Cassazione: anamnesi reticente non giustifica errore

Data 13 ottobre 2013
Categoria medicina_legale

Per la Suprema Corte l'incompletezza o la reticenza delle informazioni ricevute dal paziente non limita la responsabilità delmedico.

Censurata in cassazione la condatta di medici, assolti in precedenti gradi di giudizio, che, per decidere le cure, si erano basati sulle dichiarazioni incomplete di un paziente poi deceduto.

Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza 11 luglio- 12 settembre 2013, n. 20904
Presidente Berruti – Relatore Frasca

Svolgimento del processo

E.T. ed E. hanno proposto ricorso per cassazione contro l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 14 di Orvieto e la Nuova MAA Assicurazioni s.p.a. avverso la sentenza del 123 ottobre 2006, con la quale la Corte d'Appello di Perugia ha rigettato l'appello da essi proposto avverso la sentenza del Tribunale di Orvieto, che aveva rigettato le domande con le quali essi avevano convenuto in giudizio la detta AUSL e l'indicata società, quale sua assicuratrice per la responsabilità civile, per ottenere il risarcimento dei danni sofferti a causa del decesso del padre, E.R. , a loro dire avvenuto a causa di responsabilità addebitata alla struttura ospedaliera di ....

Il Tribunale rigettava la domanda contro la società assicuratrice, nel presupposto che i danneggiati non avessero azione diretta nei suoi confronti e la domanda nei confronti dell'AUSL perché non si ravvisavano profili di responsabilità professionale nel comportamento dei medici intervenuti e della struttura ospedaliera.

La Corte territoriale, dopo avere ritenuto che l'invocazione di una responsabilità contrattuale della struttura non integrasse domanda nuova, bensì soltanto prospettazione di una qualificazione giuridica dell'azione, ha disatteso l'appello degli E. assumendo che la vicenda concernente il ricovero del de cuius presso la struttura ospedaliera si era connotata come caratterizzata "da particolare difficoltà" agli effetti dell'art. 2236 c.c sì da giustificare la responsabilità medica soltanto per dolo o colpa grave. Ha, quindi, escluso l'uno e l'altro, ha anche ritenuto indimostrato il nesso causale sotto un limitato profilo ed ha in fine considerato inammissibile per la mancanza di deduzione nella citazione introduttiva del giudizio e comunque infondata la deduzione dell'esistenza di una responsabilità per omessa assicurazione del consenso informato.

Al ricorso non ha resistito la AUSL, mentre ha resistito la Milano Assicurazioni, qualificandosi come già Nuova MAA Assicurazioni. Al ricorso incidentale hanno resistito con controricorso i ricorrenti, senza contestare la legittimazione della Milano Assicurazioni. I ricorrenti hanno depositato memoria.

Motivi della decisione

Omissis delle considerazioni tecnico- giuridiche procedurali

La sentenza impugnata riferisce lo svolgimento della vicenda, desumendolo dalla c.t.u. svolta in sede civile e da quella penale, che dice prodotta in atti (a differenza di altra relazione penale, che dice non prodotta in appello), e lo fa nei terminiseguenti:

"Il XXXXXXXX R..E. si recava al pronto soccorso dell'ospedale di XXXXXXX, ove riscontravano un trauma contusivo alla regione inguinale sinistra; trattato con Dicloreum - un antidolorifico – veniva emessa prognosi di sette giorni; il 3.7.1999 l'E. si ripresentava; riscontrati esiti di ematoma alla parete addominale, era trattato con antidolorifico; in entrambi i casi la causa riferita era sinteticamente indicato nei referti come accidentale, senza altre specificazioni; nel secondo referto si indicava che il trauma era avvenuto nel precedente lunedì ossia il 28.6.1999; il 4 luglio, nuovamente presentatosi al pronto soccorso, veniva eseguito esame ecografico che indicava la presenza di un vasto ematoma della parete addominale della regione lombare, interessante la zona pelvica; si disponeva quindi ricovero per il drenaggio dell'ematoma, consigliando "un eventuale controllo ecografico e/o TC addome nelle prossime 24/48 ore". Nell'anamnesi si legge che il paziente riferiva un "trauma accidentale della regione ipogastrica", avvenuto sei giorni prima, cui era seguita la tumefazione nella stessa sede, aumentata via via di volume. Il XXXXXXXX era eseguito un esame radiografico del bacino e dell'anca sinistra che risultava negativo; il giorno X era ripetuto l'esame ecografico; la diagnosi - un ematoma suppurato della parete addominale - conduceva ad un intervento il giorno X, con incisione e drenaggio del materiale suppurato che era esaminato e risultava positivo per l'escherichia coli; il giorno XX, a seguito di un esame radiografico, si procedeva ad un nuovo intervento, d'urgenza, di drenaggio dell'ematoma suppurato della parete

addominale e toracica sinistra; l'analisi del materiale suppurato dava i medesimi risultati precedenti. Seguivano esami di laboratorio il XX, quindi il paziente era inviato all'ospedale di XXXXX, dove, il XX, in sede di anamnesi, riferiva di un trauma confusivo al fianco sinistro cui era seguito l'edema; i medici XXXXXXX rilevavano, tra l'altro una lesione necrotica del diametro di 4 cm alla faccia mediale della coscia sinistra, in prossimità dell'inguine; eseguita una TAC del torace e dell 'addome che rivelava liquido libero nel piccolo bacino, si procedeva a nuovo intervento chirurgico il giorno 15. L'intervento consisteva in una laparotomia totale con drenaggio di una raccolta purulenta localizzate nelle pelvi; si identificava inoltre un 'ulteriore raccolta purulenta alla radice della coscia ed, ivi, si trovava una scheggia di legno (4 cm 0,5 cm); era pure individuato una piccola ferita della cute del perineo che si supponeva fosse la porta d'ingresso del corpoestraneo.
Il giorno XX, in presenza di uno stato settico non dominabile, il paziente era inviato al reparto malattie infettive del (OMISSIS) , ove era diagnosticata una fascite necrotizzante che portava a morte del paziente il giorno 11 agosto".
La motivazione resa dalla Corte perugina, dopo avere richiamato le risultanze della perizia disposta in sede penale, della consulenza disposta in sede civile e della relazione suppletiva redatta riguardo alla medesima e dopo avere disatteso l'eccezione di inammissibilità dell'invocazione del carattere contrattuale della domanda per pretesa novità, prospettata dall'AUSL, si è articolata - per quanto ancora interessa ai fini dello scrutinio dei tre motivi in esame- come segue:
"Si osserva, inoltre, che la responsabilità dell'ente ospedaliero si modella su quella del professionista del cui inadempimento l'ente risponde (da ultimo Cass. n. 9085 del 2006, con la conseguenza che per determinare se l'ente debba rispondere dei danni subiti dal paziente, va esaminata la prestazione chiesta, valutando se essa implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà, poiché in tal caso la responsabilità si è limitata ai casi di dolo o colpa grave exarticolo
2336 c.c. Che il caso dell'E. fosse caratterizzato da particolare difficoltà appare, dalla descrizione della vicenda e dalle considerazioni tecniche, evidente. Vi sono, infatti da considerare la natura subdola della malattia, la sua rarità, e quindi la sua difficile diagnosticabilità, nonché le certamente fuorvianti indicazioni date dalle mani in sede anamnestica. Basti su quest'ultimo punto osservare che, anche all'atto del ricovero della struttura XXXXXXX, l'E. in sede anamnestica riferiva di un trauma contusivo al fianco sinistro, cui era seguito l'edema; questa indicazione faceva sì che i sanitari XXXXXXX procedessero ad una TAC, ma anche questo esame- al pari delle ecografie e dell'esame ai RX eseguiti ad XXXXXXX - veniva limitato al torace e all'addome, e non era esteso né alla zona perineale, né alla coscia sinistra; conseguenza fu che la presenza della scheggia di legno della coscia, nella zona dell'inserzione tendinea, fu accertata solo in un momento successivo casualmente, incidendo l'ascesso che si era formato. Si aggiunga che la ricerca del foro di ingresso appare conseguenza del ritrovamento di essa e che tale soluzione
del continuo - o il suo esito - non sono stati rinvenuti nei successivi esami, nonostante che ve ne fosse consapevolezza. Non ipotizzabile il dolo, va verificato se vi sia stata colpa grave nel comportamento dei sanitari orvietani o, più precisamente, se questi abbiano agito con grave imperizia o, comunque, con imprudenza o negligenza, la limitazione di responsabilità dell'articolo 2236 c.c. non applicandosi a questi due ultimi canoni (Cass. n. 9085/2006). L'errore diagnostico e la collegata omessa formulazione dell'ipotesi della presenza di un corpo estraneo (che facilita l'insorgenza della fascite necrotizzante) non appaiono frutto di imperizia grave, per gli elementi messi in rilievo dai consulenti d'ufficio (difficile diagnostica abilità della malattia, compatibilità della diagnosi con il quadro clinico presentato, assenza di indicazioni che facessero supporre la presenza della scheggia). Quanto all'imprudenza, unico profilo che appare ipotizzabile è quello relativo all'aver trattenuto il paziente in Orvieto, senza inviarlo immediatamente in strutture più attrezzate o specializzate (come si fece infine) ma la valutazione di questa condotta deve essere fatta con riferimento alla diagnosi espressa e nessuno assume che le cure apprestabili in (omissis) ed effettivamente apprestate non fossero idonee alla cura della malattia diagnosticata (trauma contusivo con conseguente tumefazione suppurata). Del pari, la diligenza della prudenza non possono che essere valutate con riferimento alla diagnosi espressa. In merito, il collegio peritale del PM pose in rilievo che, da parte dei medici del reparto chirurgia obiettarono, vi fu un ritardo nel sottoporre l'E. al controllo strumentale e all'intervento chirurgico e che non venne eseguita TAC.
Peraltro: l'indicazione, fornita loro dal pronto soccorso, era quella di eseguire una TAC e/o una nuova ecografia e quest'ultima fu eseguita, la TAC non avrebbe portato alla scoperta del corpo estraneo (come d'altronde non condusse a tale risultato la TAC XXXXXXX), non vi è prova che effettuare l'ecografia al giorno X (entro le 48 ore dal ricovero, come consigliato dal pronto
soccorso) anziché il giorno X (com'è avvenuto) avrebbe permesso di individuare anticipatamente la presenza delle raccolte purulente, formatesi dopo il ricovero (non vennero infatti individuate nella prima ecografia del quattro) poiché non vi è prova che queste già esistessero il giorno X (il giorno X avevano infatti uno spessore di 3 cm, non elevatissimo quindi), né quindi vi è prova che un'anticipazione del primo intervento chirurgico, di eliminazione della raccolta purulenta, avesse motivo di essere. È da notare che l'esame del liquido purulento portò alla modifica del trattamento antibiotico: il giorno otto all'antibiotico Rocefin fu associato lo Zyloric, previo antibiogramma del giorno X, dal XX non fu più somministrato il Rocefin ed in suo luogo venne instaurato trattamento con antibiotico Ampital. Ma in ordine alla prova del nesso di causalità tra la patologia e l'azione o l'omissione imputabile ali 'Ente Ospedaliero la giurisprudenza di legittimità ritiene pacificamente che la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione e l'evento sia a carico del danneggiato (si vedano Cass. 2005 n. 22895, nonché Cass. 2004 n. 14812, 2004 n. 10361, 2003 n. 8904; 2002
numero 10382, 200 n. 200). E questo principio non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'aggravamento della situazione patologica con
l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione od omissione (Cass. 2005/22895 nonché Cass. 2004 n. 10297). Della inidoneità della prima terapia contrastare l'ignota presenza della fascite necrotizzante e dell'idoneità barra efficacia della seconda, peraltro, neppure si fa verbo, tantomeno se ne offre dimostrazione, come pure non si fa verbo della possibile presenza delle raccolte purulente sin dal XXXXXXXX nelle quarantott'ore dal ricovero. Ne segue, stante il richiamato indirizzo giurisprudenziale sull'onere della prova in materia di nesso di causalità tra colpa e l'evento che la domanda deve essere, per questo verso, respinta. In questa pronuncia la corte è confortata dal parere espresso dal collegio peritale citato, che escludeva fattori di androgeni incidenti causalmente sull'evoluzione della malattia (si vedano f 51 e 53 della relazione, nel fascicolo di parte della AUSL)".

La riportata motivazione incorre in modo manifesto nei vizi di violazione di norme di diritto denunciati con il terzo, quarto e quinto motivo. Queste le ragioni.
È anzitutto logicamente preliminare - come invece non hanno avvertito i ricorrenti (né ancora prima la Corte perugina nella sua motivazione riguardo alla questione che ne è oggetto, avendo -in modo singolare - motivato sul nesso causale dopo argomentazioni che erano riferibili al profilodell'elemento soggettivo) - l'esame del quinto motivo, che, afferendo alla prova del nesso causale,si colloca prima dell'esame del terzo e quarto motivo, che riguardano l'elemento soggettivo dellaresponsabilità.
In proposito, va premesso che il Collegio condivide il principio di diritto cui ha dichiarato di ispirarsi la Corte territoriale, costantemente ribadito da questa Sezione nel senso che “In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del contatto) e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile” (Cass. n. 975 del 2009, ex multis).
Tale principio, tuttavia, dopo essere stato assunto a premessa dalla Corte territoriale, è stato da Essa male applicato in concreto, in quanto la giustificazione della mancanza di assolvimento dell'onere della prova riguardo al nesso causale da parte dei qui ricorrenti è stata ravvisata con affermazioni del tutto inidonee, perché non pertinenti in alcun modo alla dinamica del nesso causale in relazione alla vicenda giudicata, ma a profili che concernono semmai il problema dell'elemento soggettivo della responsabilità della struttura (omissis).
Si rileva, al riguardo che, in punto di nesso causale in tela di responsabilità medica sono stati affermati i seguenti principi: “In tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, una accurata ricognizione del complesso rapporto intercorrente tra la fattispecie del nesso causale e quella della colpa, con specifico riferimento ai rispettivi, peculiari profili probatori, consente la enunciazione dei seguenti principi: 1) il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre - su di un piano strettamente oggettivo e secondo una ricostruzione logica di tipo sillogistico - tra un comportamento (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (e non ancora utilmente qualificabile in termini di damnum iniuria datum) e l'evento; 2) nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento, si prescinde, in prima istanza, da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto oggettivata, da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto logico di previsione insito nella categoria giuridica della colpa (elemento qualificativo dell'aspetto soggettivo del torto, la cui analisi si colloca in una dimensione temporale successiva in seno alla ricostruzione della complessa fattispecie dell'illecito); 3) il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è
quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare, tale obbiettiva relazione col fatto deve considerarsi causa dell'evento stesso; 4) il nesso di causalità giuridica è, per converso, relazione eziologica per cui i fatti sopravvenuti, di per sé soli idonei a determinare l'evento, interrompono il nesso con il fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti; 5) la valutazione del nesso di causalità giuridica, tanto sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, quanto sotto l'aspetto della individuazione del novus actus interveniens, va compiuta secondo criteri a) di probabilità scientifica, ove questi risultino esaustivi; b) di logica, se appare non praticabile (o insufficientemente praticabile) il ricorso a leggi scientifiche di copertura; con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, l'analisi morfologica della fattispecie segue un percorso affatto speculare - quanto al profilo probabilistico - rispetto a quello commissivo, dovendosi, in altri termini, accertare il collegamento evento/comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, onde inferire che l'incidenza del comportamento omesso si pone in relazione non/probabilistica con l'evento (che, dunque, si sarebbe probabilmente avverato anche se il comportamento fosse stato posto in essere), a prescindere, ancora, dall'esame di ogni profilo di colpa intesa nel senso di mancata previsione dell'evento e di inosservanza di precauzioni doverose da parte dell'agente”. (Cass. n. 7997 del 2005).
Nell'ambito della responsabilità civile medica il nesso causale in senso materiale suppone che rispetto all'evento dannoso la condotta commissiva od omissiva del sanitario (riferibile alla struttura, che opera attraverso di esso) si ponga come antecedente necessario, anche in concorso con altri, rispetto alla verificazione dell'evento.
Il problema del nesso causale, tuttavia, sotto il profilo probatorio, allorquando la responsabilità medica ha natura contrattuale (com'è pacifico nella vicenda di cui è processo), assume connotazioni particolari.
Si rileva, in proposito, che allorquando la responsabilità medica venga invocata a titolo contrattuale, cioè nel presupposto che fra il paziente ed il medico e/o la struttura sanitaria sia intercorso un rapporto contrattuale (o, come si dice, da "contatto"), l'individuazione dell'onere probatorio riguardo al nesso causale deve tenere conto della circostanza che la responsabilità è invocata in forza di un rapporto obbligatorio corrente fra le parti, nell'ambito del quale il medico e/o la struttura sanitaria si era impegnata ad intervenire sulla persona del paziente assumendo un obbligo di adoperarsi per prestare la cura rispetto ad una situazione lamentata dal paziente riguardo alla salute della propria persona.
Qualora l'impegno curativo sia stato assunto senza particolari limitazioni circa la sua funzionalizzazione a risolvere il problema presentato dal paziente, essendo la vicenda dello svolgimento del rapporto curativo oggetto di un rapporto obbligatorio e, dunque, connotandosi secondo lo schema per cui era dovuta una certa prestazione, quella curativa, che, sebbene non dovesse ex necesse portare ad un risultato risolutivo (non trattandosi, secondo un vecchio schema dottrinale di un'obbligazione di risultato, bensì di mezzi), imponeva la sua esecuzione secondo il meglio della lex artis e, quindi, in modo diligente, nel contempo implicava l'affidamento del paziente alla cura e, quindi, ad un'ingerenza sulla propria persona, si deve ritenere che, dal punto di vista del danneggiato la prova del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo, che si sarà articolata con comportamenti positivi ed eventualmente omissivi, si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che è rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato.
La dimostrazione di uno di tali eventi, connotandosi come inadempimento sul piano oggettivo, essendosi essi verificati a

seguito dello svolgimento del rapporto curativo, e, quindi, necessariamente - sul piano della causalità materiale - quale conseguenza del suo svolgimento, è ciò che deve darsi dal danneggiato ai fini della dimostrazione del nesso causale.
Questi principi, che, in definitiva evidenziano la particolarità del problema del nesso causale nella responsabilità medica di natura contrattuale, si pongono in linea che quanto è stato affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 577 del 2008, riguardo alla quale esattamente l'Ufficio del Ruolo e del Massimario ha correttamente individuato il seguente principio di diritto (che trovacorrispondenza in quanto la sentenza ha affermato nei paragrafi 5.1. e seguenti della sua motivazione): “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 (nella specie la S.C. ha cassato la sentenza di merito che - in relazione ad una domanda risarcitoria avanzata da un paziente nei confronti di una casa di cura privata per aver contratto l'epatite C asseritamente a causa di trasfusioni con sangue infetto praticate a seguito di un intervento chirurgico - aveva posto a carico del paziente l'onere di provare che al momento del ricovero egli non fosse già affetto da epatite)”.
Nel caso di specie, essendo pacifico che aveva avuto corso un rapporto curativo presso la struttura ospedaliera senza particolari limitazioni e che la sua esecuzione si era inserita nella serie causale che aveva portato l'E. alla morte, l'onere probatorio dei ricorrenti si limitava in positivo alla dimostrazione di tale inserimento e dell'esito mortale per il loro congiunto e non contemplava altro.
L'eventuale dimostrazione, invece, dell'inserimento nella serie causale materiale di eventuali fatti idonei ad elidere ogni rilievo causale dello svolgimento del rapporto curativo e ad assumere rilievo determinante esclusivo, incombeva - trattandosi della causalità in senso giuridico - sulla struttura sanitaria.
Allo stesso modo incombeva sulla struttura sanitaria la dimostrazione che in realtà l'esito finale si era verificato perché nessun rapporto curativo avrebbe potuto impedirlo, avuto riguardo alla situazione del paziente all'atto in cui il rapporto curativo era iniziato, circostanza che sarebbe equivalsa a dimostrare che nessun inadempimento del dovere di prestazione del fare curativo vi era stato e che, in conseguenza avrebbe assorbito lo stesso problema del nesso causale.
Ancora su un piano del tutto estraneo al profilo del nesso causale si poneva, poi, il problema della presenza o dell'assenza di profili di responsabilità in senso soggettivo a carico della struttura, che era regolato, conforme a quanto caratterizza l'illecito contrattuale dalla regola per cui è il preteso inadempiente danneggiante a dover dare dimostrazione della sua mancanza, con la particolarità - che comunque non incide sulla individuazione del soggetto onerato - del regime di cui all'art. 2236 c.c., se applicabile.
p.7.1.1. Ora, il Collegio rileva innanzitutto che la Corte territoriale non ha espressamente precisato a quale delle due tipologie di nesso causale abbia inteso riferirsi, ma, avendo Essa addebitato ai ricorrenti il mancato adempimento dell'onere della prova, si dee supporre che abbia inteso fare riferimento al difetto di dimostrazione del nesso causale in sensomateriale.
Ora, una volta considerato che la pretesa dei ricorrenti risulta ormai qualificata sub specie di invocazione di una responsabilità contrattuale, per essersi formato giudicato interno su tale qualificazione dell'azione, gli oneri probatori dei medesimi concernevano la dimostrazione dell'insorgenza del rapporto curativo con la struttura ospedaliera orvietana, la verificazione di un inadempimento delle obbligazioni assunte dalla struttura e la correlazione fra il danno lamentato e tale inadempimento nei sensi su indicati.
Nella specie non vi era alcuna contestazione sull'insorgenza del rapporto curativo e nemmeno sull'evento dannoso rappresentato dal decesso dell'E. per la fascite necrotizzante. La verificazione di un inadempimento sul piano oggettivo emergeva dalla circostanza che l'esito del rapporto curativo non aveva condotto alla risoluzione della patologia con la quale l'E. si era affidato alle cure della struttura ospedaliera, che anzi era peggiorata fino all'esito finale.
Il nesso di causalità che i ricorrenti dovevano provare sul piano della causalità materiale rispetto a tale situazione di inadempimento, considerato sul piano della causalità materiale, era allora rappresentato dalla dimostrazione che nella serie causale conclusasi con la morte del de cuius aveva assunto rilevanza lo svolgimento del rapporto curativo. Nella specie, essendo indubbio che l'E. si era affidato alle cure della struttura ospedaliera ed essendo pacifico che l'evento della sua morte è stato determinato dall'evoluzione della patologia in relazione alla quale alla detta struttura si era affidato e sulla quale essa era intervenuta, la condotta della struttura orvietana si profilava come elemento che in modo indubbio si è inserito nella serie causale determinativa della morte dell'E. .
Il concreto svolgimento del rapporto curativo presso la struttura ospedaliera orvietana e, quindi, i comportamenti positivi attraverso i quali essa aveva operato e gli eventuali comportamenti omissivi della stessa, e, dunque, la dimostrazione della idoneità o della inidoneità dei detti comportamenti ad assicurare l'esatta esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto curativo e la dimostrazione che eventuali comportamenti omessi avrebbero potuto assicurarla e scongiurare l'evento rilevavano, invece, sul piano della causalità in senso giuridico ed a quello dell'elemento soggettivo.
Ebbene, nella sua motivazione la sentenza impugnata si astiene in modo manifesto dall'affrontare il problema del nesso causale nei termini su indicati che sono costantemente enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte (si veda, in particolare, oltre alla sentenza citata dalla Corte perugina, Cass. n. 10297 del 2004, secondo cui “In tema di responsabilità civile nell'attività medico - chirurgica, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il contatto e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile”). Essa, infatti, esclude che i ricorrenti abbiano dato prova del nesso causale perché essi non avrebbero dato dimostrazione della “inidoneità della prima terapia a contrastare l'ignota presenza della fascite necrotizzante e dell'idoneità/efficacia della seconda”, cioè, parrebbe, di quella praticata presso l'Ospedale di XXXXXXX, se eseguita dai salutari di XXXXXXX. Addebita, poi, ai ricorrenti di non aver "fatto verbo" della possibile presenza delle raccolte purulente sin dal (OMISSIS) , cioè entro le 48 ore dal ricovero, nelle quali si era prescritta l'ecografia e/o la

TAC.
Senonché, i tre profili evidenziati nella motivazione sono del tutto privi di pertinenza con il problema del nesso causale materiale nella vicenda oggetto di lite per come doveva essere provato dai ricorrenti e afferiscono: a) al diverso profilo della responsabilità sotto il profilo soggettivo, in relazione al quale, peraltro, l'onere della prova, trattandosi di responsabilità contrattuale, gravava in negativo sulla struttura ospedaliera; b) oppure a profili inerenti l'omissione di taluni comportamenti, rilevanti sul piano della causalità giudica e, quindi, nuovamente a carico sul piano probatorio della strutturaospedaliera.
Infatti:
a) onerare i ricorrenti della prova (negativa) che la terapia praticata era inidonea a contrastare la presenza della fascite non significa - per quanto detto sopra circa l'individuazione dell'onere probatorio del nesso causale - addebitare ai medesimi la mancata prova del nesso causale fra l'intervento nella vicenda della struttura ospedaliera con il comportamento concretatosi nell'esecuzione di detta terapia e l'evento di danno (la morte), bensì dare rilievo ad una mancata prova dell'imperizia nell'esecuzione della prestazione della struttura, e, quindi, ad un profilo inerente l'elemento soggettivo, cioè la colpa; e ciò, tra l'altro, con evidente alterazione della regola sulla ripartizione dell'onere della prova tipica della responsabilità da illecito contrattuale, che, essendo la colpa presunta, imponeva semmai alla struttura di dimostrare che la terapia praticata era idonea ed adeguata nel momento in cui venne effettuata e non certo ai ricorrenti di dimostrane l'inidoneità (nel momento in cui venne praticata) e non certo ai ricorrenti di dimostrare la sua inidoneità;

b) il riferimento alla mancata prova dell'idoneità ed efficienza della terapia praticata a Perugia, escluso il suo rilievo ai fini dell'individuazione dell'onere probatorio del nesso causale in senso materiale riguardo ai comportamenti positivi della struttura orvietana, trattandosi di terapia praticata dalla struttura perugina, dovrebbe - nelle sfuggenti intenzioni motivazionali della Corte perugina - rilevare ai fini dell'individuazione di quell'onere riguardo ad un comportamento omissivo che avrebbe determinato l'evento, ma risulta del tutto generico e, quindi, non integra motivazione (in iure): la Corte territoriale avrebbe dovuto dire e spiegare che in atti non era stata data prova che la formazione della fascite ed il suo esito letale sarebbe stata impedita dalla tenuta da parte dei sanitari orvietani, ben prima di quelli perugini, dei comportamenti poi da questi tenuti;

c) in disparte il rilievo appena compiuto sub b), si rileva comunque che, sempre per la regola che presiede all'onere della prova circa l'elemento soggettivo in tema di responsabilità contrattuale, non erano i ricorrenti a dover dar prova di quella idoneità delle cure perugine se esperite dalla struttura orvietana, ma era ancora una volta quest'ultima a dover dimostrare che le cure apprestate dall'ospedale perugino comunque non sarebbero state idonee ad impedire l'evento di danno, rientrando tale dimostrazione nell'ambito dell'onere probatorio gravante su di essa quale parte del rapporto contrattualeoggettivamenteinadempiente;

d) del tutto incomprensibile è, poi, cosa si sia voluto intendere con l'affermazione che dai ricorrenti non si sarebbe fatto "verbo" della presenza di raccolte purulente sin dal (OMISSIS) : non è dato comprendere se si sia voluto affermare che i ricorrenti avrebbero dovuto allegare essi e, quindi, dimostrare la presenza di raccolte purulente sin dal (OMISSIS) , affermazione che risulterebbe palesemente priva di fondamento, una volta considerato che il de cuius risultava in rapporto curativo presso l'Ospedale (omissis) e tenuto conto che nemmeno si è sostenuto che dalle consulenze tecniche fossero risultati elementi escludenti quella possibilità, non senza che si debba rilevare che, in presenza di una valutazione della stessa struttura ospedaliera che prescriveva accertamenti da tenersi entro il 6 luglio che poi non erano stati eseguiti, la successiva constatazione delle raccolte purulente il giorno XXXXXXXX induce una presunzione hominis di esistenza delle stesse già fin dal X, atteso che deve ritenersi che quella prescrizione era diretta proprio a ricercare situazioni simili, evidentemente già supposte fino dalla prescrizione stessa;

e) comunque, nuovamente, nell'ambito dell'onere della prova della mancanza di colpa, anche la circostanza indicata avrebbe dovuto essere provata in negativo dalla struttura ospedaliera e non certo dai ricorrenti: avrebbe dovuto essere la struttura orvietana a dimostrare che il 4 luglio le raccolte purulente non esistevano e ciò sempre nell'ambito del suo onere probatorio riguardo all'assenza di profili di responsabilità soggettiva.

La motivazione della Corte territoriale in punto di mancata dimostrazione del nesso causale risulta, dunque, del tutto erronea perché sostenuta da affermazioni che ignorano i principi in punto di oneri di oneri probatori del nesso causale nell'ambito della responsabilità medica di natura contrattuale, giacché pretendono di dare rilievo sul piano dell'onere probatorio di quel nesso non soltanto a circostanza invece rilevanti solo sotto il profilo dell'elemento soggettivo, ma che, inoltre, sul piano della ripartizione dell'onere probatorio proprio perché collocantisi sotto quel profilo, facevano carico alla struttura ospedaliera, tenuta a dimostrare l'assenza di quell'elemento.
La sentenza impugnata, in conseguenza, dev'essere cassata sul punto in cui ha escluso la dimostrazione del nesso causale materiale da parte dei ricorrenti.
La cassazione comporterà che il giudice di rinvio, nel rinnovare il giudizio (anche all'esito dell'accoglimento degli altri due motivi che si esamineranno di seguito) dovrà, in considerazione
dei principi sopra richiamati, considerare indiscutibile che i ricorrenti abbiano dato prova del nesso
causalemateriale.
L'incidenza dei comportamenti positivi ed omissivi della struttura cui ha fatto rifermento l'erronea motivazione qui censurata andrà apprezzata sul piano dell'elemento soggettivo dell'illecito e dovrà esserlo comunque tenendo conto che l'onere della prova sul punto era - come s'è detto – della struttura ospedaliera orvietana, cui competeva dimostrare la perizia e diligenza degli interventi eseguiti, della loro consecuzione temporale e secondo la lex artis, e l'esclusione della attitudine di eventuali comportamenti omissivi a rappresentare una colpa.

Si passa ora all'esame del terzo motivo.
Anch'essoèfondato.

La prestazione eseguita dalla struttura ospedaliera perugina è avvenuta in chiara violazione del dovere di diligenza, come lamentano i ricorrenti.
Tale violazione si è verificata sotto vari profili, taluni dei quali evidenziati nell'illustrazione del primo motivo e - come si disse - esaminabili ai fini dello scrutinio del terzo motivo.
Il primo viene in evidenza in occasione dell'accesso al pronto soccorso del 2 luglio 1999: pur avendo la sentenza impugnata affermato che nel referto la causa del riscontrato trauma contusivo alla regione inguinale sinistra veniva genericamente riferita come "accidentale", non risponde alla diligenza qualificata che deve caratterizzare l'opera di refertazione della visita di chi si presenti ad un pronto soccorso fornire da parte della struttura, specie in relazione alla constatazione di un trauma di quella natura (dietro il quale si potrebbe nascondere anche un ipotetico fatto di reato), una indicazione generica come quella refertata, essendo necessario, d'altro canto, anche in presenza di reticenza del paziente, almeno darne atto (e ciò a prescindere da eventuali doveri di riferirne all'autorità diploizia giudiziaria). Tanto si rileva anche a prescindere dalla circostanza che l'E. si fosse fatto visitare il 28 giugno stesso, che, ove risultasse in atti (ed il giudice di rinvio potrà verificarlo), non farebbe che rafforzare la valutazione di mancanza di diligenza e ciò non solo nell'attività di refertazione, ma anche nel non collegare il nuovo accesso con quello del 28 XXXXXX.
Il secondo profilo concerne l'accesso al pronto soccorso del XXXXXXXX, nel quale è la stessa sentenza impugnata a dire che emerse che il trauma si indicò come avvenuto il (OMISSIS): non si comprende, secondo nozioni di fatto di logica comune che risultano applicabili anche in questo giudizio di legittimità, come, di fronte ad un nuovo accesso del paziente dopo quello del primo giorno e nella constatazione di esiti di ematoma alla parete addominale (e non più di un trauma contusivo alla regione inguinale sinistra), nonché nella conoscenza ormai acquisita della risalenza dell'evento traumatico ad alcuni giorni prima, ci si sia limitati ad una nuova prescrizione di un antidolorifico e, dunque, a rinnovare la terapia suggerita il giorno prima. Tanto emerge dal fatto stesso che il giorno dopo (il XXXXXXXX) e, quindi, a sole ventiquattro ore di distanza, si ritenne,
invece, non solo di eseguire un'ecografia, che diede il risultato di evidenziare "un vasto ematoma della parete addominale e della regione lombare, interessante la zona pelvica", ma, all'esito, di ricoverare il paziente prescrivendo il drenaggio dell'ematoma e consigliando sia in cumulo sia, in alternativa, un controllo ecografico ed una TC o una TAC.
Il terzo profilo concerne la mancata esecuzione di quanto prescritto dal servizio di pronto soccorso come da effettuarsi nelle 24/48 ore: la fissazione di un simile lasso temporale, con una ipotesi breve di ventiquattro ore ed una massima di quarantotto ore, e, quindi, con stringente limite della scelta, palesava l'urgenza dell'accertamento, il che rende palesemente privo di diligenza il comportamento successivo della struttura che si concretò nell'eseguire solo un esame radiografico del bacino e dell'anca il XXXXXXXX.
Un quarto profilo di violazione del dovere di diligenza si rileva nel senso che, essendo la prescrizione della TAC relativa di un accertamento più complesso ed esaustivo della ecografia, l'alternativa posta dalla prescrizione fatta il giorno X dal pronto soccorso non concerneva il rapporto fra l'uno e l'altro accertamento e, dunque, la possibilità di fare l'uno o l'altro accertamento, bensì solo la possibilità di procedere ad una ecografia e ad una TAC oppure direttamente ad una TAC. Erroneamente la Corte territoriale ha inteso, invece, l'alternativa nell'altro senso.
Tutti tali profili evidenziano in modo palese la violazione del dovere di diligenza qualificata di cui all'art. 1176, secondo comma, tanto più - con riferimento all'ultimo - se si considera che la struttura ospedaliera non ha osservato le sue stesse prescrizioni.
La Corte territoriale ha omesso di considerare i primi due profili rilevati. Ha erroneamente valutato il terzo ed il quarto quanto ai termini della detta alternativa. La Corte territoriale è incorsa anche in ulteriori errori di valutazione della diligenza dell'ospedale (omissis) nell'esecuzione della prestazione, che i ricorrenti hanno sostanzialmente rassegnato nell'illustrazione del primo motivo.
Inparticolare:

aa) si è occupata in modo erroneo della mancata esecuzione della TAC assumendo che la sua esecuzione non avrebbe potuto portare alla scoperta del corpo estraneo, non diversamente da come non vi condusse quella eseguita dalla struttura ospedaliera XXXXXXX: sotto tale profilo la Corte territoriale ha escluso la rilevanza dell'omissione di essa, assumendo che il comportamento omissivo, pur inseritosi nella serie causale materiale in quanto tenuto nell'ambito del rapporto curativo, non avrebbe svolto in concreto efficienza causale nel senso che, se anche esso fosse
stato tenuto, non avrebbe potuto portare ad un esito diverso della vicenda dell'E. .
L'assunto è privo di pregio, in quanto la rilevanza della mancata esecuzione della TAC non discende dal fatto che, se fosse stata eseguita, avrebbe individuato la presenza della scheggia di legno, bensì dal fatto che avrebbe portato alla individuazione della dimensione della massa purulenta entro la quale si annidava la scheggia e, quindi, avrebbe suggerito in occasione già del primo intervento chirurgico eseguito presso la struttura orvietana la possibilità di intervenire come poi intervenne la struttura sanitaria perugina e non nel modo in cui si intervenne, sì da poter individuare la presenza della scheggia;

bb) si è occupata della mancata effettuazione dell'ecografia al giorno 6 adducendo che non vi sarebbe stata prova che la sua esecuzione avrebbe rivelato la presenza delle raccolte purulente, ma ha del tutto erroneamente addebitato - come s'è già rilevato scrutinando il quinto motivo – tale incertezza ai ricorrenti, anziché alla struttura sanitaria, come avrebbe dovuto invece fare, considerando che l'essere stata effettuata la prescrizione il giorno X proprio per la ricerca dello stato del paziente lasciava supporre una valutazione tecnica del sanitario del pronto soccorso di esistenza di una qualche anomalia, sì da consigliare in una forbice di sole 24/48 quarantotto ore l'esecuzione di una nuova ecografia e di una TAC o di una TAC, il che onerava a maggior ragione la struttura di dimostrare che essa non esisteva al XXXXXXXX e, nel perdurare dell'incertezza di addebitarla ad essa;

cc) la stessa esecuzione di due interventi di incisione sostanzialmente ripetitivi, evidenziava un profilo difficilmente compatibile con l'esecuzione di una prestazione diligente, se essa, a parte la loro breve durata e, quindi, il dubbio che se si fosse intervenuto più a lungo si fosse potuti arrivare a individuare la scheggia di legno, si rapporta al risalire del rapporto curativo al XXXXXXXX se non al (OMISSIS)), alle scansioni con cui si era articolato in precedenza e,

soprattutto, all'omissione degli accertamenti diagnostici nei termini ritenuti stringenti già il (OMISSIS) . dd) lo stesso procedere dopo l'intervento chirurgico del XXXXXXXX ad altro intervento dopo due giorni, nonostante l'evidenza di un'urgenza, sottende altro profilo di omissione di diligenza.
La sentenza impugnata va, pertanto, cassata in accoglimento del terzo motivo, perché risulta conclamata la violazione da parte sua dell'applicazione del principio di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c. per non avere sussunto come fattispecie di inosservanza della diligenza qualificata che era dovuta tutte le circostanze che si sono indicate.
Il giudice di rinvio riesaminerà la vicenda assumendo che la struttura ospedaliera perugina non ha tenuto un comportamento diligente ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c. e deve ritenersi inadempiente ai sensi dell'art. 1218 c.c. rispetto all'obbligazione curativa che aveva assunto.
Il quarto motivo a questo punto, una volta conclamato che la struttura orvietana risulta, in forza dell'accoglimento del terzo motivo, essere incorsa nella violazione del dovere di diligenza sotto i vari profili indicati, risulta fondato in via consequenziale, perché la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. non copre l'imprudenza o la negligenza e, quindi, la violazione del dovere di diligenza qualificata, ma solo l'imperizia.
D'altro canto, le stesse considerazioni con cui la sentenza impugnata ha ritenuto di affermare che ricorreva un'ipotesi di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà risultavano prive di fondamento.
Il dare rilievo - come ha fatto la sentenza impugnata - alla natura subdola della fascite, alla sua rarità ed alla sua difficile diagnosticabilità è singolare, là dove - sulla falsariga delle valutazioni dei consulenti - si è concretato in un apprezzamento con riferimento alla diagnosi della fascite del tutto erroneo ai fini della individuazione di una prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà: infatti, esso risulta effettuato come se fosse certo il rapporto curativo fosse iniziato quando la fascite era già in atto e, quindi, l'errore fosse stato di non averla diagnosticata, e lo ha fatto senza spiegare come e perché essa - in ipotesi - fosse stata in atto dal momento iniziale del rapporto curativo e non fosse stata il frutto di una evoluzione dello stato in cui l'E. si era presentato alla struttura ospedaliera orvietana il (OMISSIS) e dell'inadeguatezza dello svolgimento del rapporto curativo allora iniziato, circostanze che, rilevando sul piano dell'esenzione dalla responsabilità soggettiva, avrebbero dovuto provarsi dalla struttura stessa, restando la relativa incertezza a suo carico.
Ancora più scorretto risulta l'avere dato rilievo alla valutazione della perizia penale senza considerare che le considerazioni espresse da quei periti erano state espresse senza considerare gli accessi al pronto soccorso del (OMISSIS) e, quindi, senza considerare che almeno (ma se fosse accertato che già il (OMISSIS) l'E. si era recato al pronto soccorso, l'omessa considerazione avrebbe ancora valore più pregante, perché gli accessi del X e del X avrebbero dovuto essere posti in collegamento con quello del 28) in occasione del secondo era chiara alla struttura la risalenza dell'evento traumatico al 28 giugno, il che, secondo nozioni logiche di comune esperienza, palesava certamente una situazione che avrebbe dovuto allarmare i sanitari, come allarmò quello che intervene il XXXXXXXX successivo. Alla perizia pena, in quanto effettuata senza la piena conoscenza dell'evolversi del rapporto curativo, non si sarebbe dunque dovuto dare il rilievo che si è dato, a pare l'errore da essa compiuto.
L'attribuire rilievo ad una mancata collaborazione o imprecisione dell'E. nel fornire le indicazioni in sede di anamnesi, oltre che enunciata del tutto genericamente, è parimenti singolare, atteso che, una volta iniziato il rapporto curativo, la ricerca della situazione effettivamente esistente in capo al paziente, almeno per quanto attiene alle evidenze del suo stato psico-fisico, è affidata al sanitario, che deve condurla in modo pieno e senza fidarsi dell'indirizzo che può avergli suggerito la dichiarazione resa in sede di anamnesi dal paziente, integrando un diverso operare una mancanza palese di diligenza, con la conseguenza che deve escludersi che l'incompletezza o reticenza sotto il profilo indicato delle informazioni sulle sue condizioni psico-fisiche, se queste sono accertatali dal sanitario e/o dalla struttura attraverso l'esecuzione accurata secondo la lex artis della prestazione iniziale del rapporto curativo, non può essere considerata ragione giustificativa per l'applicazione della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.
Il giudice di rinvio, in conseguenza, nel riesaminare la fattispecie di responsabilità la considererà non riconducibile alla limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c..
Nel procedere al riesame, naturalmente, il giudice di rinvio dovrà valutare se le violazioni del dovere di diligenza commesse dalla struttura ospedaliera orvietana, ove non si fossero verificate, avrebbero determinato una situazione tale da impedire l'evoluzione della patologia dell'E. in fascite necrotizzante, ma, ove dovesse constatare che non è possibile dare una risposta certa sul punto, l'incertezza conseguente graverà sulla struttura ospedaliera, perché essa era onerata di provare l'assenza di profili di colpa nell'esecuzione del rapporto curativo.
Se, dunque, sulla base delle risultanze degli atti, resterà oscuro se uno svolgimento diligente della prestazione avrebbe potuto impedire l'evoluzione della patologia dell'E. in fascite necrotizzante con esito finale mortale, l'incertezza graverà sulla struttura ospedaliera orvietana con ogni conseguenza in punto di affermazione della responsabilità.
Dovrà escludersi che l'incertezza possa essere fatta gravare sui ricorrenti, perché altrimenti, con inversione del criterio di riparto della prova dell'elemento soggettivo, li si onererebbe della prova della colpa della struttura, che, invece, era ed è onerata di provare la propria assenza di colpa e, per quanto osservato, anche di una colpa lieve, non operando la limitazione di cui all'art. 2236 c.c..
La sentenza impugnata è, dunque cassata in accoglimento del terzo, quarto e quinto motivo del ricorso principale.
Il Collegio ritiene opportuno disporre il rinvio ad altra Corte d'Appello, che si designa nella Corte d'Appello di Roma.

Il ricorso incidentale dell'assicurazione resistente è inammissibile per inosservanza del requisito di cui all'art. 366 n. 3 c.p.c., non recando l'esposizione del fatto, e - se tale valutazione fosse superabile - per inosservanza del requisito di cui all'art. 366-bis c.p.c., atteso che l'unico motivo su cui si fonda, dedotto ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. non si conclude né contiene il momento di sintesi espressivo della c.d. "chiara indicazione", cui alludeva l'art. 366-bis c.p.c. (in termini: Cass. sez. un. n. 20603 del 2007, fra tante).
Se si procedesse alla lettura della sua illustrazione, d'altro canto, il motivo rivelerebbe che, in realtà, censurando la compensazione delle spese per pretesi giusti motivi, disposta nel rapporto processuale fra i ricorrenti e la società assicuratrice, avrebbe dovuto dedursi come motivo di violazione di norma del procedimento, l'art. 92 c.p.c., con la conseguenza che si sarebbe dovuto concludere con un quesito di diritto, donde ulteriore ragione di inammissibilità.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, dichiara inammissibile il primo ed il secondo motivo del ricorso principale ed inammissibile il ricorso incidentale. Accoglie il terzo, quarto e quinto motivo del ricorso principale per quanto di ragione. Cassa la sentenza impugnata in relazione e rinvia anche per le spese del giudizio di cassazione alla Corte d'Appello di Roma.