

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente
Dott. RUBINO Lina - Consigliere
Dott. GRAZIOSI Chiara - Consigliere
Dott. VINCENTI Enzo - Consigliere - Rel.
Dott. CRICENTI Giuseppe - Consigliere
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 1090/2023 R.G. proposto da:

A.A.; B.B. e C.C., entrambi in proprio e quali esercenti la responsabilità genitoriale sui figli minori D.D. e E.E., nonché la seconda anche quale amministratore di sostegno di F.F., rappresentati e difesi dagli avvocati ... con domicilio digitale ai rispettivi indirizzi pec;

- ricorrente -

contro

Azienda Ospedale - Università, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato ..., con domicilio digitale all'indirizzo pec;

- controricorrente -

avverso la SENTENZA della CORTE D'APPELLO ... n. .../2022, depositata il ...2022.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 25/03/2024 dal Consigliere ...

Svolgimento del processo

1. - Con ricorso affidato a quattro motivi, B.B. e C.C., in proprio e quali esercenti la responsabilità genitoriale sui minori D.D. e E.E., nonché A.A. e F.F. (quest'ultimo rappresentato dalla madre C.C. quale amministratore di sostegno), hanno impugnato la sentenza della Corte di appello ..., resa pubblica in data ... 2022, che ne rigettava il gravame avverso la decisione del Tribunale ... che, a sua volta, ne aveva respinto la domanda, proposta nei confronti della Azienda Ospedaliera ..., di risarcimento di tutti i danni patiti da essi attori in conseguenza della gravissima patologia genetica di cui era affetta, al pari del fratello più grande F.F. (nato il Omissis), A.A. (nata il Omissis) e che, per la tardività della diagnosi e dell'avvio della terapia con somministrazione di CoQ10, ne aveva comportato una invalidità permanente stimabile nel misura del 100%.

2. - La Corte territoriale, a fondamento della decisione, osservava che:

a) la *ratio decidendi* della sentenza del Tribunale (la quale pur definiva il caso di "straordinaria difficoltà" ed escludeva "ogni negligenza nel comportamento dei sanitari") era da rivenirsi nella "mancanza di prova del nesso di causa fra il contestato ritardo con cui fu iniziata la terapia con coenzima Q10 e l'aggravamento delle condizioni di salute della giovanissima paziente";

b) la lamentata lacuna della cartella clinica non poteva essere "valorizzata per la ricostruzione del nesso causale", poiché la "documentazione sanitaria non avrebbe aiutato a stabilire le conseguenze di un anticipato trattamento della patologia";

c) dalla CTU, diversamente da quanto dedotto dagli appellanti, emergeva che collegio peritale aveva "fornito elementi che inducano a escludere la sussistenza di un nesso causale fra il probabile ritardo di alcuni mesi di inizio della terapia e l'evoluzione delle condizioni di salute", avendo i consulenti affermato che "l'estrema rarità del difetto genetico non consente allo stato delle conoscenze di stabilire quale efficacia una precoce terapia possa avere anche in relazione alla quantificazione della possibile perdita di *chance*", avendo gli stessi ribadito, anche in sede di conclusioni di non poter affermare "alcunché con il criterio di certezza, né di verosimiglianza né applicando il "più probabile che non" con riferimento a quanto si sarebbe verificato laddove la bambina fosse stata seguita adeguatamente e la diagnosi e la conseguente somministrazione del farmaco fossero state tempestive";

d) in sede di supplemento di CTU i consulenti, richiamando " i pareri espressi in tre studi", avevano evidenziato che non erano noti casi di "bambini trattati in fase presintomatica e che "le conoscenze scientifiche attuali non sono tali da autorizzarci a dichiarare che laddove la piccola A.A. fosse stata trattata precocemente il danno all'organo non si sarebbe ma i prodotto nel corso della vita della paziente"";

d.1) gli stessi consulenti avevano poi concluso affermando che le "citazioni bibliografiche, provenienti da più fonti ... in maniera univoca permettono di dichiarare - con larga verosimiglianza - che quanto oggi sofferto dalla minore A.A. sarebbe stato evitabile, se non del tutto almeno parzialmente, da dove fosse stato somministrato CoQ10 tempestivamente dai Sanitari dell'.... Questo non è stato fatto e la malattia è progredita, come se la scienza non avesse all'epoca avuto strumento alcuno a disposizione per tentare di curare o prevenire l'aggravamento della patologia in parola";

e) i riferimenti dei CTU a "verosimiglianza" o "larga verosimiglianza" era a criteri utilizzati per accertare non "un nesso di causa fra omissione ed evento ma a *chance*", non esprimendosi gli stessi neppure "sulla misura in cui i postumi invalidanti avrebbero potuto essere meno gravi";

f) inoltre, con riferimento alla regola del "più probabile che non", da applicarsi non in modo meccanicistico, ma anche in base ad "elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)", era da ritenersi che, "(i)n assenza di dati statistici, tenuto conto delle informazioni ancora estremamente limitate a disposizione della comunità scientifica e del fatto che la terapia non ha bloccato il declino della funzionalità renale", non erano, però, "rinvenibili circostanze del caso concreto che possano indurre a ritenere logicamente provato il nesso causale: mancano elementi che confermino che una più tempestiva somministrazione della terapia con CoQ10 avrebbe evitato contenuto l'evoluzione della patologia";

g) non era stata formalizzata tempestivamente una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, mancandone anche "allegazioni sull'an e sul quantum", essendo una siffatta domanda stata proposta, inammissibilmente, solo in appello, là dove tale non era neppure la "domanda subordinata formulata tempestivamente nel giudizio di primo grado", la quale, al pari della domanda principale (di cui si palesava "una mera duplicazione"), "presupponeva ... che la mancata adozione tempestiva di cure avesse cagionato tutti i danni ricollegabili all'invalidità biologica della piccola paziente".

3. - Resiste con controricorso l'Azienda ...

4. - Proposta dal consigliere delegato della Terza Sezione civile la definizione accelerata del ricorso, ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c., in ragione della inammissibilità (in parte) e manifesta infondatezza (per altra parte) dell'impugnazione per cassazione, la causa, su tempestiva istanza dei ricorrenti, è stata, quindi, fissata, per la decisione in camera di consiglio.

4.1. - I ricorrenti hanno depositato memoria ex art. 380-*bis* 1 c.p.c.

Motivi della decisione

1. - Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1176, 1218, 2236, 1223, 1225, 1228, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., 40 e 41 c.p., per aver la Corte territoriale - dopo aver ritenuto, in contrasto con le risultanze di causa, insussistente l'inadempimento dei sanitari e illegittimamente considerato influente la mancanza della cartella clinica (tanto da addossare ad essi attori anche l'onere probatorio gravante sulla struttura sanitaria circa l'impossibilità della prestazione per causa ad essa non imputabile in un caso neppure riconducibile alle ipotesi di cui all'art. 2236 c.c.) - erroneamente applicato i principi giurisprudenziali in tema di nesso causale e del relativo assetto probatorio, male interpretando le conclusioni della CTU, che ha circoscritto, in modo erroneo, al "solo danno da perdita di *chance*", mentre le stesse conclusioni riguardavano anche, e anzitutto, il nesso causale tra la negligente omissione dei sanitari e il danno patito dalla piccola paziente.

1.1. - Il motivo è in parte manifestamente infondato e in parte inammissibile.

1.1.1. - Giova premettere, in punto di diritto, che, alla luce dell'ormai consolidato orientamento di questa Corte (tra le molte: Cass. n. 18392/2017; Cass. n. 3704/2018; Cass. n. 28991/2019; Cass. n. 21530/2021; Cass. n. 10050/2022; Cass. n. 34027/2022), nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non" (giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica)), causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata.

Va, inoltre, precisato (tra le altre: Cass. n. 4439/2014; Cass. n. 13096/2017; Cass. n. 9985/2019) che è censurabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., l'errore compiuto dal giudice di merito nell'individuare la regola giuridica in base alla quale accertare la sussistenza del nesso causale tra fatto illecito ed evento, mentre l'eventuale errore nell'individuazione delle conseguenze che sono derivate dall'illecito, alla luce della regola giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale sottratta al sindacato di legittimità, se non negli stretti limiti in cui è consentita la denuncia del vizio di omesso esame di cui al vigente art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c.

1.1.2. - La Corte territoriale ha fatto buon governo dei principi anzidetti - con i quali le censure di parte ricorrente mal si confrontano - avendo ritenuto, sulla scorta delle risultanze della CTU, in applicazione della regola probatoria del "più probabile che non", considerando anche le circostanze del caso concreto (c.d. probabilità logica), insussistente il nesso causale tra intempestiva diagnosi e ritardata cura (a base di somministrazione di CoQ10) della malattia

genetica a carico della piccola paziente e aggravamento della patologia dalla stessa subito, con postumi invalidanti del 100% (cfr. in tal senso la sintesi al par. 2 del "Ritenuto che", cui si rinvia, e pp. 13/16 della sentenza di appello).

Non vi è, dunque, alcun errore del giudice del merito nell'interpretazione e applicazione dei principi in materia di causalità, né della regola sul riparto dell'onere di prova, essendo le doglianze dei ricorrenti (in disparte quelle già di per sé inammissibili perché non attinenti al tema di prova del nesso causale, su cui è soltanto incentrata la *ratio decidendi* della sentenza impugnata) volte, piuttosto, a criticare una asserita erronea e contraddittoria lettura della CTU, sostituendosi inammissibilmente al giudice del merito nella valutazione la *quaestio facti* e sollecitando questa Corte (anche con le argomentazioni svolte in sede di memoria ex art. 380-bis 1 c.p.c., ammissibili solo là dove aventi funzione illustrativa, e non già emendativa e/o innovativa, delle censure originariamente proposte: tra le molte, Cass. n. 12657/2017) ad un sindacato che non le è consentito.

Né, in ogni caso, le censure sarebbero scrutinabili sotto la lente del c.d. travisamento della prova, il quale richiede, per essere ammissibilmente denunciato, che venga prospettata non già una verifica logica della riconducibilità dell'informazione probatoria al fatto probatorio controverso, ma una mera svista percettiva del giudice di merito in ordine al contenuto informativo oggettivo della prova in forza della quale ha assunto la decisione e che una tale svista sia affatto decisiva (Cass., S.U., n. 5792/2024).

Nella specie, non è dedotta alcuna mera svista percettiva del contenuto oggettivo della CTU, bensì una diversa interpretazione delle conclusioni alle quali i consulenti sono giunti, in particolar modo assumendo centralità, sotto questo profilo, la portata semantica del termine "verosimiglianza".

Ciò che, per un verso, rende del tutto evidente di come non sussistano i presupposti neppure per denunciare un travisamento della prova.

2. - Con il secondo mezzo è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112, 113, 115, 116, 356 c.p.c., 1176, 2236, 1218, 1223, 1225, 1228, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., 40 e 41 c.p., per aver la Corte territoriale ritenuto erroneamente che le incompletezze della cartella clinica (relative al mancato ritrovamento del referto della biopsia cutanea del marzo 2003 e il mancato ritrovamento della cartella clinica del ricovero dell'agosto 2003) fossero "irrilevanti per il giudizio", in quanto valorizzabili solo per sostenere la tardività della diagnosi e della cura, ma non già ai fini della prova del nesso causale.

I ricorrenti deducono che, contrariamente a quanto reputato dal giudice di appello, la mancanza dei predetti documenti avrebbe una "duplice rilevanza": a) di integrare "per sé ulteriore specifico profilo di responsabilità per la struttura sanitaria", avendo la stessa fatto venire meno "informazioni di fondamentale importanza per il trattamento e la cura della paziente"; b) di consentire la prova del nesso causale, non potendo la difettosa tenuta della cartella clinica andare a detrimento del paziente e, quindi, portare ad escludere il nesso di causa tra la condotta dei sanitari e il danno che ne è derivato.

Infine, la sentenza impugnata sarebbe censurabile anche per non aver provveduto sulle istanze istruttorie e per aver rigettato l'istanza di rinnovazione della c.t.u. pur essendovi "l'esigenza di una attualizzazione dei danni, anche in considerazione del tempo trascorso".

2.1. - Il motivo è inammissibile.

In tema di responsabilità professionale sanitaria, l'eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno (Cass. n. 27561/2017; Cass. n. 26428/2020).

Nella specie, tuttavia, la Corte territoriale ha ritenuto che le lacune della cartella clinica non fossero pertinenti al fine di provare il nesso eziologico tra condotta dei sanitari e danno iatrogeno, avendo invece rilievo sotto il diverso profilo della connotazione imperita e negligente di quella condotta.

Tale *ratio decidendi* non è colta dalle censure di parte ricorrente, che si limitano a richiamare principi giuridici (sull'obbligo di tenere correttamente la cartella clinica e sul fatto che la relativa incompletezza non può ridondare in danno del paziente) che, rispetto a detta specifica *ratio*, non sono affatto concludenti.

Sono, altresì, inammissibili le ulteriori censure sulla mancata ammissione dei richiesti mezzi istruttori (segnatamente, prove orali), dei quali non si dà contezza in ordine ai fatti che gli stessi intendevano provare e se, pertanto, fossero o meno decisivi (e ancor prima pertinenti) rispetto al tema probatorio del nesso eziologico tra condotta dei sanitari e danno iatrogeno.

Ed è inammissibile, infine, anche la doglianza sul rigetto di rinnovazione della CTU - che la Corte territoriale ha motivato ritenendola sorretta da "argomentazioni generiche", in forza delle quali si sosteneva anche "che i consulenti abbiano accertato un nesso di causa fra l'omissione medica e l'aggravamento della patologia" -, giacché i ricorrenti, mancando di aggredire questa stessa *ratio decidendi*, si dolgono che la consulenza tecnica avrebbe consentito "una attualizzazione dei danni"; rendendo, quindi, affatto palese la irrilevanza della stessa CTU (come già, del resto, evidenziato dal giudice di appello) in assenza della prova sull'anzidetto nesso di causa, quale necessario presupposto per poter passare alla delibazione sulla consistenza del danno.

3. - Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1176, 2236, 1218, 1223, 1225, 1228, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., per aver la Corte territoriale affermato "laconicamente, ... senza alcuna motivazione, che sarebbe corretto escludere "ogni negligenza nel comportamento dei sanitari"", là dove, peraltro, emergeva dal compendio probatorio e dalle risultanze della CTU la condotta gravemente colposa degli stessi medici per la tardività della diagnosi e, comunque, per la intempestività della cura a base di CoQ10.

3.1. - Il motivo è inammissibile, giacché le doglianze con esso veicolate riguardano il profilo dell'inadempimento dei sanitari, mentre la *ratio decidendi* che sorregge la decisione del giudice di appello si incentra, come detto, sulla assenza di prova del nesso di causalità materiale tra l'omissione medica e l'aggravamento della patologia a carico della paziente.

4. - Con il quarto mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione e/o falsa applicazione degli artt. 99, 112, 113, 183, 189, 190, 345 c.p.c., 1176, 2236, 1218, 1223, 2697, 2727, 2729, 2043, 2055, 2059 c.c., per aver la Corte territoriale erroneamente ritenuto domanda nuova in appello, inammissibile ai sensi dell'art. 345 c.p.c., quella relativa al risarcimento da perdita di *chance*, che, invece, era stata proposta tempestivamente con l'atto introduttivo del giudizio (pp. 26 e 27 atto di citazione) là dove era

stato dedotto: "In coerenza con tutte le premesse di cui sopra, la conclusione del consulente medico di parte è chiara: sotto il profilo medicolegale possiamo affermare che la predetta mancata tempestiva somministrazione terapeutica di coenzima Q10, riconducibile alle carenze professionali e strutturali del reparto di Pediatria dell'ospedale di ..., ha provocato l'instaurarsi di lesioni cerebrali, muscolari e retiniche e ha, quanto meno, grandemente ridotto le *chance* terapeutiche di migliore evoluzione delle lesioni renali. Di conseguenza, la gran parte della predetta invalidità permanente, pari all'80%, è da ricondursi causalmente alle predette carenze di assistenza".

Infine, i ricorrenti sostengono che avrebbe errato il giudice di secondo grado ad applicare l'art. 345 c.p.c., posto che le conclusioni formulate nel giudizio di appello erano "coincidenti con quelle formulate dagli attori in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado" (udienza del 12 febbraio 2019), là dove essi instavano, in via graduata, per il risarcimento dei danni conseguenti ad "una gravissima perdita di *chance* di guarigione" della figlia minore.

4.1. - Il motivo è manifestamente infondato.

Giova rammentare, anzitutto, che, in tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la domanda risarcitoria del danno per la perdita di *chance* è, per l'oggetto, ontologicamente diversa dalla pretesa di risarcimento del pregiudizio derivante dal mancato raggiungimento del risultato sperato, il quale si sostanzia nell'impossibilità di realizzarlo, caratterizzata da incertezza (non causale, ma) eventistica; sicché, è da ritenersi nuova e, dunque, inammissibile la domanda risarcitoria per perdita di *chance* avanzata per la prima volta in appello (tra le altre: Cass. n. 25886/2022).

La decisione del giudice di appello ha, dunque, correttamente applicato detto principio, giacché, come già rilevato con la proposta ex art. 380-*bis* c.p.c., " il richiamo alla *chance* nel passo trascritto a pag. 42 del ricorso è inidoneo a costituire un'autonoma *ratio decidendi*, tale da integrare un'ulteriore domanda, alla luce dell'inciso che vi segue subito ("di conseguenza, la gran parte della predetta invalidità permanente pari all'80%, è da ricondursi causalmente alle predette carenze di assistenza"), il quale rinvia all'ordinario nesso eziologico fra la condotta e il danno evento in termini di patologia".

Né, del resto, è concludente la censura che assume essere tempestiva e, dunque, ammissibile la domanda risarcitoria per perdita di *chance* avanzata in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado e solo ribadita in sede di gravame, giacché, nella vigenza del regime giuridico delle preclusioni introdotto dalla L. n. 353 del 1990, la novità della domanda formulata nel corso del giudizio è rilevabile anche d'ufficio da parte del giudice, trattandosi di una questione sottratta alla disponibilità delle parti, in virtù del principio secondo cui il *thema decidendum* è modificabile soltanto nei limiti e nei termini a tal fine previsti (art. 183 c.p.c.), con la conseguenza che, ove in primo grado tali condizioni non siano state rispettate (come nella specie), l'inammissibilità della domanda può essere fatta valere anche in sede di gravame e pure in sede di legittimità, senza che rilevi, in contrario, che l'appellato abbia accettato il contraddittorio sulla domanda anzidetta (Cass. n. 4318/2016; Cass. n. 13769/2017; Cass. n. 24040/2019).

5. - Il ricorso va, dunque, rigettato e i ricorrenti condannati, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali del giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo.

6. - La decisione assunta dal Collegio è conforme alla proposta di definizione accelerata formulata ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c.

Avendo la Corte definito il giudizio in conformità alla proposta ex art. 380-*bis* c.p.c., trovano applicazione le previsioni di cui all'art. 96, terzo e quarto comma, c.p.c., sulla condanna della parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata e, in favore della cassa delle ammende, di una somma di denaro non inferiore ad Euro 500 e non superiore ad Euro 5.000.

L'art. 380-*bis*, comma terzo, c.p.c. (come novellato dal D.Lgs. n. 149 del 2022) - che, nei casi di definizione del giudizio in conformità alla proposta, contiene una valutazione legale tipica della sussistenza dei presupposti per la condanna ai sensi del terzo e del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. - codifica, infatti, un'ipotesi normativa di abuso del processo, poiché il non attenersi ad una valutazione del proponente, poi confermata nella decisione definitiva, lascia presumere una responsabilità aggravata del ricorrente (Cass., S.U., n. 27195/2023; Cass., S.U., n. 28540/2023).

I ricorrenti, dunque, vanno, altresì, condannati al pagamento della somma, equitativamente determinata, di Euro 500,00 in favore della controparte e di una ulteriore somma di Euro 500,00 in favore della Cassa delle Ammende.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento, in favore della parte controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 2.500,00, per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge; condanna, altresì, i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento della somma di Euro 500,00, in favore della parte controricorrente e al pagamento dell'ulteriore importo di Euro 500,00 in favore della Cassa delle Ammende.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del D.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione del presente provvedimento in qualsiasi forma, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di A.A., D.D., E.E. e F.F., ivi riportati.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Terza Sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 25 marzo 2024.

Depositato in Cancelleria in data 8 maggio 2024.