

Ricorrente ammesso al gratuito patrocinio
delib. Cons. ord. Avv. di ... del 14.12.2015



ORIGINALE

18549-2018 Oggetto

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

RESPONSABILITA'
MEDICA

R.G.N. 2107/2016

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Cron. 18549

- Dott. GIACOMO TRAVAGLINO - Presidente -
- Dott. FRANCESCA FIECCONI - Consigliere -
- Dott. MARCO DELL'UTRI - Consigliere -
- Dott. PAOLO PORRECA - Rel. Consigliere -
- Dott. STEFANO GIAIME GUIZZI - Consigliere -

Rep. /

Ud. 03/04/2018

PU

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 2107-2016 proposto da:

LISI ANTONIO, LISI ARCANGELO, MASTRONUZZI VITA MARIA,
considerati domiciliati ex lege in ROMA, presso la
CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentati
e difesi dall'avvocato

MARIA PASANISI giusta procura in calce al ricorso;

2018

- ricorrenti -

1033

contro

AZIENDA USL TA 1 , in persona del legale
rappresentante pro tempore Avv. STEFANO ROSSI,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CARLO

PASSAGLIA 14, presso lo studio dell'avvocato MAURIZIO COSTANZO, che la rappresenta e difende giusta procura in calce al controricorso;

- **controricorrente** -

nonchè contro

PONZETTA GABRIELLA, ITALIANA ASSICURAZIONI SPA , QBE INSURANCE EUROPE MILITED , SCWEGLER ASSOCIATED INTERNATIONAL LOSS ADJUSTER SRL, SOCIETA' COOPERATIVA PRISMA ARL , ALLIANZ SPA ;

- **intimati** -

avverso la sentenza n. 145/2015 della CORTE D'APPELLO SEZ.DIST. DI TARANTO, depositata il 31/03/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 03/04/2018 dal Consigliere Dott. PAOLO PORRECA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARMELO SGROI che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato MARIA CIARA PASANISI;

udito l'Avvocato MAURIZIO COSTANZO;



FATTI DI CAUSA

Antonio Lisi e Vita Maria Mastronuzzi, anche quali genitori esercenti la potestà del figlio minore Arcangelo Lisi, convenivano in giudizio, per quanto qui ancora rileva, Gabriella Ponzetta e la AUSL di Taranto, esponendo che il rappresentato, mentre si trovava ospite di una cooperativa, veniva spintonato da un compagno di giochi e, a seguito della caduta, riportava la frattura mediale del collo femorale sinistro, cui seguiva un intervento del servizio ospedaliero della struttura citata, il cui medico di turno era la convenuta, la quale diagnosticava un'algia post traumatica all'anca sinistra, prescrivendo una terapia antinfiammatoria ma non un trattamento in ospedale. Aggiungevano che il figlio, a causa dei forti dolori era costretto il giorno seguente al ricovero presso il locale nosocomio, dove gli era diagnosticata la frattura, trentotto ore dopo il fatto, costringendolo a una terapia chirurgica plurima, all'esito della quale la successiva diagnosi di osteonecrosi della testa femorale attestava le lesioni permanenti cagionate dall'errata diagnosi della Ponzetta e dal conseguente intempestivo ricovero. Chiedevano il ristoro dei correlati danni anche non patrimoniali.

Il tribunale, davanti al quale era convenuta anche la cooperativa Prisma coinvolta e si costituivano altresì le compagnie assicurative chiamate, rigettava la domanda ritenendo che il ricovero non era stato permesso nell'immediatezza dall'educatore cui il minore era in quella occasione affidato, e, in ogni caso, che non sussisteva il nesso causale tra il ritardo nell'intervento e l'insorgere della osteonecrosi della testa femorale sinistra.

La corte di appello, pronunciando sul gravame principale degli originari attori, lo respingeva, osservando che pur ammettendosi l'irrilevanza dell'opposizione al ricovero dell'educatore non risultò titolare di poteri rappresentativi e non emergendo una corretta informazione della dottoressa Ponzetta, non era stato provato il nesso causale con il dedotto ritardo, atteso che la perizia officiosa di prime cure aveva indicato che, nel caso di frattura sottocapitata del femore, il rischio di necrosi era molto elevato per l'interruzione della già scarsa vascolarizzazione.

Avverso questa decisione ricorrono per cassazione Antonio Lisi, Vita Maria Mastronuzzi e Arcangelo Lisi, nelle more divenuto maggiorenne, formulando tre motivi e depositando memoria.

Resiste con controricorso l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, mentre non hanno svolto difese gli altri intimati.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1228, 1176, cod. civ., poiché la corte di appello avrebbe errato nell'imputare l'onere della prova del nesso causale al danneggiato, laddove neppure la consulenza giudiziale aveva accertato eventuali concause naturali da sole sufficienti a determinare la necrosi della testa femorale.

Con il secondo motivo di ricorso si prospetta la violazione degli artt. 2700 e 2722, cod. civ., poiché la corte di appello avrebbe errato nel ritenere, in forza di prove orali peraltro inattendibili, che il ricovero, pur sollecitato dalla Ponzetta, fosse mancato per l'opposizione dell'educatore, in contrasto con il documento fidefacente costituito dalla scheda d'intervento del servizio ospedaliero giunto "in loco" al momento del fatto.

Con il terzo motivo di ricorso si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, deducendo che:

- a) la consulenza officiosa non aveva accertato la correttezza della condotta della Ponzetta, e aveva esaminato il nesso tra lesione ed evento o tutt'al più ritardo nell'intervento chirurgico, e non tra condotta ed evento;
- b) il consulente aveva proceduto secondo un errato criterio del "meno probabile che non", riferito alla probabilità che la necrosi si innestasse anche in presenza di fratture trattate, e non alla preponderanza probabilistica tra condotta ed evento;
- c) il consulente non aveva esaminato le deduzioni della consulenza di parte depositata, peraltro senza accordare la reiterata richiesta di chiarimenti;

- d) non era stato dato luogo, pertanto, al necessario accertamento sulla relazione eziologica tra condotta omissiva ed evento lesivo;
- e) erano state erroneamente valutate le risultanze peritali di parte che affermavano la correlazione causale tra necrosi e frattura, sulla premessa che l'osteonecrosi avascolare doveva considerarsi determinata dal ritardo in parola o dalla mancata consolidazione, tramite immobilizzazione, della frattura stessa;
- f) le conclusioni del perito di ufficio erano apodittiche sul punto;
- g) era vero che la stessa consulenza di parte aveva affermato l'alto rischio di necrosi in casi come quello di specie, ma non era stata esaminata, in chiave probabilistica o di perdita di "chance", la rilevanza concausale del ritardo ovvero del differimento dell'intervento di osteosintesi, fermo che il mancato accertamento di fatti astrattamente idonei a escludere il nesso causale non poteva che riverberare a carico del danneggiato;
- h) era stato quindi omesso l'esame sulla verosimiglianza, probabilità o anche solo possibilità che l'omissione descritta fosse stata causa dell'evento lesivo.

2. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Come chiarito da questa Corte di recente (Cass., 07/12/2017, n. 29315), la giurisprudenza di legittimità si è progressivamente attestata nel senso che in tema di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno.

Va innanzitutto chiarito che nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, così come in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile e il nesso di causa tra questa e il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti distinti, sicché la sussistenza della prima non comporta, di per sé, la dimostrazione del secondo e viceversa.

L'art. 1218, cod. civ., solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento. E infatti:

- la previsione dell'art. 1218 cod. civ. trova giustificazione nell'opportunità di far gravare sulla parte che si assume inadempiente, o non esattamente adempiente, l'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento, sulla base del criterio della maggiore vicinanza della prova, secondo cui essa va posta a carico della parte che più agevolmente può fornirla (Cass., Sez. U., 30/10/2001, n. 13533);
- tale maggiore vicinanza del debitore non sussiste in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale non ha dunque ragion d'essere l'inversione dell'onere prevista dall'art. 1218 cod. civ. e non può che valere, quindi, il principio generale espresso nell'art. 2697, cod. civ., che onera l'attore (sia il danneggiato in sede extracontrattuale che il creditore in sede contrattuale) della prova degli elementi costitutivi della propria pretesa;
- ciò vale, ovviamente, sia in riferimento al nesso causale materiale (attinente alla derivazione dell'evento lesivo dalla condotta illecita o inadempiente) che in relazione al nesso causale giuridico (ossia all'individuazione delle singole conseguenze pregiudizievoli dell'evento lesivo);
- trattandosi di elementi egualmente "distanti" da entrambe le parti (e anzi, quanto al secondo, maggiormente "vicini" al danneggiato), non c'è spazio per ipotizzare a carico dell'asserito danneggiante una "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa, a differenza di quanto accade per la prova dell'avvenuto adempimento o della correttezza della condotta;

- né può valere, in senso contrario, il fatto che l'art. 1218, cod. civ. faccia riferimento alla causa, laddove richiede al debitore di provare «che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»: infatti, come condivisibilmente affermato, di recente, da questa Corte (Cass. Cass., 26/07/2017, n. 18392), la causa in questione attiene alla «non imputabilità dell'impossibilità di adempiere», che si colloca nell'ambito delle cause estintive dell'obbligazione, costituenti «tema di prova della parte debitrice», e concerne un «ciclo causale» che è del tutto distinto da quello relativo all'evento dannoso conseguente all'adempimento mancato o inesatto.

Da quanto esposto deriva, come anticipato, che nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica è onere dell'attore, paziente danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento, onere che va assolto dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno, con la conseguenza che, se, al termine dell'istruttoria, non risulti provato il suddetto nesso tra condotta ed evento, la domanda dev'essere rigettata.

Questa conclusione non si pone in contrasto con quanto affermato sin da Cass., Sez. U., 11/01/2008, n. 577, secondo cui «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante». Questo principio venne infatti affermato a fronte di una situazione in cui l'inadempimento "qualificato", allegato dall'attore (ossia l'effettuazione di un'emotrasfusione) era tale da comportare di per sé, in

assenza di fattori alternativi "più probabili", nel caso singolo di specie, la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già, in questa chiave di analisi, quella del nesso causale, sicché non poteva che spettare al convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697, secondo comma, cod. civ., e non la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218, cod. civ.

2.1. Nella fattispecie qui in scrutinio, pertanto, la corte territoriale non ha violato alcuna delle norme indicate nel motivo qui scrutinato e fondato sulla tesi opposta.

Con riferimento a quanto indicato in appendice della censura, deve evidenziarsi che la corte di merito ha aderito alle conclusioni della consulenza officiosa di prime cure che ha esplicitamente escluso la sussistenza del nesso in parola, in relazione all'alto tasso probabilistico di tale complicità nell'ipotesi di frattura sottocapitata del femore, specie considerata l'età in crescita della vittima, sicché la conclusione è diametralmente opposta, oltre che corretta nella cornice ermeneutica sopra ricostruita, all'affermazione per cui non sarebbero state accertate «eventuali concause naturali da sole sufficienti a determinare l'evento lesivo» (pag. 7 del ricorso, terzo e quarto rigo).

3. Il terzo motivo di ricorso è in parte infondato, in parte inammissibile, con assorbimento del secondo.

In primo luogo deve premettersi che l'accertamento della natura colposa della condotta non ha logicamente rilevanza quando emerge quello della mancanza di nesso causale. Venendo meno l'elemento oggettivo, l'analisi della sussistenza di quello soggettivo resta logicamente assorbita.

Inoltre l'accertamento ha avuto correttamente ad oggetto il rapporto tra condotta e danno, e il ritardo non è altro che il primo effetto del ciclo causale che conduce dalla prima al secondo.

In secondo luogo va rilevato che la corte territoriale, aderendo alle conclusioni della consulenza d'ufficio, ha correttamente applicato il criterio del "più probabile che non" (e non solo possibilistico come si allude alla fine della

censura), atteso che ha escluso il riscontro di tale parametro tra condotta e danno, posto l'alto rischio di insorgenza della necrosi spiegato nel senso che l'epifisi femorale è zona poco vascolarizzata e alla frattura in questione si accompagna necessariamente l'interruzione della già ridotta vascolarizzazione (pag. 11, primo capoverso, della sentenza impugnata). La corte di merito, come in parte anticipato, ha evidenziato che anche la perizia di parte attrice aveva confermato l'elevatissimo rischio di complicanze nelle fratture del collo femorale nei giovani in accrescimento, anche adeguatamente trattate, rappresentate quasi esclusivamente dalla osteonecrosi avascolare, stimabile tra il 12 e l'86 per cento (stessa pagina della decisione). Sicché non poteva dirsi sussistente la preponderanza probabilistica rispetto al ritardo di poco più di un giorno nell'intervento di osteosintesi, cagionato dalla mancata prescrizione della dottoressa Ponzetta (pagg. 11-12 della sentenza). Si tratta di un rilievo al riguardo assorbente proprio perché formulato pure con riferimento all'adeguato trattamento.

Deve quindi evidenziarsi che non si è di fronte a una causa ignota delle lesioni, bensì a una ricostruzione eziologica che esclude la sussistenza della prova di una rilevanza concausale della condotta imputata al danneggiante.

In questo contesto non risulta alcun omesso esame dei fatti rilevanti nel senso normativo imputabile alla categoria del vizio dedotto.

Al riguardo va infatti precisato che alla fattispecie è applicabile la nuova previsione di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, introdotta dall'art. 54 del decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83, convertito dalla legge 7 agosto 2012 n. 134, che dev'essere interpretata come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione, sicché in cassazione è denunciabile - con ipotesi che si converte in violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. dando luogo a nullità della sentenza - solo l'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali. Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi

sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente"; nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili", ossia in manifeste e irresolubili contraddizioni, nonché nella "motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile"; esclusa qualunque rilevanza di semplici insufficienze o contraddittorietà, al di fuori delle quali il vizio di motivazione può essere dedotto solo per omesso esame di un "fatto storico", che abbia formato oggetto di discussione e che appaia "decisivo" ai fini di una diversa soluzione della controversia, fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass., Sez. U., 07/04/2014, n. 8053; Cass., 12/10/2017, n. 23940).

Al di fuori di tale perimetro residuano, come nel caso, solo inammissibili richieste di rilettura – per contrapposizione a quella contenuta nella decisione gravata – delle risultanze (ovvero della rilevanza delle richieste di rinnovazioni) istruttorie, in specie, nell'ipotesi qui in scrutinio, quelle peritali. Fermo restando, quanto a queste ultime, che non risultano compiutamente e dunque idoneamente trascritte le invocate deduzioni peritali di parte contrarie, con contestuale vizio di inammissibilità per carenza di autosufficienza e quindi specificità del motivo.

3.1. È opportuno precisare, stante il riferimento alla perdita di "chance", che anche il caso di danno da perdita della "chance" risponde all'accertamento del nesso di causalità secondo la regola "di funzione", cioè probatoria, del "più probabile che non", sicché, in questo caso, la ricorrenza del nesso in parola può affermarsi solo allorché il giudice accerti che quella possibilità si sarebbe verificata "più probabilmente che non" (in questo senso la nomofilachia è chiarita in Cass., 17/09/2013, n. 21255, specie alle pagg. 129-131, e Cass., 27/03/2014, n. 7195, specie alle pagg. 15-16).

In altri termini, l'inciso della censura, sul punto, mescolando peraltro inestricabilmente, e quindi inammissibilmente, al vizio motivazionale profili attinenti alla corretta applicazione del regime normativo causale (Cass., 20/09/2013, n. 21611; Cass., Sez. U., 06/05/2015, n. 9100), allude a un

tema, quella della perdita di "chance", confuso con quello del nesso causale, che soggiace al medesimo regime anche rispetto al pregiudizio consistente nella perdita in parola.

4. Spese secondo soccombenza.

Non si applica la disposizione di cui all'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, stante la risultante ammissione al patrocinio a spese dello Stato (cfr., ad esempio, Cass., 22/03/2017, n. 7368).

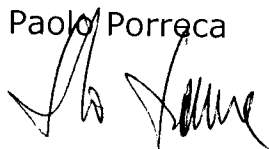
P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese processuali dell'Azienda Sanitaria intimata liquidate in euro 4.700,00, oltre a euro 200,00 per esborsi, oltre al 15 per cento per spese forfettarie oltre accessori legali.

Così deciso in Roma il giorno 3 aprile 2018.

Il consigliere estensore

Dott. Paolo Porreca

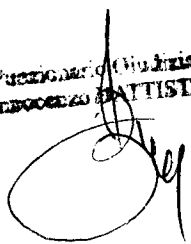


Il Presidente

Dott. Giacomo Travaglini



Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
3 LUG. 2018
Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA

