostanziale", quasi adombrando (ma, si ripete, il punto andrebbe meglio indagato) l'idea per cui al Legislatore sarebbe preclusa una "interpretazione in via autentica" delle norme, essendo tale attività riservata in via costituzionale ai Giudici.

Maurizio Hazan

Daniela Zorzit