

LE STAGIONI DELLA RESPONSABILITA' MEDICA

INTRODUZIONE - I RAPPORTI CON LA MEDICINA LEGALE

*Migliore è, in sé, l'elemento non soggetto a emozioni rispetto a quello cui le emozioni sono connaturate. Ora, la legge non ha emozioni, che invece necessariamente si riscontrano in ogni anima umana. Ma forse qualcuno potrebbe osservare che di fronte a questo inconveniente c'è la possibilità di decidere meglio caso per caso. (Aristotele, *Politica* III, 15, 1286 a 17-212)*

*Lotte dannose e miserevoli attizzano e nutriscono coloro che non hanno mai capito il vincolo stretto e indissolubile che lega la Medicina con la Legge, coloro i quali, impettoruti, credono di poter giudicare le azioni umane restando chiusi nel tempio di Temi o in quello di Igea ... (A. Filippi, *Introduzione al manuale di medicina legale*, 1889)*

*I rapporti tra la scienza giuridica e medica si svolgono in un'atmosfera di crescente incomprensione, in una atmosfera di vera e propria guerra fredda. Uno dei compiti fondamentali della medicina legale è proprio quello di contribuire a por fine a questa guerra (F. Stella, *Le incomprensioni fra scienza giuridica e scienza medico-legale: un percorso da evitare*, in *Riv. It. med. leg.* I, 1979).*

Cesare Gerin, fin dal 1952, aveva proposto di introdurre il concetto di "validità" psico-fisica, sovrapponibile al concetto di incolumità individuale di derivazione penale, cui riconoscere un valore convenzionale ed uniforme, indipendente da eventuali attività lavorative.

*

La promulgazione della legge Gelli: (venerdì 17 marzo 2017)

L'entrata in vigore: il 1 aprile

1) LA STORIA

1792-1750 a.c.: il codice di Hammourabi, agli artt. 215-225, stabiliva che, se un medico operava maldestramente con un coltello di bronzo, cagionando la morte del paziente, sarebbe stato sottoposto al taglio della mano.

Il diritto persiano: «*In Persia si presentarono una volta ad un medico straniero cinque ammalati di oftalmia e lo richiesero delle sue cure, promettendogli un largo compenso se egli li guariva, ma richiedendo ciascuno da lui la promessa che egli si sarebbe lasciato tagliare una mano, se per caso l'operazione andava a male. Stretto il patto, la cura del medico fu tale che i cinque infelici rimasero tutti accecati. Recatisi dal giudice, questi (non dissimile in ciò dal magistrato inglese che, secoli dopo, avrebbe assolto un marito di tre mogli perché la legge puniva la sola bigamia) considerò che le vittime erano cinque e le mani due e quindi assolse il medico, imponendogli però di ritornare presso la sua tribù, nemica ai Persiani, e di esercitarvi la medicina - cosa che, secondo quel giudice, avrebbe nociuto ai nemici più dei reggimenti persiani».*¹

Le linee guida: Il primo ordinamento ad attribuire efficacia alle cc.dd. *guide lines* e alle cc.dd. *best practices* era stato l'Egitto, ove coloro che esercitavano la medicina sarebbero andati esenti da responsabilità, quale che fosse stato l'esito della cura, se si fossero attenuti alle prescrizioni di un codice compilato dai sacerdoti e basato sui dati dell'esperienza.

¹ C. LESSONA, *Giurisprudenza animalesca*, 1908. Il patto dà conto, peraltro, della diversità di contenuto tra l'interesse del singolo destinatario delle cure e l'interesse superindividuale alla sicurezza ed affidabilità delle stesse. Il contratto tra i cinque pazienti e il medico integra un *negozio complesso* in cui sono ravvisabili due patti distinti: vi è, anzitutto, un *contratto d'opera professionale* (artt. 1176, secondo comma, c.c.; 2236 c.c.), da cui derivano l'obbligazione dell'oculista di eseguire la prestazione curativa e l'obbligazione dei cinque pazienti di pagare il «largo compenso». Rispetto al normale contratto d'opera professionale vi è però una peculiarità di non poco momento: il medico non si obbliga semplicemente ad eseguire la prestazione con diligenza (sia pure quella diligenza scrupolosa e superiore alla media che deriva dall'assunzione a modello della figura del regolato e accorto professionista, ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c.¹) ma assicura il *risultato* della guarigione, poiché il pagamento del compenso è subordinato al raggiungimento di tale obiettivo. L'obbligazione assunta contrattualmente dall'oculista dinanzi ai pazienti persiani è quindi un'*obbligazione di risultato*, ciò che sposta pericolosamente il tipo negoziale dal contratto di prestazione professionale all'*appalto di servizio* (art.1655 c.c.). Al *contratto di prestazione professionale-appalto di servizio* accede dunque una *clausola penale* con cui viene convenuta la prestazione dovuta a titolo di risarcimento in caso di inesatto adempimento dell'obbligazione di risultato assunta. La pronuncia del giudice, resa in difetto di domanda ed oltre i limiti di quella che le parti avevano proposto, pretermette l'interesse privato per soddisfare l'interesse pubblico: nessun risarcimento avranno gli accecati attraverso quella forma di afflizione che avevano escogitato per il medico inadempiente; invece l'interesse superindividuale alla sicurezza ed affidabilità delle cure riceverà una tutela persino doppia, non solo in negativo, con la preclusione al maldestro oculista di continuare ad esercitare la professione in terra persiana, ma anche in positivo, con l'imposizione di prestare le sue cure insicure e inaffidabili in una terra abitata da una tribù ostile ai persiani, così cumulando il benessere di questi con il pregiudizio dei loro nemici.

Il consenso informato: *Essendoci ammalati liberi e ammalati schiavi, gli schiavi curano gli schiavi, e nessuno di tali medici da ascolto, fanno come un tiranno superbo e tosto si scostano e si dirigono ad un altro schiavo ammalato rendendo così meno faticosa al padrone la cura dei suoi ammalati. Il libero invece cura le malattie degli uomini liberi e le studia, le tiene fin dal principio sotto osservazione dando informazioni allo stesso ammalato e agli amici, e insieme egli impara qualcosa dagli ammalati e, per quanto possibile, ammaestra l'ammalato stesso. Non prescrive nulla prima di aver persuaso per qualche via il paziente, e allora si prova a condurlo alla perfetta guarigione sempre preparando, docile all'opera sua, con il convincimento, il paziente (PLATONE, Leggi, IV, 720).*

La sicurezza delle cure: In Grecia (molto in anticipo rispetto all'art. 1 della l. n. 24 del 2017) la sicurezza delle cure era perseguita non solo (e non tanto) nell'interesse dell'individuo ma anche (e principalmente) nell'interesse della collettività: infatti, secondo Senofonte, i giovani medici, prima di stabilirsi sul territorio ateniese, dovevano sostenere un esame pubblico, spiegando i loro processi terapeutici e indicando il nome del loro maestro; inoltre, delle morti che potessero attribuirsi alla loro negligenza, essi erano chiamati a rispondere verso lo Stato.

La responsabilità extracontrattuale: A Roma, contro il medico imprudente, ignorante o imperito poteva essere invocata la *lex Aquilia*, quando la sua mancanza fosse stata resa evidente dalla morte o dalla mutilazione dello schiavo, vittima di una operazione mal fatta o di una medicina ordinata poco a proposito.

I danni non patrimoniali: La prima legislazione a considerare anche i danni subiti dai congiunti della vittima sembra sia stata quella Visigota, pur non nitidamente avvertendo la distinzione – peraltro neppure oggi chiarissima, alla luce della giurisprudenza sul punto – tra danni cc.dd. *riflessi* (e cioè i danni che, sia pure quale riflesso dell'illecito subito dalla vittima, coincidono con la lesione di posizioni soggettive proprie del congiunto, che viene quindi a vantare una pretesa risarcitoria *iure proprio*) e danni derivanti dalla lesione di posizioni soggettive della vittima, la cui pretesa risarcitoria viene trasmessa in via ereditaria al congiunto, che poteva farla valere *iure successionis*. L'ordinamento visigoto prendeva in considerazione la fattispecie del salasso, per stabilire che il medico avrebbe dovuto pagare cento soldi d'oro se, a seguito di tale pratica, avesse debilitato un uomo; se invece lo avesse ucciso, sarebbe dovuto essere consegnato ai parenti, che ne avrebbero potuto fare ciò che avessero voluto. Il risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.) era previsto nel

caso in cui, con il salasso, fosse stato ucciso o debilitato uno schiavo: in entrambi i casi il medico avrebbe dovuto fornire al padrone uno schiavo sostitutivo.

Le sanzioni civili e penali: Nel diritto intermedio, a seguito dell'emanazione della raccolta di leggi feudali attribuite a Goffredo di Buglione e denominata Assise di Gerusalemme, erano previste sanzioni patrimoniali (indennizzo o risarcimento) per il caso in cui la vittima delle cattive cure fosse stato un servo: precisamente, se il servo era morto, il medico doveva indennizzare il padrone e, inoltre, considerato l'interesse pubblico alla sicurezza delle cure, doveva anche abbandonare la città in cui si era mostrato così poco esperto; se il servo era solo storpiato, il medico doveva prenderlo a suo servizio e pagarne il prezzo al padrone; se non poteva pagare tutto il prezzo, doveva lasciarlo al padrone che andava però compensato del deprezzamento subito. Per l'ipotesi in cui la vittima fosse un uomo libero, il medico incorreva invece in sanzioni pubblicistiche di natura penale: la storpiatura del malato era punita col taglio della mano destra; in caso di morte, il medico era condannato alla pena capitale, la cui esecuzione era preceduta da una marcia della vergogna per le vie della città; il risarcimento era una *sanzione accessoria* perché alla condanna seguiva la confisca dei beni in favore della famiglia del leso. Il principio dette luogo al primo illustre caso di *medicina difensiva* allorché un re di Gerusalemme domandò invano un purgante a medici greci e siriaci, per poi riuscire ad ottenerlo soltanto da medici latini e soltanto dopo aver loro promesso che, qualunque fosse stato il risultato, essi non sarebbero stati perseguiti².

La perdita di chance: il giurista olandese Hugo Grotio (*De iure belli ac pacis*, 1608, II, 17,15) sembra apparentemente ancorato al diritto romano, identificando il danno con il solo danno patrimoniale, ma, occupandosi della seduzione con promessa di matrimonio, ritiene viceversa dovuto alla fanciulla sedotta un risarcimento per la diminuita probabilità di matrimonio, prevedendo addirittura l'obbligo di matrimonio nel caso che, sfruttando la promessa, il seduttore avesse posseduto la fanciulla (*Qui virginem imminuit vi, aut fraude, tenetur ei rependere quanti minoris ipsi valet spes nuptiarum: imo et ducere tenetur si ea promissione corporis usuram impetravit*) - rimedio, quest'ultimo, non dissimile dal matrimonio riparatore che l'art. 544 del codice penale prevedeva sino a non molti anni addietro come causa di estinzione dei reati contro la libertà sessuale (e che non è altro se non una sorta di risarcimento in forma specifica del danno morale).

² C. LESSONA, *Tribunali e medici*, 182-184.

Il danno morale: Samuel Pufendorf (1632-1694) sarà il primo autore che analizza il danno morale nella accezione destinata poi a divenire classica, commisurando il risarcimento *alla somma per la quale il danneggiato sarebbe stato disposto a sopportare il dolore che gli è stato cagionato*, così estrapolando per la prima volta il relativo concetto dall'area della pena privata, eredità ormai obsoleta della tradizione romanistica.

*

Cass. Napoli 1871: la condanna del medico venne subordinata *alla prova dell'animo deliberato del malaffare*

Cass. Firenze 26.7.1915; non fu ritenuto risarcibile il danno consistente nella perdita di un membro del corpo umano *se non si dimostri quale diminuzione patrimoniale certa ne sia per conseguire*

Cass. 22.12.1925: *la presunzione di capacità deriva dalla laurea e la condanna è subordinata alla sola trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina*

Cass. 21.3.1941: la responsabilità del medico nasce soltanto *da un errore grossolano*

Trib. Lecce 18.7.1919: l'errore non è che il disgraziato fardello della scienza medica

2) LA “VALANGA” DELLE INNOVAZIONI GIURISPRUDENZIALI³

Cass. 972/1966: l'applicabilità degli art. 2050-2051 all'infezione nosocomiale⁴

Cass. 3906/1968: il dovere informativo oggetto dell'obbligazione del medico

Corte cost. 166/1973: l'interpretazione dell'art. 2236 c.c.

C. 6141/1978: la colpa e la *res ipsa loquitur*⁵

³ Come icasticamente definite da G. Comandè.

⁴ Sopravvenuta un'infezione tetanica all'intervento chirurgico, il giudice di merito aveva omesso di esaminare che, pur esclusa la responsabilità contrattuale della struttura, un'analogha presunzione di responsabilità ed inversione dell'onere della prova potesse configurarsi in relazione all'applicabilità degli artt. 2050-2051 c.c.: *“La breccia nel muro della responsabilità soggettiva era stata aperta”* (Princigalli, *“La responsabilità del medico”*)

Cass. 977/1991: lo svuotamento della speciale difficoltà e della colpa grave

Cass. 589/1999: il contatto sociale

Cass. S.U. 13533/2001: la prova dell'inadempimento contrattuale

Cass. 8827-8828-C.Cost. 233/2003: danni non patrimoniali e diritti fondamentali

Cass. 11316/2003: la vicinanza della prova

Cass. 9471/2004: la responsabilità "paraoggettiva" del sanitario

Cass. 4400/2004 e 7195/2014: la perdita di chance e il nesso causale⁶

Cass. 11488/2004: la prova della colpa grave

Cass. 14488/2004: il contratto ad effetti protettivi verso i terzi

Cass. 8826/2007: l'inalterazione della situazione pregressa

C. 21619/2007: le "regole" della causalità

Cass. S.U. 577/2008: inadempimento qualificato e prova del nesso causale

C. Cost. 438/2008: il diritto fondamentale all'autodeterminazione⁷

Cass. 10741/2009 e 16754/2012: la nascita malformata (**contra S.U. 25767/2015**)

Cass. 5444/2006, 2847/2010, 7195/2014: il consenso informato

Cass. 1361/2014: il danno tanatologico (**contra S.U. 15353/2015**)

3) LA LEGGE BALDUZZI

⁵ Un giudice inglese (nel caso *Byrne-Bradley del 1863*) coniò l'espressione per aggirare la questione della colpa sul perché un barile di granaglie fosse volato da un magazzino sul capo di un malcapitato passante, ferendolo.

⁶ In Inghilterra, nel 1868, si verificò un caso di applicazione del criterio causale oscillante tra la perdita di *chance* e la *condicio sine qua non*: il ferimento di un cavallo da parte del maniscalco comportò la sua condanna a risarcire il danno derivato dal mancato matrimonio del proprietario con una ricca ereditiera che, a causa del ritardo dello sposo, ne aveva scelto un altro.

⁷ Il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, con funzione *di sintesi di due diritti fondamentali* della persona, quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

L'art. 3 (in questi casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2943 c.c.): problemi interpretativi (Cass. 4030/2013 e 8940/2014): extracontrattualità, retroattività, linee guida, colpa lieve.

4) LA LEGGE GELLI - PRINCIPI GENERALI⁸

- a) La sicurezza delle cure (Art. 1)⁹
- b) La prevenzione del rischio (Art. 1)¹⁰
- c) La “canalizzazione” del risarcimento verso la struttura sanitaria
- d) La secretazione degli audit (Art. 16 – Art. 1 comma 539 L. 4.8.2017)

5) LA LEGGE GELLI - NORME SOSTANZIALI

- a) La rilevanza delle linee guida (art. 5)
- b) La responsabilità penale (art. 6): l'imperizia (Cass. 16237/2013) - l'evoluzione post-2013 (Cerracchio-2015, De Negri-2016: *abolitio criminis* parziale) - Cass. 28197/2017 e Cass. ss. uu. 8770/2017 sull'interpretazione (abrogativa?) dell'art. 6 e sulla legge più favorevole – Il problema del criterio causale da applicare a seguito di rinvio al giudice civile: Cass. 25918/2019 e Cass. S.U. penali 22065/2021 25918
- c) La responsabilità civile (art. 7)
 - la responsabilità contrattuale della struttura¹¹

⁸ Si è detto che la Gelli-Bianco abbia rappresentato l'affermazione della supremazia della legge sul diritto giurisprudenziale. Di rivincita del diritto legale su quello giurisprudenziale, a proposito della finzione di personalità, discorreva già TODESCAN, *Diritto e realtà, storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979.

⁹ Corte cost. 248/2011 e 235/2014: la rilevanza del dato economico.

¹⁰ JAMES REASON, la “teoria dei buchi” e l'errore inevitabile.

¹¹ Cass. ss. uu. 9556/2002 riconobbe ufficialmente il cd. “contratto di speditività”, come confermato da Cass. s.u. 26972/2008, che discorre a sua volta di contratti di protezione, al pari di quelli degli istituti scolastici e di quelli di lavoro e di trasporto.

L'aspetto soggettivo della responsabilità della struttura (che opera attraverso il medico per “l'adempimento della propria obbligazione”) è costituito pur sempre (dal dolo o) dalla colpa, ma non in conseguenza della tradizionale quanto anacronistica attribuzione di una *culpa in vigilando o in eligendo* (la struttura risponde, difatti, anche nel caso di “medici scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa”, con dubbia estensione addirittura all'attività svolta *intra moenia*) ma perché direttamente derivante dall'elemento soggettivo dell'illecito riconducibile al medico, onde l'esclusione di qualsiasi carattere oggettivo di tale responsabilità, a differenza che nel caso di cui all'art. 2049 c.c., e salva l'ipotesi (come per le infezioni nosocomiali) di una

- la responsabilità extracontrattuale del medico¹²
- i danni (de)punitivi¹³
- le tabelle risarcitorie
- le disposizioni “norme imperative” ai sensi del codice civile¹⁴

6) LA LEGGE GELLI - NORME PROCESSUALI

- a) L’art. 696 bis e la mediazione (art. 8) – Danno punitivo?
- b) La rivalsa (art. 9)¹⁵
- c) L’azione di responsabilità amministrativa (il limite del triplo)
- d) Gli argomenti di prova (dal giudizio principale “se l’esercente la professione sanitaria ne è stato parte”)
- e) L’obbligo di assicurazione (art. 10 – la chiamata in giudizio del solo sanitario, che risponderà per colpa lieve – obbligo assicurativo *ex lege*, e non più solo *ex CCNS*, a carico della struttura – obbligo assicurativo del sanitario per colpa grave – decreti attuativi per i requisiti minimi delle polizze assicurative)

responsabilità organizzativa sua propria (questa si di natura sostanzialmente oggettiva, secondo le moderne impostazioni della responsabilità per rischio d’impresa, che impone il rispetto di un obbligo di sicurezza del servizio, come previsto dall’art. 1681 in tema di contratto di trasporto), che ricade sul direttore sanitario e sul direttore responsabile, indipendentemente dalla colpa del medico (che potrebbe non esserci). Sarebbe troppo gravoso per il paziente (oltre che contrario alla lettera della legge) dover provare, oltre alla colpa del sanitario, anche quella, distinta, della struttura che, secondo le regole contrattuali dell’inattuazione del programma negoziale, è tenuta al risarcimento salvo la prova liberatoria della causa non imputabile (ma, prima ancora, salvo la prova dell’assenza di colpa del sanitario).

¹² Il problema del medico che opera *intra moenia*, scelto dal paziente su base tipicamente fiduciaria, e della clinica privata che funge soltanto come appoggio del sanitario scelto contrattualmente dal paziente: Cass. 8826/2007 e Trib. Varese 1406/2012 escludono l’applicabilità dell’art. 1228, ritenendo il medico “cooperatore del creditore-paziente nell’adempimento”, e cioè un *adiectus solutionis causa*. Lo stesso consenso informato, che presuppone una relazione tra le parti, potrebbe dar luogo a perplessità, quanto al suo inquadramento nell’alveo dell’art. 2043 c.c.

¹³ Che tornano ***nell’azione di rivalsa amministrativa*** (art. 9 comma 2) sotto il diverso profilo degli aspetti organizzativi e delle particolari difficoltà ambientali.

¹⁴ Norme imperative che sono, peraltro, destinate a regolare ***i rapporti contrattuali*** (come si evince dall’art. 1418 c.c.), ma non anche la responsabilità aquiliana.

¹⁵ Al medico evocato in giudizio da solo spetterà, nei confronti della struttura, l’azione di indebito arricchimento, totale se prova l’assenza di colpa grave, e parziale se il risarcimento cui è stato condannato supera il limite legislativo.

- f) L'azione diretta (art. 12 – l'inopponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto assicurativo)
- g) La nomina dei consulenti (art. 15): medico legale ed uno o più specialisti – neutralizzazione del rischio del “perito-imperito” – esclusione dell'aumento del 40%

7) LA LEGGE GELLI - NORME FUNZIONALI

- a) Le clausole *claims made* (art. 11): Cass. 10506/2017 – S.U. 22437/2018)¹⁶
- b) L'obbligo di comunicazione (art. 13): entro 45 giorni tanto dell'instaurazione del giudizio, quanto dell'avvio di trattative stragiudiziali

8) LE QUESTIONI NON RISOLTE

- a) La qualificazione della colpa
- b) Il nesso di causa¹⁷, i rapporti con la colpa, il frazionamento della causalità
- c) La perdita di *chance*
- d) Il consenso informato (successivamente disciplinato dalla L. 219/18)
- e) Il danno risarcibile (risolta solo in parte)
- f) Il danno differenziale/incrementativo
- g) La retroattività delle norme sostanziali
- h) La rivalsa della struttura ante riforma

9) LA GIURISPRUDENZA POST-2017

Cass. 901 e 7513/2018; Cass. 2788/2019: il danno non patrimoniale

Cass. 5641/2018: la perdita di *chance*

Cass. 18392/2017: la prova del nesso causale

Cass. 7248/2018: il consenso informato

10) IL PROGETTO SANITA'

Cass. 28985/2019 – Consenso informato

¹⁶ La **denuncia** retroattiva, **la richiesta** postuma

¹⁷ Cass. 18392 e 8664/2017, Cass. 4792/2018, Trib. Roma 6668/2017; Cass. 15991/2011 sul frazionamento della causalità giuridica e non materiale (Cass. 975/2009)

Cass. 28986/2019 – Danno differenziale/incrementativo

Cass. 28987/2019 – Limiti alla rivalsa della struttura (S.U. 13246/2019)

Cass.28989/2019 – Danno non patrimoniale

Cass. 28990 – Retroattività delle tabelle sulle micro permanenti (L. 189/2012)

Cass. 28991/2019 – Prova del nesso causale (Cass. 15859/2019 sull' art. 622 c.p.p.)

Cass. 28992/2019 – Prova del nesso causale

Cass. 28993/2019 – Perdita di *chance*

Cass. 28994/2019 – Responsabilità (ancora) contrattuale del medico post L. 189/2012 - Irretroattività delle norme sostanziali della legge Balduzzi e Gelli – Applicabilità retroattiva delle tabelle.

11) PRONUNCE RECENTI

Cass. 15859/2019 – Nesso causale civ./pen. -art. 622 c.p.p. - SU pen. 11958/20

Cass. 11599(2020 – Infezioni nosocomiali¹⁸

Cass. 14258/2020 – Danni *iure proprio* – responsabilità extracontrattuale¹⁹

¹⁸ La responsabilità della struttura sanitaria per infezione nosocomiale non viene riconosciuta a titolo oggettivo, bensì applicando le ordinarie regole in tema di responsabilità contrattuale, sulla base di un ragionamento probabilistico fondato sulla regola del più probabile che non (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza d'appello che aveva rilevato una inadempienza qualificata nella condotta della struttura sanitaria nei confronti di una paziente che, non avendo alcuna infezione all'occhio prima del ricovero, ed avendo subito un bendaggio che rendeva la zona inaccessibile al contatto (sulla quale potevano intervenire soltanto i medici dell'ospedale) aveva contratto un'infezione da stafilococco faecalis ragionevolmente riconducibile ad una falla nel protocollo di sepsi, senza che avesse rilievo, in contrario la semplice produzione dei protocolli previsti dall'ospedale per le medicazioni post-operatorie).

¹⁹ In caso di suicidio del paziente, avvenuto mentre questi era ricoverato in una struttura ospedaliera, la domanda risarcitoria *iure proprio* degli stretti congiunti per la menomazione del rapporto parentale ha natura extracontrattuale senza che sia possibile richiamare la figura dei terzi protetti dal contratto, posto che, in tali casi, non è dato riscontrare gli indici normativi o di carattere costituzionale valevoli nel sottosistema dei danni da nascita indesiderata (nella specie, gli attori lamentavano che il paziente, con una lunga storia clinica di ricoveri anche in regime di Tso, era stato ricoverato per problematiche respiratorie nel reparto di medicina, senza che: a) fossero adottate debite precauzioni, e b) fosse loro permesso di prestare assistenza per la notte, nel corso della quale il congiunto si era lanciato da una finestra).

Cass. 25164/2020 – Personalizzazione danno biologico²⁰

Cass. 26300/2021 – Tabelle romane per danno parentale (già Cass. 10579/2021)²¹

²⁰ In tema di danno alla persona, premessa la diversa e non più discutibile ontologia del danno morale rispetto al danno biologico, in relazione al primo, attenendo esso ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo e può costituire anche l'unica fonte di convincimento del giudice, a questo fine rilevando pure le massime di esperienza che possono da sole essere sufficienti a fondare tale determinazione dell'organo giudicante. Pertanto, costituisce un corretto criterio logico-presuntivo funzionale all'accertamento del danno morale quale autonoma componente del danno alla salute quello fondato della massima di esperienza della corrispondenza, su di una base di proporzionalità diretta, della gravità della lesione rispetto all'insorgere di una sofferenza soggettiva: infatti, tanto più grave è la lesione della salute, tanto più il ragionamento inferenziale consente di presumere l'esistenza di un correlato danno morale inteso quale sofferenza interiore, morfologicamente diversa dall'aspetto dinamico relazionale conseguente alla lesione stessa.

Nel procedere alla liquidazione del danno alla salute, il giudice di merito, pertanto, dovrà:

- 1) accertare l'esistenza, nel singolo caso di specie, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale e del danno morale;
- 2) in caso di positivo accertamento dell'esistenza (anche) di quest'ultimo, determinare il *quantum* risarcitorio applicando integralmente le tabelle di Milano, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno, ma pervengono (non correttamente, per quanto si dirà nel successivo punto 3) all'indicazione di *un valore monetario complessivo* (costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno);
- 3) in caso di negativo accertamento, e di conseguente esclusione della componente morale del danno (accertamento da condurre caso per caso, secondo quanto si dirà nel corso dell'esame del quarto motivo di ricorso), **considerare la sola voce del danno biologico**, depurata dall'aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale;
- 4) in caso di positivo accertamento dei presupposti per la cd. personalizzazione del danno, procedere all'aumento fino al 30% **del valore del solo danno biologico**, depurato, analogamente a quanto indicato al precedente punto 3, dalla componente morale del danno automaticamente (ma erroneamente) inserita in tabella, giusta il disposto normativo di cui al già ricordato art. 138, punto 3, del novellato codice delle assicurazioni.

²¹ In tema di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella. (La S.C. ha ritenuto non applicabile, nella specie, l'enunciato principio sol perché risultava essersi formato il giudicato implicito sulla decisione dei

Cass. 26301/2021 – Danno parentale - perdita del frutto del concepimento²²

Cass. 41933/2021 – Danno da premorienza²³

26118/2021 – Danno biologico permanente e rischio latente²⁴

Cass. 7355/2022 – Criteri causali – Metodo atomistico/analitico²⁵

giudici di merito che, in difetto di doglianze delle parti al riguardo, avevano liquidato il danno da perdita del rapporto parentale applicando le tabelle milanesi, ma specificando espressamente che la tabella applicabile sarebbe stata quella di Roma, risultando quella milanese del tutto carente dei suindicati parametri di valutazione).

²² Il danno da perdita del feto coincide col danno da perdita del rapporto parentale, che rileva in maniera preponderante nella sua dimensione di sofferenza interiore patita sul piano morale soggettivo nel momento in cui la perdita è percepita nel proprio vissuto interiore, più ancora che in quella riflessa sui percorsi della vita quotidiana del soggetto che l'ha subita.

²³ Ove la vittima di un danno alla salute, conseguenza di un fatto illecito, sia deceduta prima della conclusione del relativo giudizio per cause non ricollegabili alla menomazione sofferta, l'ammontare del risarcimento spettante agli eredi va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato e non a quella statisticamente probabile. Il giudice di merito è tenuto, in particolare, a liquidare il danno secondo il criterio della proporzionalità, cioè assumendo come punto di partenza il risarcimento spettante, a parità di età e d'invalidità, ad un danneggiato che sia rimasto in vita fino al termine del giudizio, per poi diminuirne l'importo in proporzione agli anni di vita residua effettivamente vissuti (Nella specie, la S.C. ha ritenuto non conforme al criterio dell'equità l'applicazione delle tabelle milanesi sul danno da premorienza, in quanto basate sull'attribuzione, al danno biologico permanente, di un valore economico decrescente nel corso del tempo).

²⁴ In tema di liquidazione del danno alla persona, il cd. rischio latente - cioè, la possibilità che i postumi, per la loro gravità, provochino un nuovo e diverso pregiudizio consistente in una ulteriore invalidità o nella morte *ante tempus* - costituisce una lesione della salute del danneggiato da considerare nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente secondo le indicazioni della medicina legale, perché insito nei postumi a causa della loro natura o gravità. Ne consegue che, qualora il grado di invalidità sia determinato tenendo in conto detto rischio, il danno biologico va liquidato in relazione alla concreta minore speranza di vita del danneggiato e non della durata media della vita; se, invece, il rischio latente non è stato incluso nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente (o perché non contemplato dal *barème* utilizzato o per omissione del consulente), il giudice deve tenerlo in considerazione maggiorando la liquidazione in via equitativa, commisurata al divario - per una persona della medesima età della vittima - tra la vita attesa in base alla durata media nazionale della vita e la concreta speranza di vita residua all'infortunio nel caso concreto.

²⁵ Il nesso causale, in sede civile, è regolato, sul piano strutturale, dai principi della regolarità causale - integrati, se del caso, da quelli dell'aumento del rischio e dello scopo della norma violata - ferma restando, sul piano funzionale (*i. e.* della causalità specifica, ovvero della probabilità logica "combinata"), la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi al processo penale ove vige la regola dell'alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale.

Cass. 10050/2022 – Prova del nesso causale (Responsabilità contrattuale)²⁶

Sul piano funzionale, la verifica del nesso causale tra condotta omissiva e fatto dannoso si sostanzia nell'accertamento della probabilità, positiva o negativa, del conseguimento del risultato idoneo ad evitare il rischio specifico di danno, riconosciuta alla condotta omessa, da compiersi mediante un giudizio controfattuale che pone al posto dell'omissione il comportamento dovuto. Tale giudizio si conforma ad uno standard di certezza probabilistica che, in materia civile (come in quella penale), non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (cd. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza del *factum probandum* nell'ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, di esclusione di altri possibili e alternativi) disponibili nel caso concreto, sulla base della combinazione logica degli elementi fattuali disponibili in seno al processo (cd. probabilità logica o baconiana: Cass. s.u. 576 e 577/2008; Cass. n. 23197/2018).

Il primo criterio funzionale, che può essere correttamente definito come quello *della prevalenza relativa*, implica che, rispetto ad ogni enunciato, venga considerata l'eventualità che esso possa essere vero o falso, e che l'ipotesi positiva venga scelta come alternativa razionale quando è logicamente più probabile di altre ipotesi, in particolare di quella/e contraria/e, senza che la relativa valutazione risulti in alcun modo legata ad una concezione meramente statistico/quantitativa della probabilità, per essere viceversa scartata quando le prove disponibili le attribuiscono un grado di conferma "debole" (tale, cioè, da farla ritenere scarsamente credibile rispetto alle altre). In altri termini, il giudice deve scegliere l'ipotesi fattuale ritenendo "vero" l'enunciato che ha ricevuto il grado di maggior *conferma relativa*, sulla base della valutazione dapprima atomistica (in applicazione del metodo analitico), poi combinata (in attuazione della metodica olistica) degli elementi di prova disponibili e attendibili rispetto ad ogni altro enunciato, senza che rilevi il numero degli elementi di conferma dell'ipotesi prescelta, attesa l'impredicabilità di una aritmetica dei valori probatori.

Il secondo criterio, del *più probabile che non*, comporta che il giudice, in assenza di altri fatti positivi, scelga l'ipotesi fattuale che riceve un grado di conferma maggiormente probabile rispetto all'ipotesi negativa: in altri termini, il giudice deve scegliere l'ipotesi fattuale che abbia ricevuto una conferma probatoria *positiva*, ritenendo "vero" l'enunciato che ha ricevuto un grado di maggior *conferma relativa* dell'esistenza del nesso, sulla base delle prove disponibili, rispetto all'ipotesi negativa che tale nesso non sussista.

In entrambi i casi, il termine "probabilità" non viene riferito, per quanto si è andati sinora esponendo, al concetto di frequenza statistica, bensì al grado di conferma logica che la relazione tra *facta probata* ha ricevuto in seno al processo; la probabilità logica consente, pertanto, di accertare ragionevoli verità relative sulla base degli indizi allegati: permanendo l'incertezza, ed in assenza di una conferma positiva dell'esistenza del fatto da provare, il giudice dovrà necessariamente far ricorso alla disciplina legale del riparto dell'onere probatorio, rigettando la domanda (Cass. 18392/2017).

²⁶ Con precipuo riferimento alle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali - tra le quali si collocano quelle di responsabilità medica - la Corte ha da tempo chiarito che è onere del creditore-attore dimostrare, oltre alla fonte del suo credito (contratto o contatto sociale), l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del professionista è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno lamentato (Cass. 7 dicembre 2017, 29315;

Cass. 15 febbraio 2018, n. 3704; Cass. 20 agosto 2018, n. 20812), mentre è onere del debitore dimostrare, in alternativa all'esatto adempimento, l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. 23 ottobre 2018, n.26700; Cass. 24 maggio 2019, n. 14335; Cass. 29 ottobre 2019, n. 27606), dovendosi, in proposito, ulteriormente specificare che il concetto di "imprevedibilità" (lessicalmente esplicativo di una soggettività comportamentale che rientra nell'area della colpa) va più rettamente inteso nel senso oggettivo della non imputabilità, come testualmente disposto dall'art. 1218 c.c., volta che la non prevedibilità dell'evento (i.e. l'assenza di negligenza, imprudenza e imperizia nella condotta dell'agente) rientra nella valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, al fine di escluderlo, al di là e a prescindere dalla configurabilità di una relazione causale tra condotta ed evento di danno.

Nelle fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali è configurabile un evento di danno, e cioè la lesione dell'interesse finale perseguito dal creditore (la vittoria della causa nel contratto concluso con l'avvocato; la guarigione dalla malattia nel contratto concluso con il medico) distinto dalla lesione dell'interesse strumentale di cui all'art.1174 c.c. (l'interesse all'esecuzione della prestazione professionale secondo le *leges artis*) ed è dunque configurabile un nesso di causalità materiale, che invece si atteggia diversamente nelle altre obbligazioni contrattuali, ove l'evento lesivo coincide astrattamente con la lesione dell'interesse creditorio, restandone conseguentemente e resta dunque "assorbito" (mentre più corretta ne appare la ricostruzione, suggerita in dottrina, in termini di prova *prima facie*, volta che, in tutte le fattispecie di responsabilità contrattuale, la rilevanza della causalità materiale trova conferma *ex lege* nella norma di cui all'art. 1227, I comma c.c.) nell'inadempimento che rientra nel tema di prova di spettanza del creditore, mentre il debitore, ove il primo abbia assolto il proprio onere, resta gravato da quello "di dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione" (Cass.11 novembre 2019, n. 28991; Cass. 31 agosto 2020, n. 18102).

Pertanto, nell'ipotesi in cui il paziente faccia valere la responsabilità del medico e della struttura sanitaria per i danni derivatigli da un intervento che si assume svolto in spregio alle *leges artis*, l'attore è tenuto a provare, anche attraverso presunzioni, il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta del medico e l'evento dannoso, consistente nella lesione della salute e nelle altre lesioni ad essa connesse (nella specie, la perdita del concepito); è, invece, onere dei convenuti, ove il predetto nesso di causalità materiale sia stato dimostrato, provare o di avere eseguito la prestazione con la diligenza, la prudenza, la perizia richieste nel caso concreto, o che l'inadempimento (ovvero l'adempimento inesatto) è dipeso dall'impossibilità di eseguirla esattamente per causa ad essi non imputabile (Cass. 26 novembre 2020, n. 26907).