

**IL “PROGETTO SANITA” DELLA SUPREMA CORTE NELLA
PROSPETTIVA DI UN GIUDICE DI MERITO
NOTE A MARGINE DELLE “NUOVE SENTENZE DI SAN MARTINO” ***

Vittoria Amirante

1. Premessa

La Terza Sezione civile della Suprema Corte, con il dichiarato intento di assicurare l’unità del diritto oggettivo nazionale in tema di responsabilità sanitaria e di offrire agli operatori del diritto e ai giudici di merito dei punti fermi per orientare le proprie future decisioni, ha sviluppato nel corso del 2019 il cd “progetto sanità”.

Le modalità dell’esercizio della funzione nomofilattica sono peraltro innovative, avendo la Corte utilizzato un procedimento inverso rispetto a quello codificato: anziché attendere che si presentasse all’attenzione della Corte il ricorso “giusto”, sono state dapprima selezionate le questioni più rilevanti o controverse nella giurisprudenza di merito e poi individuate, tra le liti pendenti, quelle idonee alla pronuncia di una “sentenza-pilota” che potesse costituire il precedente cui rifarsi in tutte le pronunce successive.

Il risultato sono le dieci sentenze pubblicate l’11 novembre 2019 con numeri progressivi dal 28985 al 28994 che affrontano le seguenti questioni: il consenso informato e le conseguenze risarcitorie in caso di omissione; metodologia di liquidazione del danno biologico in ipotesi di menomazioni plurime; le azioni di rivalsa e regresso della struttura sanitaria nei confronti del sanitario; la liquidazione del danno non patrimoniale e la sua personalizzazione; la liquidazione del danno non patrimoniale da morte; la applicabilità della Legge c.d. Balduzzi e della Legge 24/2017 ai fatti produttivi di danno posti in essere in data antecedente alla loro emanazione nella parte in cui dispongono l’adozione delle tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale previste dagli artt. 138 e 139 cod. ass. ; le modalità di accertamento del nesso di causalità; la ripartizione dell’onere della prova in relazione al nesso causale; il danno da perdita di chance non patrimoniale; applicabilità

* *Relazione svolta nel Convegno “La nuova responsabilità sanitaria nella giurisprudenza di legittimità”, organizzato dalla Struttura decentrata di formazione della Scuola Superiore della magistratura, tenutosi presso la Corte di cassazione in data 27 dicembre 2019.*

temporale della c.d. legge Balduzzi e della legge 24/2017 nella parte in cui definiscono la natura della responsabilità della struttura e del sanitario.

Come si vedrà nell'esame di dettaglio delle singole decisioni, le sentenze sono in larga parte ricognitive di orientamenti che si sono andati affermando nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni. Il valore del "progetto sanità", dunque, va individuato, non tanto e non solo, nei principi di diritto affermati, quanto piuttosto nella implicita promessa della loro stabilità. La Corte, richiamando la funzione nomofilattica, comunica all'esterno che tali principi sono destinati ad acquisire il valore di precedenti cui richiamarsi nelle future decisioni – sia di legittimità che di merito - in cui ricorrono le medesime questioni.

Mi pare, dunque, che se effettivamente la Corte avallerà con ripetute decisioni questi principi, il risultato sarà ampiamente positivo in termini di chiarezza e uniformità, con benefici effetti per i giudici di merito e, di riflesso, per i cittadini. Sia gli uni che gli altri, infatti, sono stati, nell'ultimo decennio, alle prese con i frequenti e repentini *revirement* della Suprema Corte che determinavano uno sconvolgimento delle posizioni delle parti nei giudizi in corso. L'idea di poter contare, per un periodo non breve, sull'affermazione di un principio di diritto per la soluzione di questioni così complesse, come quelle affrontate nelle sentenze qui in esame, consentirà, infatti, di svolgere il processo nei gradi di merito con una visione d'insieme più chiara.

Entrando, poi, nel merito dei principi affermati, essi mi sembrano - con qualche rara eccezione - del tutto condivisibili.

In particolare, mi pare rilevante il definitivo inquadramento degli oneri probatori in relazione al nesso causale. Se tale puntuale ed articolata ricostruzione fosse stata elaborata qualche anno addietro ci saremmo, forse, risparmiati il succedersi di riforme più o meno discutibili in tema di responsabilità sanitaria. Una corretta applicazione degli oneri probatori in ordine al nesso di causalità è, a mio parere, idonea a riportare equilibrio tra le posizioni delle parti (paziente-sanitario) assai più di quanto non faccia la modifica del titolo di responsabilità da contrattuale ad extracontrattuale. L'inquadramento della responsabilità del sanitario nell'ambito della responsabilità aquiliana – fortemente voluta e pensata dal legislatore al fine dichiarato di alleggerire la posizione del sanitario- perde gran parte della sua rilevanza nella nuova giurisprudenza della Suprema Corte. Se, infatti, il paziente deve provare sia il danno che il nesso causale tra questo

e la condotta e ciò tanto che agisca in via contrattuale quanto in via extracontrattuale, l'unica differenza che residua tra le due azioni – oltre al regime della prescrizione - è quella della imputazione soggettiva, essendo la colpa presunta nella sola ipotesi di responsabilità *ex contractu*. In pratica, tuttavia, la prova della corrispondenza della condotta ai parametri della diligenza professionale e della evitabilità dell'evento viene demandata in larga misura al consulente d'ufficio afferendo a valutazioni squisitamente tecniche.

Anche la differenza nel regime della prescrizione risulta sfumare, tenuto conto che in materia di responsabilità professionale il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione viene spostato, come ormai pacifico in giurisprudenza, al momento in cui il danneggiato, con la diligenza dell'uomo medio, possa avvedersi sia dell'esistenza del pregiudizio che della sua derivazione causale da un fatto colposo o doloso di terzi.

Il chiarimento offerto dalla Corte in ordine agli oneri probatori nelle cause di responsabilità medica sarà, dunque, di grande aiuto nelle controversie assoggettate al regime differenziato di responsabilità della struttura e del sanitario.

2. Rassegna delle pronunce

a) Cassazione 11 novembre 2019 n. 28985: il consenso informato **e**

la liquidazione del danno da violazione dell'obbligo informativo.

La Suprema Corte con la sentenza n. 28985 affronta la questione dell'obbligo informativo gravante sulla struttura e sul sanitario e delle conseguenze risarcitorie possibili in ipotesi della sua violazione.

In primo luogo viene chiarito che le norme eurounitarie e internazionali (Carta di Nizza e Convenzione di Oviedo) che prevedono la necessità del preventivo consenso informato, si sono limitate a recepire ciò che era già, sin dalla fine degli anni '60, considerato un dovere informativo oggetto dell'obbligazione assunta dal medico nei confronti del paziente. Da oltre 40 anni, infatti, la giurisprudenza (cfr. Cass. civ. sez. III, 6 dicembre 1968, n. 3906) è pacifica nel ritenere che la manifestazione del consenso alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto all'autodeterminazione del paziente che, liberamente e consapevolmente, sceglie di sottoporsi a trattamenti farmacologici, diagnostici o terapeutici

anche invasivi. Tale diritto è autonomo e distinto dal diritto alla salute, seppur ad esso strettamente connesso.

Al diritto del paziente di essere informato, corrisponde il dovere del medico di fornire dettagliate e chiare informazioni sulla natura, portata ed estensione del trattamento terapeutico, dei suoi rischi, dei benefici conseguibili e dei possibili effetti indesiderati. L'insorgenza dell'obbligo a carico del sanitario prescinde, peraltro, dalla sussunzione del rapporto medico-paziente nello schema contrattuale o dell'illecito extracontrattuale atteso che trova titolo "nella qualificazione illecita della condotta omissiva o reticente in quanto violativa di un diritto fondamentale della persona e dunque da ritenere *contra jus*". Irrilevante risulta, dunque, sul punto il mutamento legislativo in ordine alla natura della responsabilità medica tentato nel 2012 dalla Legge Balduzzi ed operato nel 2017 dalla Legge Gelli-Bianco.

Quanto alle conseguenze della violazione di tale dovere, la Suprema Corte distingue l'ipotesi in cui il paziente domandi il risarcimento del solo "danno biologico" da quella in cui viene dedotta anche la lesione del diritto all'autodeterminazione.

Nel primo caso, al fine di stabilire se l'omissione informativa si è inserita nella serie causale che ha determinato il pregiudizio alla salute, occorre accertare quale sarebbe stata la scelta compiuta dal paziente se correttamente informato: se il paziente, qualora fosse stato compiutamente informato dei rischi prevedibili derivanti dal trattamento, avrebbe comunque prestato senza riserve il consenso a quel tipo di intervento, l'inadempimento dell'obbligo informativo viene ad esaurirsi in una fattispecie autonoma priva di conseguenze dannose. In assenza di altre specifiche tipologie di danni-conseguenza allegati e dimostrati dal danneggiato, all'accertamento della omissione informativa non consegue alcun (ulteriore) obbligo risarcitorio. Se il paziente, debitamente informato, avrebbe, invece, rifiutato di sottoporsi al trattamento sanitario, l'effetto negativo per la salute scaturente dalla inesatta esecuzione della prestazione (danno biologico) viene a costituire danno-conseguenza riferibile "*ab origine*" alla violazione - derivante dall'inadempimento dell'obbligo informativo - del diritto di scelta contraria del paziente. La condotta omissiva si inserisce e dà origine, quindi, alla serie causale, in cui, anche l'atto lesivo della salute, concorre alla produzione del danno-conseguenza (danno biologico).

Infine, nell'ipotesi in cui sia provato che il paziente avrebbe prestato il consenso a condizioni diverse occorrerà allegare e provare quali "ulteriori" pregiudizi (danni-conseguenza) abbia subito (rispetto al "danno biologico" derivato dall'inesatta esecuzione della prestazione terapeutica), per non essere stato posto in grado di effettuare tale opzione temporale. Qualora si tratti di pregiudizi di natura non patrimoniale, condizione di risarcibilità di tale tipo di danno sarà l'obbiettivo superamento della soglia della serietà/gravità.

La Suprema Corte enuclea, dunque, cinque situazioni possibili quale risultato dell'inadempimento dell'obbligo informativo gravante sul medico:

A) omessa 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 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 - andrà valutata in relazione alla eventuale situazione "differenziale" tra il maggiore danno biologico conseguente all'intervento e preesistente stato patologico invalidante del soggetto;

D) omessa informazione in relazione ad un intervento che non abbia cagionato un danno alla salute, a cui il paziente 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 abbia 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 all'autodeterminazione, costituzionalmente tutelato, sarà risarcibile qualora il paziente alleghi 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 la possibilità di provata contestazione della controparte".

Restano fuori dall'elencazione della Corte le ipotesi di omessa informazione in relazione ad un intervento che non ha cagionato un danno alla salute a cui, tuttavia, il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi se correttamente informato, ad esempio, della sua inutilità.

Risulta, inoltre, difficile cogliere le differenze in termini di conseguenze risarcitorie tra l'ipotesi C (in cui il danno alla salute viene cagionato da una condotta non colposa del medico) dall'ipotesi B (in cui il danno viene cagionato da una condotta colposa del medico). Sembrerebbe, infatti, che in entrambi i casi si risarcisca sia la lesione del diritto alla autodeterminazione che il danno alla salute, non essendo chiaro il riferimento - in relazione alla sola ipotesi di condotta non colposa- ad un danno alla salute differenziale, atteso che anche nell'ipotesi di condotta colposa si risarcisce il danno alla salute in termini di differenziale tra danno biologico conseguente all'intervento e stato patologico ante intervento, quantomeno nel caso di lesioni concorrenti (sulle quali vedi oltre il commento alla sentenza n. 28986). Parrebbe più logico, invece, in caso di condotta non colposa, parlare di danno alla salute differenziale tenendo conto, quale termine di valutazione, dell'evoluzione che la patologia di base avrebbe avuto laddove il paziente non si fosse sottoposto all'intervento esercitando così il suo inalienabile diritto all'autodeterminazione.

b) Cassazione 11 novembre 2019 n. 28986: la valutazione del danno biologico, menomazioni concorrenti e coesistenti, accertamento e liquidazione

La sentenza, partendo da una approfondita disamina delle dibattute e complesse questioni relative all'accertamento del nesso causale e del concorso nella produzione dell'evento dannoso tra cause umane e naturali, affronta e risolve la problematica dell'accertamento e della liquidazione del danno biologico in presenza di lesioni preesistenti, tenendo presente la necessità, da un lato, di evitare di porre a carico del responsabile conseguenze dannose a lui non imputabili, e, dall'altro, di rispettare il criterio della progressività del danno, secondo il quale a lesioni doppie debbono corrispondere risarcimenti più che doppi.

In primo luogo, infatti, la Corte riafferma la validità della distinzione tra causalità materiale e giuridica ritenendo che (a) sia contraria al dettato normativo l'affermazione secondo cui, nel concorso tra fatto umano e fatto naturale, l'aliquota di danno imputabile all'uno e all'altro andrebbe stabilita dal giudice "in via equitativa", dal momento che il giudizio equitativo concerne la liquidazione del danno (art. 1226 c.c.), non l'accertamento delle sue cause; (b) l'accertamento del nesso di causa non può che avere per esito l'accertamento della sua sussistenza o della sua insussistenza, sicché è inconcepibile un suo "frazionamento"; (c) l'infrazionabilità del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento di danno è confermata indirettamente dall'art. 1227 c.c. che, prevedendo la riduzione della responsabilità nel solo caso di concorso causale fornito dalla vittima, implicitamente esclude la frazionabilità del nesso nel caso di concorso di cause naturali con la condotta del responsabile. Deve dunque ribadirsi che il nesso di causalità materiale, in quanto criterio oggettivo di imputazione della responsabilità serve per accertare se vi è responsabilità e a chi vada imputata, mentre il nesso di causalità giuridica consente, una volta accertata la responsabilità, l'individuazione delle conseguenze dannose dell'evento risarcibili. Tale distinzione -come si vedrà- viene ribadita anche in altre delle dieci "sentenze di san Martino" in quanto posta dalla Corte a fondamento anche delle decisioni in tema di ripartizione degli oneri probatori nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria.

Quanto alla causalità materiale, la Corte ribadisce che il suo accertamento va compiuto in base all'art. 41 c.p., il quale pone una

alternativa ineludibile: o la causa naturale è tale da escludere il nesso di causa tra condotta ed evento, ed allora la domanda sarà rigettata; o la causa naturale ha rivestito una efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, ed allora la responsabilità dell'evento sarà per intero ascritta all'autore della condotta illecita. Resta, invece, esclusa la possibilità di qualsiasi riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore incidenza dell'apporto causale del danneggiante, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile.

Tali considerazioni erano state già svolte dal relatore di questa sentenza in una pronuncia di poco precedente a quella in esame (Cass. 28811/19 rel. Rossetti) in cui si affermava che: a) l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno esige l'accertamento di due nessi causali: quello di "causalità materiale" tra condotta e lesione; e quello di "causalità giuridica" tra lesione e conseguenze dannose; b) l'accertamento della causalità materiale è disciplinato dagli artt. 40 e 41 c.p., i quali dettano il principio di equivalenza delle cause; c) il principio di equivalenza delle cause ha per corollario che nel caso di concorso tra causa umana imputabile e causa naturale, l'unica comparazione e graduazione possibile consiste nello stabilire che la causa umana abbia fornito un contributo causale superiore allo 0%. Superata tale soglia, l'autore della condotta illecita risponderà del danno per l'intero, senza alcuna riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore gravità dell'apporto causale del danneggiante rispetto alla causa naturale, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile

L'accertamento del nesso di causalità giuridica ha, argomenta la Corte, una funzione ben diversa ossia quella di delimitare l'area del danno risarcibile. Spetterà al giudice, dopo avere accertato la causalità materiale e la colpa dell'offensore, stabilire quali, tra le teoricamente infinite conseguenze dannose provocate dall'evento di danno (la lesione del diritto) costituiscano conseguenza "immediata e diretta" di quello, e quali no, comparando le condizioni del danneggiato precedenti l'illecito, quelle

successive all'evento imputabile, e quelle che si sarebbero determinate a prescindere da questo.

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.

Sulla base di tale impostazione dogmatica la Corte passa, dunque, ad esaminare le modalità di accertamento e di liquidazione del danno biologico risarcibile in caso di preesistente invalidità biologica, chiarendo che tale preesistenza può porre all'interprete sia un problema di causalità materiale da risolvere, come detto, alla luce degli artt. 40 e 41 c.p. - se questa è una concausa della lesione (ad esempio: il responsabile infligge un lieve urto, altrimenti innocuo, a persona affetta da osteogenesi imperfetta o sindrome di Lobstein, provocandole gravi fratture)- che di causalità giuridica da risolvere ai sensi dell'art. 1223 c.c., - se la preesistente invalidità rappresenta una concausa di menomazione (ad esempio: il responsabile provoca l'amputazione della mano destra a chi aveva già perduto l'uso della sinistra). Se, dunque, la preesistenza ha concausato la lesione, di essa non dovrà tenersi conto né nella liquidazione del danno né tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente trattandosi di concausa naturale dell'evento di danno.

Allo stesso modo non dovrà tenersi conto ai fini risarcitori della preesistenza di menomazioni quando questa non solo non abbia concausato la lesione ma non abbia nemmeno aggravato né sia stata aggravata dalla menomazione sopravvenuta. Si parla in tal caso di menomazioni "coesistenti".

Dovrà, invece, tenersi conto della preesistenza, ai fini della valutazione del danno risarcibile, laddove in forza di un giudizio controfattuale col metodo c.d. della "prognosi postuma" si pervenga alla conclusione che i postumi siano stati resi più gravosi, in termini di forzose rinunce consequenziali, dalla patologia preesistente. Si parla in questo caso di menomazioni concorrenti.

In tale ultimo caso occorre affrontare, da un lato, la questione dei criteri di accertamento del danno - per stabilire se delle preesistenze si debba tenere conto nella determinazione del grado percentuale d'invalidità permanente- e, dall'altro, la questione della individuazione di una regola

giuridica che consenta di accertare i soli pregiudizi causalmente imputabili al responsabile.

Quanto al primo quesito la Corte afferma a chiare lettere che le preesistenze non devono incidere nella determinazione del grado di percentuale di invalidità permanente, il quale va determinato dal consulente tecnico sempre e comunque in base all'invalidità concreta e complessiva riscontrata *in corpore*, senza innalzamenti o riduzioni, non trovando alcun fondamento giuridico l'opinione di chi ritiene che delle "preesistenze concorrenti" debba tenersi conto variando, attraverso calcoli e conteggi più o meno sofisticati, il grado di invalidità permanente obiettivamente accertato in corpore, e che al giudice non resti altro da fare che convertire in denaro tale percentuale.

Quanto alla seconda problematica la Corte, condivisibilmente, ritiene che delle patologie preesistenti si debba tener conto in sede di liquidazione del danno, monetizzando l'invalidità accertata e quella ipotizzabile in caso di assenza dell'illecito, e sottraendo l'una dall'altra entità. Occorre, dunque, stimare in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertirla in denaro, stimare, poi, in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertire anche questa in denaro ed infine sottrarre quest'ultimo importo dal primo.

c) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28987: **l'azione di rivalsa/regresso della struttura nei confronti degli esercenti la professione sanitaria**

La Suprema Corte con la sentenza in esame affronta la tematica delle azioni di rivalsa/surroga delle strutture nei confronti degli esercenti la professione sanitaria prendendo una posizione particolarmente rigorosa nei confronti delle strutture.

Innanzitutto si chiarisce la natura dell'azione di rivalsa, distinguendola da quella di regresso, e si precisa che - mentre l'azione di regresso presuppone la nascita di una obbligazione, avente il medesimo titolo, in capo ai condebitori solidali a seguito dell'integrale adempimento dell'obbligazione da parte di uno di essi- la rivalsa viene comunemente, sebbene non correttamente, ricondotta al presupposto di un'attribuzione ovvero ripartizione della responsabilità per inadempimento, imputata al

debitore e al suo ausiliario, in via solidale. Esula, poi, dall'analisi dell'istituto l'ipotesi in cui sia ravvisabile una responsabilità autonoma e indipendente della struttura rispetto alla condotta colpevole del sanitario.

Si sottolinea, infatti, l'erroneità della sovrapposizione di fattispecie radicalmente differenti: la responsabilità diretta per fatto proprio ex art. 1228 c.c., dell'ente impersonale (che si serve di ausiliari quale strumento di attuazione dell'obbligazione contrattuale verso il paziente) pur sempre fondata sull'elemento soggettivo dell'ausiliario, e la responsabilità indiretta per fatto altrui (concordemente ritenuta di tipo oggettivo) dell'imprenditore per i fatti dei propri dipendenti, disciplinata dall'art. 2049 c.c..

“Nel primo caso l'attività dell'ausiliario è incardinata nel programma obbligatorio originario che è diretto a realizzare, e per la cui realizzazione il debitore contrattuale si è necessariamente avvalso dell'incaricato, essendogli naturalisticamente preclusa, ipso facto, attesa la natura giuridica di ente, ogni possibilità di adempimento "diretto" (ciò che esclude altresì la configurabilità, nella specie, dell'istituto dell'adempimento dell'obbligo altrui, da parte del sanitario, ex art. 1180 c.c.); nel secondo caso la condotta pregiudizievole non si traduce propriamente nella mancata o inesatta esecuzione in un contenuto obbligatorio del committente verso un creditore, quanto piuttosto nello svolgimento di mansioni dannose per un terzo privo di una pregressa relazione qualificata con il debitore, ferma la naturalistica alterità dei soggetti imputabili dell'illecito (il preponente, il preposto): e proprio per ciò si richiede la preposizione e l'occasionalità necessaria (Cass., Sez. U., 16/05/2019, n. 13246) per la configurazione di una responsabilità (concordemente ritenuta oggettiva) del "dominus".

Nella responsabilità ex art. 2049 c.c. non essendo configurabile alcun apporto propriamente causale del preponente alla verifica del danno – atteso che, pur rispondendo il padrone ed il commesso per titoli distinti, uno solo di essi è l'autore del danno- ferma la corresponsabilità solidale nei confronti del danneggiato, il preponente responsabile per il fatto altrui, può agire in regresso contro l'effettivo autore del fatto per l'intero e non "pro quota".

Nell'art. 1228 c.c. la responsabilità di chi ha volontariamente incaricato l'ausiliario, e organizzato attraverso questo incarico l'esecuzione

della propria obbligazione per i fini negoziali perseguiti, è, invece, per fatto proprio, e non altrui.

Partendo, dunque, dall'assunto che il medico, sia esso dipendente o meno della struttura sanitaria, opera pur sempre nel contesto dei servizi resi dalla struttura presso cui svolge l'attività, non potendosi isolare la sua condotta negligente "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" e che "l'art. 1228 c.c., fonda 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", la Corte conclude affermando 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)". L'accertamento del fatto di inadempimento imputato al sanitario non fa venire meno, a giudizio della Corte, i presupposti né della responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. (posto che l'illecito dell'ausiliario è requisito costitutivo della responsabilità del debitore), né della responsabilità della stessa struttura ai sensi dell'art. 1218 c.c., spettando alla struttura l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, "onere che va tenuto fermo anche in relazione ai rapporti interni tra condebitori solidali proprio al fine di verificare se la presunzione *pro quota* paritaria possa dirsi superata" (Cass. 05/07/2017, n. 16488).

Ne consegue "l'imprevedibilità 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'insolvibilità del medico così convenuto dalla stessa; tale soluzione deve incontrare un limite laddove si manifesti un evidente iato tra (grave e straordinaria) "*malpractice*" e (fisiologica) attività economica dell'impresa, che si risolva in vera e propria interruzione del nesso causale tra condotta del debitore (in parola) e danno lamentato dal paziente; per ritenere superata la presunzione di divisione paritaria "*pro quota*" dell'obbligazione solidale evincibile, quale principio

generale, dagli artt. 1298 e 2055, cod. civ., non basta, pertanto, escludere la corresponsabilità della struttura sanitaria sulla base della considerazione che l'inadempimento fosse ascrivibile alla condotta del medico, ma occorre considerare il duplice titolo in ragione del quale la struttura risponde solidalmente del proprio operato, sicché sarà onere del "solvens" dimostrare non soltanto la colpa esclusiva del medico ma la derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del tutto dissonante rispetto al piano dell'ordinaria prestazione dei servizi di ospedalità, in un'ottica di ragionevole bilanciamento del peso delle rispettive responsabilità sul piano dei rapporti interni”.

In carenza di prova in ordine ad una negligenza del sanitario non solo grave ma anche “straordinaria”, quindi dovrà farsi applicazione della presunzione di pari responsabilità espresso sia dall'art. 1298, co. 2 che dall'art. 2055, co. 3 c.c.

La Corte, poi, conclude ribadendo che “nel regime anteriore alla L. n. 24 del 2017, la graduazione delle colpe può essere domandata anche in vista della rivalsa seppure non ancora esercitata”.

Il riferimento al regime anteriore alla Legge Gelli lascia aperta la questione, dibattuta in giurisprudenza, della esperibilità, nel nuovo regime normativo, dell'azione di rivalsa della struttura nei confronti del sanitario nello stesso giudizio in cui il danneggiato ha convenuto unicamente la struttura. L'art. 9 della L. n. 24/2017 introduce, infatti, talune regole processuali limitative del diritto di rivalsa. Il secondo comma della disposizione esclude, a parere di chi scrive, nell'ipotesi in cui l'azione sia introdotta solo verso la struttura, che la domanda possa essere formulata già nel giudizio in cui la struttura sia stata convenuta, mediante una chiamata di terzo. Se prima della riforma nulla precludeva alla struttura privata la possibilità di una chiamata in causa del medico, ritenuto corresponsabile in solido, al fine di sentirlo condannare (condizionatamente all'effettivo risarcimento) al regresso (o meglio rivalsa), la L. n. 24, per il caso di domanda risarcitoria formulata nei riguardi della sola struttura, sembra invece subordinare l'azione al rispetto di un iter procedimentale piuttosto rigoroso. A tale stregua la rivalsa postula allora: un titolo giudiziale (condanna anche provvisoriamente esecutiva) o stragiudiziale (una transazione) che condanni o accerti l'obbligo della struttura (e della sua compagnia assicurativa) al risarcimento e l'effettivo pagamento del risarcimento da parte dell'attore

in regresso (a seguito della condanna giudiziale ovvero all'esito dell'accordo transattivo). Viene, inoltre, introdotto un termine decadenziale breve per l'esercizio della rivalsa, da introdurre entro un anno dal pagamento del risarcimento.

Sorge, inoltre, il dubbio della completa sovrapposibilità, o meno, del concetto di colpa grave, individuata dalla Legge Gelli come presupposto e limite all'azione di rivalsa, e di "grave, ma anche straordinaria, soggettivamente imprevedibile e oggettivamente improbabile *malpractice*".

d) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28988: la liquidazione del danno non patrimoniale da colpa sanitaria e la personalizzazione. Danno alla capacità lavorativa generica

La Cassazione, con la sentenza in esame, ribadisce ancora una volta i principi affermati dalla nota sentenza cd "decalogo" (Cass. civ., n. 7513/2018) e poi ripetuti con motivazione pressoché identica nelle successive decisioni del 2018 e 2019, ossia che: in presenza di 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.

Viene chiarito e ribadito che solo le conseguenze assolutamente *extra ordinem*, patite dal singolo danneggiato nel caso specifico, a causa delle peculiarità del caso concreto, fanno sorgere un'esigenza di "personalizzazione" poiché 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) sono già considerate nel valore del danno biologico nella sua componente dinamico- relazionale essendo "pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente".

Discorso a parte va, invece, svolto in relazione al cd. danno morale, oggetto della successiva sentenza n. 28989. La Corte ha, infatti, già ripetutamente sottolineato come non costituisca 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).

Mi preme peraltro evidenziare come la Corte nella sentenza in esame affronti anche, seppur marginalmente, la questione della risarcibilità autonoma del danno alla capacità lavorativa generica affermando, in maniera abbastanza categorica che esso rientra nell'alveo di quello biologico.

La Corte, infatti, chiarisce che “tale pregiudizio non attiene alla produzione del reddito, ma si sostanzia, in quanto modo di essere del soggetto, in una menomazione all'efficienza psicofisica (Cass. n. 1816 del 25 agosto 2014) e il danno va valutato unitariamente, in termini di cenesesi lavorativa”. E sottolinea come la nozione di incapacità lavorativa generica, elaborata quando l'unico danno risarcibile era quello patrimoniale, ha perso utilità una volta emersa la nozione di danno biologico.

Se tale affermazione venisse confermata, magari con motivazione più approfondita sul punto si potrebbe, finalmente, dichiarare chiuso il filone giurisprudenziale che ha affermato la risarcibilità del danno alla capacità lavorativa generica come danno patrimoniale aggiuntivo rispetto a quello alla capacità lavorativa specifica derivante dalla perdita della “possibilità di attendere (anche) ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali dell'infortunato, idonei alla produzione di fonti di reddito” (così Cassazione n. 12211 del 2015 che afferma che al danneggiato vanno risarciti “non solo i danni patrimoniali subiti in ragione della derivata incapacità di continuare ad esercitare l'attività lavorativa prestata all'epoca del verificarsi del medesimo (danni da incapacità lavorativa specifica) ma anche gli eventuali danni patrimoniali ulteriori, derivanti dalla perdita o dalla riduzione della capacità lavorativa generica, allorquando il grado di invalidità affettante il danneggiato non consenta al medesimo la possibilità di attendere (anche) ad altri lavori, confacenti alle attitudini e condizioni personali ed ambientali dell'infortunato, idonei alla produzione di fonti di reddito”.

e) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28989: **danno da perdita del rapporto parentale e duplicazione risarcitoria. Danno tanatologico. Danno terminale**

Anche la pronuncia in oggetto richiama orientamenti già espressi nel recente passato in tema sia di oneri probatori che di accertamento e liquidazione del danno patito dai congiunti di persona deceduta per fatto altrui.

In relazione al primo punto la Corte ribadisce il principio distributivo dell'onere della prova tra azienda sanitaria e paziente, ulteriormente elaborato anche dalle sentenze coeve n. 28991 e 28992, in forza del quale, 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.

Tale tematica verrà più approfonditamente esaminata in sede di esame delle citate sentenze che la affrontano specificamente.

Per quanto, invece, attiene al danno da morte del congiunto si afferma che la congiunta attribuzione di un generico danno morale 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”. Ed allo stesso modo “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 ne costituisce una componente intrinseca”.

Se tale principio risulta del tutto chiaro e condivisibile, non si comprende, invece, l'affermazione successiva della Corte secondo la quale “spetterà al giudice il compito di procedere alla verifica, sulla base delle evidenze probatorie complessivamente acquisite, dell'eventuale

sussistenza di uno solo, o di entrambi, i profili di danno non patrimoniale in precedenza descritti”. Se, infatti, il danno da perdita del rapporto parentale comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca, come può darsi l'eventualità che ricorra l'uno e non l'altro? Probabilmente alla luce dei principi espressi altrove dai giudici della Corte l'affermazione va intesa nel senso che mentre una componente “*standard*” del danno esistenziale è intrinseca al danno da perdita parentale, rimane possibile che il danneggiato provi che “lo sconvolgimento dell'esistenza” in concreto patito sia “*extra ordinem*”. Si pensi ad esempio al caso in cui l'attore lamenti che in conseguenza della morte del congiunto abbia dovuto trasferirsi o cambiare o abbandonare l'attività lavorativa precedentemente svolta.

Per quanto attiene, poi, ai criteri che secondo la Suprema Corte devono orientare i giudici nella liquidazione del danno unitariamente inteso mi sembra si faccia un chiaro richiamo alle Tabelle in uso presso il Tribunale di Roma. La Corte, infatti, afferma che nella liquidazione del danno occorre tener conto “in via presuntiva, della gravità del danno in rapporto alla sopravvivenza di altri congiunti o, al contrario, al venir meno dell'intero nucleo familiare del danneggiato; ovvero, ancora, dell'effettiva convivenza o meno del congiunto colpito con il danneggiato o, infine, di ogni altra evenienza o circostanza della vita (come, ad es., l'età delle parti del rapporto parentale) che il prudente apprezzamento del giudice di merito sarà in grado di cogliere”. Le tabelle del Tribunale di Roma (ormai dal 2007 e con alcuni correttivi apportati nel 2009) prevedono per l'appunto un sistema a punti basato su cinque fattori di influenza del risarcimento vale a dire: 1) il rapporto di parentela esistente tra la vittima ed il congiunto avente diritto al risarcimento, potendosi presumere che il danno sia maggiore quanto più stretto il rapporto. 2) l'età del congiunto: il danno è tanto maggiore quanto minore è l'età del congiunto superstite; 3) l'età della vittima: anche in questo caso è ragionevole ritenere che il danno sia inversamente proporzionale all'età della vittima, in considerazione del progressivo avvicinarsi al naturale termine del ciclo della vita; 4) la convivenza tra la vittima ed il congiunto superstite, dovendosi presumere che il danno sarà tanto maggiore quanto più costante e assidua è stata la frequentazione tra la vittima ed il superstite; 5) presenza all'interno del nucleo familiare di altri conviventi o di altri familiari non conviventi (fino al 2° grado di parentela) presumendosi maggiore il danno derivante dalla

perdita se il congiunto superstite rimane solo, privo di quell'assistenza morale e materiale che gli derivano dal convivere con un'altra persona. Sull'importo finale possono essere, poi, applicati dei correttivi per adeguare ulteriormente il risarcimento alla fattispecie concreta in esame.

Per quanto attiene al cd. danno terminale la sentenza, ribadita la non risarcibilità ex se del danno non patrimoniale da perdita della vita, conferma l'orientamento ormai venuto consolidandosi secondo il quale “nel caso in cui tra la lesione e la morte si interponga un apprezzabile lasso di tempo, (di recente individuato da Cass. n. 18056 del 05/07/2019 in almeno 24 ore tale essendo la durata minima, per convenzione legale, ai fini dell' apprezzabilità dell'invalidità temporanea) 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".

Sul punto, pur dovendo prendere atto del consolidarsi di tale orientamento, va rilevata la difficoltà in concreto di un apprezzamento e valutazione del danno biologico terminale “*stricto sensu*” e la non divisibilità della affermata irrilevanza della percezione del danneggiato del pregiudizio subito.

La Corte, peraltro, ha in altre recentissime decisioni (Cass. n. 18056 del 05/07/2019) evidenziato che “il danno alla salute che può patire la vittima di lesioni personali, la quale sopravviva *quodam tempore* e poi deceda a causa della gravità delle lesioni, dal punto di vista medico-legale può consistere solo in una invalidità temporanea, mai in una invalidità permanente” poiché “il danno biologico non consiste nella mera lesione dell'integrità psicofisica, ma presuppone che tale lesione abbia compromesso l'esplicazione piena ed ottimale delle attività realizzatrici

dell'individuo nel suo ambiente di vita, sicché una concreta perdita o riduzione di tali potenzialità può concretizzarsi soltanto nell'eventualità della prosecuzione della vita, in condizioni menomate, per un apprezzabile periodo di tempo successivamente alle lesioni. Conseguente che, in difetto di una apprezzabile protrazione della vita successivamente alle lesioni, pur risultando lesa l'integrità fisica del soggetto offeso, non è configurabile un danno biologico risarcibile, in assenza di una perdita delle potenziali utilità connesse al bene salute suscettiva di essere valutata in termini economici" e che quindi "nel caso di morte causata da lesioni personali, e sopravvenuta a distanza di tempo da queste, un danno biologico permanente è inconcepibile".

Tenuto conto dei principi espressi altrove deve, dunque, concludersi nel senso che in caso di decesso che segua dopo un apprezzabile lasso di tempo dalle lesioni ciò che viene risarcito è l'invalidità temporanea che consiste "nella forzata rinuncia, durante il periodo di malattia, alle ordinarie attività non spiacevoli cui la vittima si sarebbe altrimenti dedicata, se fosse rimasta sana".

Se, dunque, non stiamo risarcendo la lesione dell'integrità fisica ma la forzata rinuncia alle attività ordinarie non è necessario che di tale rinuncia il danneggiato abbia la percezione e che, dunque, sia lucido e cosciente?

f) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28990: retroattività della Legge "Balduzzi" e della Legge "Gelli-Bianco" in tema di adozione delle tabelle di legge ex artt. 138 e 139 cod. assic.

Nella sesta pronuncia dell'11 novembre, la Corte affronta il tema della applicabilità temporale della Legge "Balduzzi" e della Legge "Gelli" nella parte in cui dispongono, anche in materia di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria, l'adozione delle tabelle di legge ex artt. 138 e 139 cod.assic. per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale.

Innanzitutto la Corte chiarisce che né l'art. 3 co. 3 della legge Balduzzi né il successivo art. 7 co. 4 della Legge Gelli modificano con efficacia retroattiva gli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile e che in ogni caso "non si verte in tema di successione di leggi che regolano difformemente il medesimo fenomeno, poichè la eventuale discrasia applicativa "*quoad effecta*" corre non tra diverse disposizioni di legge, bensì tra una (nuova) disposizione normativa

ed una prassi giurisprudenziale finalizzata all'esercizio uniforme della discrezionalità nel giudizio di equità (come tale priva, ipso facto, di forza di legge).

Ciò premesso, la Corte afferma che le norme su richiamate “trovano 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. Né 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, né ha inciso sulla esistenza e sulla conformazione del diritto al risarcimento del danno insorto a seguito del perfezionamento della fattispecie".

La Corte ha, così, risolto il dubbio sorto nella giurisprudenza di merito sul punto. Rimane, invece, dubbia la questione della applicabilità temporale e delle concrete modalità applicative del medesimo art. 7, co. 3, nella parte in cui prevede che il giudice “nella determinazione del risarcimento, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5”. La norma, infatti, impone al giudice di valutare, anche in sede di quantificazione del risarcimento, la diligenza professionale del medico nell'adempimento dell'obbligazione sotto forma di osservanza delle Linee Guida. Qui non si tratta più solo di “determinazione del valore monetario” del danno, come nell'applicazione delle Tabelle previste dal Codice delle Assicurazioni Private, ma di attribuire una rilevanza alla condotta sotto il profilo dei danni in concreto

risarcibili. La Corte, tuttavia, non si pronuncia sul punto nonostante i dubbi interpretativi manifestati dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito sin dalla sua introduzione ad opera della Legge Balduzzi.

g) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28991 e Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28992: i criteri di accertamento del nesso di causalità e gli oneri probatori

La Suprema Corte nelle due sentenze in oggetto affronta in maniera organica il tema dell'accertamento e degli oneri probatori in ordine al nesso di causalità chiarendo, in primo luogo, che “la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione”.

“La causalità attiene, infatti, al collegamento naturalistico fra fatti accertato 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'inadempimento 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.)”.

Si precisa ancora che la peculiarità della responsabilità contrattuale, rispetto a quella aquiliana, “risiede nella premessa della relazionalità, da cui la responsabilità consegue alla violazione di un rapporto obbligatorio” nel senso che non richiede la qualifica dell'ingiustizia perché è la fonte contrattuale dell'obbligazione che conferisce rilevanza giuridica all'interesse regolato.

Nello schema classico dell'obbligazione di dare o di fare, peraltro, la causalità materiale viene assorbita nell'inadempimento il che implica che il creditore resti onerato della sola prova della causalità giuridica, quale

delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.), mentre l'inadempimento, nel quale è assorbita la causalità materiale, deve essere solo allegato dal creditore. Non c'è quindi un onere di specifica allegazione (e tanto meno di prova) della causalità materiale perché allegare l'inadempimento significa allegare anche nesso di causalità e danno evento.

Nelle obbligazioni di “*facere*” professionale, invece, l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore e, dunque, causalità ed imputazione per inadempimento tornano a distinguersi anche sul piano funzionale “perché il danno evento consta non della lesione dell'interesse alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione, ma della lesione dell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato”. In quest'ottica l'inadempimento “coincide con la lesione dell'interesse strumentale, ma non significa necessariamente lesione dell'interesse presupposto, e dunque allegare l'inadempimento non significa allegare anche il danno evento il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle *leges artis* ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento”. In tal caso, la Corte afferma, “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), 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.

“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)".

Su tali premesse la Corte, dunque, conferma l'orientamento venutosi consolidando negli ultimi anni 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 impossibile 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.

h) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28993: il danno da perdita di chance

La sentenza in argomento ribadendo i principi già di recente affermati da Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018 n. 5641 intende disegnare "lo statuto" della perdita di chance e definirne i contorni, cercando di fugare i dubbi sorti in dottrina e nella giurisprudenza di merito.

La pronuncia in esame si sviluppa su alcuni snodi fondamentali. In primo luogo si esamina la genesi del concetto di "chance", che nasce come danno patrimoniale e da questo si espande anche in campo non patrimonialistico, perdendo nel passaggio alcune caratteristiche rilevanti. La Suprema Corte, infatti, mette in luce la diversità morfologica tra la chance pretensiva (tipica del modello patrimonialistico) e quella non pretensiva (che si può riscontrare nella responsabilità sanitaria) in cui

“l'apparire del sanitario sulla scena della vicenda patologica lamentata dal paziente coincide sincronicamente con la creazione di una chance, prima ancora che con la sua (eventuale) cancellazione colpevole, e si innesta su di una preesistente situazione "non favorevole" (una situazione, cioè, patologica) rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un quid inteso come "un progresso positivo", e positivamente identificabile ex ante”. Tale diversità si ripercuote anche in sede di liquidazione atteso che mentre in sede di accertamento del valore di una chance patrimoniale sarà possibile, nella maggior parte dei casi, fare riferimento a criteri oggettivi, per la liquidazione di un danno da perdita di chance a carattere non patrimoniale, dovrà inevitabilmente farsi ricorso ad una valutazione equitativa posto che “il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo”.

La Corte, poi, precisa che “la risarcibilità della perdita di chance non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno (come erroneamente ipotizzato nella sentenza n. 21619 del 16 ottobre 2007 di questa stessa Corte), ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva”. In altre parole la connotazione della chance – intesa al pari di ogni altra conseguenza della condotta illecita, come evento di danno – in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale non esclude né elide la necessaria e preliminare indagine sul nesso causale tra la condotta e l'evento, da condursi come di consueto alla luce del criterio civilistico del “più probabile che non”.

“L'attività del giudice dovrà, pertanto, muovere dalla previa disamina della condotta (e della sua colpevolezza) e dall'accertamento della relazione causale tra tale condotta e l'evento di danno (la possibilità perduta, ovverossia il sacrificio della possibilità di conseguire un risultato migliore), senza che i concetti di probabilità causale e di possibilità (e cioè di incertezza) del risultato realizzabile possano legittimamente sovrapporsi, elidersi o fondersi insieme: la dimostrazione di una apprezzabile possibilità di giungere al risultato migliore sul piano dell'evento di danno non equivale, in altri termini, alla prova della probabilità che la condotta dell'agente abbia cagionato il danno da perdita di chance sul piano causale”.

Occorrerà quindi accertare se “è più probabile che non” che la condotta abbia privato il soggetto interessato della “possibilità” di conseguire un determinato risultato; se tale primo interrogativo incontri risposta negativa non vi sarà spazio per alcun risarcimento; ove, invece, provato il nesso causale secondo gli ordinari criteri civilistici della relazione tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta), risultino comprovate conseguenze pregiudizievoli (quali ripercussioni nella sfera non patrimoniale del paziente) che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà e consistenza potrà darsi luogo al risarcimento di un danno da perdita di *chance*.

La Corte, poi, nel tentativo di ritagliare i confini del concetto di perdita di *chance* si sofferma su ciò che NON è danno da perdita di *chance*, ossia quei casi in cui impropriamente la dottrina e la giurisprudenza parlano di perdita di *chance* errando nell'identificazione stessa dell'istituto, riconducendovi fattispecie che non ne possiedono i caratteri.

Ciò accade, secondo i giudici di legittimità, in primo luogo nell'ipotesi in cui risulti provato che la condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata, in base all'accertamento compiuto dal CTU. In tal caso, infatti, l'evento di danno è certo ed è costituito dalla perdita anticipata della vita e dalla sua peggior qualità.

La Suprema Corte esclude, ancora, che si possa legittimamente parlare di danno da perdita di *chance* laddove la condotta colpevole del sanitario abbia unicamente determinato una diversa e peggiore qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l'aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l'evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), conseguente alla lesione del diritto di autodeterminazione, purché allegato e provato.

A parere della Corte, dunque, l'unica ipotesi in cui può legittimamente discorrersi di *chance* perduta ricorre laddove la condotta colpevole del sanitario abbia avuto, come conseguenza, “un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita

e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo”. Tale possibilità sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta se - provato il nesso causale, secondo gli ordinari criteri civilistici tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) - risultino comprovate conseguenze pregiudizievoli (ripercussioni sulla sfera non patrimoniale del paziente) che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza.

Sul punto, pur apprezzando l'intento chiarificatore della decisione in esame e condividendo le conclusioni della Corte nella parte in cui definisce ciò che *chance* non è, permangono, a mio parere, dubbi su quello che secondo la Corte può definirsi *chance* risarcibile e sulle modalità di accertamento e liquidazione di tale danno. Si fa, infatti, fatica a comprendere come si possa ritenere raggiunta la prova che la possibilità sia stata perduta per fatto del responsabile se le conclusioni del CTU sono espresse “in termini di insanabile incertezza”.

Dalla lettura della motivazione parrebbe doversi ritenere che il nesso di causalità dovrà ritenersi sussistente “a meno che non vi fossero fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l'evento (quale il sopravvenire di altra patologia determinante di per sé sola dell'*exitus* o di altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato)” e salvo “i casi di incertezza sul rapporto di derivazione eziologica tra la condotta stessa e l'evento, pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta - ad esempio, nell'ipotesi di cd. multifattorialità dell'evento intesa come un concorso di cause la cui disamina si risolva, nelle conclusioni del CTU, in termini di insanabile incertezza causale rispetto all'evento.

In altri termini sembrerebbe che, nel caso di un'astratta possibilità di sopravvivere, la perdita di tale possibilità debba dirsi causata dalla condotta colposa a meno che non sia possibile individuare una spiegazione alternativa. Non mi pare che possa dirsi “scongiurato il rischio di confondere il grado di incertezza della *chance* perduta con il grado di incertezza sul nesso causale” sulla base di tali precisazioni.

Altrettanto confuso risulta il richiamo ai caratteri della “apprezzabilità, serietà, consistenza” che la *chance* deve rivestire per potersi dire risarcibile, in assenza dei criteri in base ai quali svolgere tale

valutazione. Anche in ordine ai criteri che dovrebbero sovrintendere alla liquidazione equitativa di tale danno l'incertezza rimane notevole.

Inoltre, quanto alla ipotesi di "perdita anticipata della vita" mi pare sussista una contraddizione tra queste conclusioni e parte della giurisprudenza di legittimità che ritiene – a mio parere condivisibilmente – che "anticipare la morte di una persona già destinata a morire perché afflitta da una patologia, costituisce pur sempre una condotta legata da nesso di causalità rispetto all'evento morte, ed obbliga chi l'ha tenuta al risarcimento del danno" (Cass. n. 20996 del 27/11/2012).

Si è altresì sottolineato che "Del bene della vita l'elemento tempo costituisce una componente essenziale, con la conseguenza che ogni fatto imputabile che ne determini l'anticipata cessazione, influenzando un fattore patogenetico già esistente e costituente la causa clinica del decesso, non può considerarsi mera occasione, ma concausa, rompendo quell'equilibrio precario nella salute del soggetto, che, per quanto con prognosi infausta per il futuro, si era generato. In siffatte fattispecie, quindi, il nesso di causalità va esaminato, secondo i principi della regolarità causale, non solo fra fatto ed evento letale, ma anche tra fatto e accelerazione dell'evento morte" (Cass. n. 5962 del 10/05/2000). Solo laddove la patologia renda altamente probabile che l'evento morte si verifichi entro un lasso di tempo breve, può parlarsi di danno da perdita anticipata della vita come qualcosa di distinto del danno da morte e concretizzantesi nel risarcimento degli "anni di vita perduta". Il fatto che in giurisprudenza si parli di "possibilità di una maggiore sopravvivenza" è dato dall'ovvio rilievo che la durata della vita di ciascuno può solo essere valutata a livello probabilistico e ciò ancor più in presenza di gravi patologie. Ciò posto al di fuori della responsabilità medica nessuno dubiterebbe che accelerare il momento del decesso vuol dire cagionare la morte e che dunque sia questo l'evento di danno e non la perdita anticipata della vita.

i) Cass. civ., 11 novembre 2019 n. 28994: **non retroattività delle norme sostanziali contenute nella Legge n. 189/2012 (art. 3, comma 1) e nella Legge n.24/2017 (art. 7)**

In questa sentenza la Suprema Corte precisa che le norme sostanziali contenute nella legge n. 189/2012, al pari di quelle di cui alla legge n. 24/2017, 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 del codice delle assicurazioni private in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi.

In primo luogo la Corte ribadisce che, secondo la lettura già data in precedenza (Cass. n. 08940 del 17/04/2014) della L. n. 189 del 2012, l'art. 3, comma 1 si limita ad escludere la rilevanza della colpa lieve in sede penale ma non configura la responsabilità del sanitario quale extracontrattuale.

In secondo luogo evidenzia che “la L. n. 24 del 2017 ha operato in via immediata e diretta la qualificazione giuridica dei rapporti inerenti ai titoli di responsabilità civile riguardanti la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria, per un verso (quello concernente la struttura) recuperando l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza consolidatasi nel tempo, per altro verso (quello del sanitario operante nell'ambito della struttura, salvo l'ipotesi residuale dell'obbligazione assunta contrattualmente da quest'ultimo), discostandosi nettamente dal "diritto vivente", che, a far data dal 1999 (Cass. n. 589/1999), aveva qualificato come di natura contrattuale la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, facendo leva sulla teorica del cd. "contatto sociale”.

Considerato, tuttavia, che il legislatore ha compiuto questa operazione qualificatoria in base alle disposizioni del codice civile, non è possibile parlare di successione di leggi nel tempo in senso tecnico. Va, peraltro, escluso che possa parlarsi di rapporto successorio tra l'interpretazione consolidata della Corte di cassazione in materia e la nuova disciplina della L. 24/2017, essendo pacifico che “il valore e la forza del "diritto vivente", quand'anche proveniente dal giudice di vertice del plesso giurisdizionale, è meramente dichiarativo e non si colloca sullo stesso piano della cogenza che esprime la fonte legale alla quale il giudice è soggetto”. Il fenomeno che, nel caso in esame, si è verificato è, dunque, quello della qualificazione, da parte del legislatore, di una classe di fatti e della loro sussunzione in una fattispecie legale, già presente nell'ordinamento.

Occorre, peraltro, chiarire che “il legislatore può intervenire nella qualificazione stessa di un rapporto giuridico, ma soltanto se tale esito non metta in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceva in ragione del suo carattere

fenomenologico, ovvero dei beni che esso abbia ad oggetto”. Nel caso di specie se è vero che anche in forza del titolo di responsabilità ex art. 2043 c.c., il diritto alla salute riceverebbe ugualmente la tutela imposta dall'art. 32 Cost., è anche vero che la retroattività della nuova normativa va esclusa sulla base del rilievo che “un siffatto intervento legislativo verrebbe ad interferire comunque con il potere ordinariamente riservato al giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, venendo così 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 riparto dell'onere di prova e sulla prescrizione - applicate in base al "diritto vivente": ciò che esclude la legittimità della sussunzione dei fatti costituenti responsabilità civile del sanitario in termini di responsabilità extracontrattuale in epoca anteriore al primo gennaio 2013 ed al primo aprile 2017”.