

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 22 MARZO 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Consiglio di Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1621	
TAR Sardegna, Sez. I, 14 febbraio 2022 n. 99	
TAR Lazio, Roma, Sez. I, 28 febbraio 2022, n. 2303	
Diritto Civile e Processuale Civile	16
Tribunale Civile di Reggio Emilia, Sez. II, 17 febbraio 2022	

Consiglio di Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1621.

Massima

La mancata impugnazione del parere ANAC non vincolante, espresso dall'Autorità ai sensi dell'art. 211, D.Lgs. n. 50/2016, il cui contenuto sia recepito *per relationem* nel provvedimento amministrativo pregiudizievole per il destinatario, non determina inammissibilità del ricorso, ma può solo, eventualmente, incidere sull'adeguatezza delle censure sollevate relativamente al prospettato difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

Caso di specie

Con la sentenza in esame, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata su una vicenda piuttosto complessa, sviluppatasi nel più ampio contesto della gara bandita dalla società concessionaria della progettazione, costruzione e gestione di un parcheggio interrato nel Comune di Bergamo, al fine di aggiudicare l'affidamento dei lavori di costruzione del parcheggio medesimo. In particolare, all'esito della procedura di gara la società concessionaria ha stipulato un contratto di appalto con l'operatore economico primo graduato; tale contratto è stato successivamente risolto in via consensuale e pertanto, accertata l'assenza di interesse in capo alla seconda graduata, la società concessionaria si è determinata a ricorrere all'istituto dell'interpello, disciplinato dall'art. 110, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 50/2016, al fine di stipulare un nuovo contratto di appalto con il R.T.I. terzo graduato.

Occorre precisare che da diverso tempo la concessione in esame risultava oggetto di un procedimento di vigilanza, avviato dall'ANAC nei confronti del Comune di Bergamo e della società concessionaria. Nell'ambito di tale procedimento di vigilanza, il Comune di Bergamo, di contrario avviso rispetto alla possibilità, per la società concessionaria, di ricorrere all'istituto

dell'interpello *ex art.* 110, D.Lgs. n. 50/2016, ha sottoposto la questione all'ANAC, richiedendole di esprimere un parere sul punto ai sensi dell'art. 211, D.Lgs. n. 50/2016.

L'Autorità si è pronunciata sulla questione con la delibera n. 737, di data 9 settembre 2020, affermando l'impossibilità di applicare l'istituto dell'interpello al caso di specie sulla base del rilievo per cui la disposizione di cui all'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, limita la propria operatività sostanzialmente all'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento. La disposizione citata, costituendo un'eccezione alla regola generale del continuativo possesso dei requisiti e dell'immodificabilità soggettiva dell'esecutore, deve considerarsi di stretta interpretazione e, pertanto, non può essere estesa all'ipotesi di risoluzione consensuale del contratto. L'ANAC ha inoltre evidenziato come, a ritenere altrimenti, si giungerebbe all'inaccettabile conclusione di dover ammettere uno scorrimento della graduatoria in presenza di ogni risoluzione consensuale, eludendo così l'esito della gara e comportando il delinarsi di un'ipotesi di cessione del contratto di appalto pubblico.

La società concessionaria ha tempestivamente comunicato al R.T.I. aggiudicatario il contenuto del parere reso dall'ANAC, informando lo stesso dell'intenzione di sospendere cautelativamente ogni attività di approvvigionamento finalizzata all'appalto. Successivamente, il consiglio di amministrazione della società concessionaria ha preso atto della posizione del Comune di Bergamo, contrario al ricorso all'istituto dell'interpello, e, conseguentemente, ha deliberato la revoca dell'aggiudicazione al R.T.I.

Il R.T.I. ha impugnato innanzi al T.A.R. competente la revoca dell'aggiudicazione ritualmente comunicata dal R.U.P., lamentando, per quanto rileva, che difettassero i motivi di pubblico interesse che avrebbero potuto giustificare la revoca del provvedimento di aggiudicazione, la quale, al contrario, sarebbe stata fondata su un acritico recepimento dell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, suggerita dall'ANAC e avallata dal Comune di Bergamo. Il Tribunale di primo grado ha dichiarato inammissibile il ricorso per omessa impugnazione della delibera di revoca dell'aggiudicazione adottata dal consiglio di amministrazione della società concessionaria, nonché per omessa impugnazione della delibera ANAC che, in quanto

recepita nel provvedimento di revoca, avrebbe assunto carattere di lesività.

Motivi della decisione

A seguito dell'impugnazione della sentenza del TAR competente da parte del R.T.I. aggiudicatario, è stato chiamato a pronunciarsi sulla questione il Consiglio di Stato, il quale ha accolto le censure sollevate dal ricorrente, affermando, in primo luogo, la rilevanza esclusivamente interna della delibera di revoca dell'aggiudicazione adottata dal consiglio di amministrazione della società concessionaria. Detta delibera, infatti, ha assunto rilievo esclusivamente ai fini della formazione della volontà in senso privatistico della società concessionaria, mentre l'atto concretamente lesivo per il R.T.I. doveva essere individuato nel recepimento e nella comunicazione della stessa da parte del R.U.P., ossia dell'unico soggetto investito, ai sensi di quanto previsto dal D.Lgs. n. 50/2016, di poteri pubblicistici.

Il Consiglio di Stato ha inoltre affermato che neppure la delibera ANAC, al cui contenuto rinviava la delibera di revoca dell'aggiudicazione, necessitasse di autonoma impugnazione, e ciò in quanto la delibera in esame, seppur adottata nel contesto di un procedimento di vigilanza, aveva carattere di parere interlocutorio, soggetto alla disciplina dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, D.Lgs. n. 50/2011. Tale disposizione prevede che i pareri di tale tipologia "*obbliga[no] le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in ess[i] stabilito*": pertanto, i pareri assumono o meno natura vincolante a seconda della preventiva accettazione, da parte delle parti interessate, dell'obbligo di attenersi a quanto statuito dall'ANAC.

Nel caso di specie, l'unico soggetto ad essersi preventivamente obbligato a conformarsi all'esito del parere era il Comune di Bergamo, mentre per la società concessionaria e il R.T.I. aggiudicatario il parere assumeva natura non vincolante.

Il Consiglio di Stato, richiamando la consolidata giurisprudenza sul punto, ha ribadito che il parere reso ai sensi dell'art. 211, D.Lgs. n. 50/2016 può ritenersi immediatamente lesivo solo qualora abbia natura vincolante: al verificarsi di tale condizione deve ammettersene l'immediata impugnabilità, come peraltro affermato dallo stesso art. 211, D.Lgs. n. 50/2016.

Il parere non vincolante, al contrario, non presenta, di regola, carattere lesivo, e dunque non

può essere immediatamente impugnato, salvo il caso in cui sia fatto proprio dalla stazione appaltante che sulla base di quest'ultimo assuma la relativa determinazione provvedimento. In quest'ultima ipotesi, il sindacato giurisdizionale sul contenuto del parere ANAC è dunque differito al momento dell'adozione del provvedimento concretamente lesivo per il destinatario da parte dell'organo istituzionale competente.

Ciò premesso, delineate le condizioni di impugnabilità del parere non vincolante, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione relativa alle conseguenze della mancata impugnazione del parere ANAC da parte del destinatario del provvedimento negativo che ne abbia recepito il contenuto, concludendo nel senso che la mancata impugnazione del parere non determina l'inammissibilità del ricorso, ma può, semmai, *“avuto riguardo alla possibile eterointegrazione per relationem della motivazione del provvedimento applicativo che lo abbia anche in parte fatto proprio, riflettersi sul prospettato difetto di motivazione, non potendo eventualmente ritenersi adeguatamente censurata la parte motivazionale del provvedimento applicativo”*.

Nel merito, il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità, sotto il profilo della motivazione, del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione: la questione relativa all'interpretazione dell'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, ha costituito una mera questione secondaria, in quanto il provvedimento di revoca è stato fondato non tanto sulla ritenuta impossibilità di ricorrere all'istituto dell'interpello, quanto sulla constatazione della circostanza per cui, essendosi il Comune di Bergamo previamente vincolato al rispetto di quanto affermato dall'ANAC con il parere emesso ex art. 211, D.Lgs. n. 50/2016, l'eventuale ricorso all'istituto dell'interpello avrebbe determinato la cessazione del rapporto concessorio, con conseguente impossibilità di realizzare, da parte del R.T.I., i lavori oggetto dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha dunque riconosciuto la corretta e compiuta motivazione del provvedimento di revoca, determinato dalla necessità, in ossequio alle preminenti esigenze di interesse pubblico, di consentire quanto prima la realizzazione dei lavori di costruzione del parcheggio oggetto di concessione.

Qualora, viceversa, la società concessionaria avesse adottato una diversa interpretazione della disposizione di cui all'art. 110, D.Lgs. n. 50/2016, stipulando così il contratto di appalto con

SOMMARIO

il R.T.I. aggiudicatario, ciò avrebbe determinato l'instaurarsi di un contenzioso, prolungando ulteriormente i tempi di realizzazione dell'opera.

TAR Sardegna, Sez. I, 14 febbraio 2022 n. 99

Massima

La ricevuta di mancata consegna di un messaggio PEC inviato a una casella postale saturo impone al mittente di adoperarsi altrimenti affinché il messaggio stesso sia portato a conoscenza del destinatario.

Caso di specie

Il TAR Sardegna si è recentemente pronunciato sulla legittimità di un provvedimento ablatorio, reso dall'amministrazione comunale competente, a fronte di una dichiarazione autocertificava unica presentata da un privato per la realizzazione di un tratto di muratura di recinzione lungo strada e tra proprietà private, previa demolizione della recinzione esistente e conseguente rimozione e posa in opera di cancelli in ferro.

Il provvedimento *de quo* è stato adottato anche sul presupposto della mancata ricezione delle osservazioni, da parte del privato, al preavviso di rigetto ritualmente comunicatogli dall'amministrazione circa un mese e mezzo prima dell'adozione del provvedimento stesso. Senonché, tali osservazioni erano state trasmesse via PEC all'amministrazione comunale, ma il privato si era visto recapitare una ricevuta di mancata consegna del messaggio, in quanto la casella postale di quest'ultima risultava piena.

Il provvedimento in esame è stato dunque impugnato dal privato innanzi all'intestato Tribunale.

Nel ricorso introduttivo del giudizio, il privato ha in particolare sostenuto, per quel che qui interessa rilevare, l'illegittimità del provvedimento ablatorio sul presupposto che l'amministrazione non ha tenuto conto delle osservazioni presentate dal ricorrente in riscontro alla comunicazione dei motivi ostativi, peraltro evidenziando che l'istante non ha presentato alcun riscontro.

A sostegno della propria tesi il ricorrente ha fatto leva sulla circostanza che nessun rilievo potrebbe essere attribuito alla mancata consegna delle osservazioni per l'impossibilità derivante dalla

saturazione della capienza massima della casella di posta elettronica dell'amministrazione, dovendosi arrestare l'onere di diligenza del privato cittadino all'invio della PEC e dovendo, al contrario, essere esclusivo onere del titolare della casella di posta provvedere alla sua periodica manutenzione e svuotamento in modo che sia costantemente idonea alla ricezione di atti.

Motivi della decisione

La tesi, pur non essendo peregrina, è stata tuttavia ritenuta infondata dal giudice investito della controversia.

Il TAR ha rilevato, in particolare, che è senz'altro vero che il titolare della casella di posta deve mantenere la stessa affinché sia sempre possibile la ricezione di messaggi (ciò secondo quanto indirettamente ricavabile dalla lettura del Codice dell'amministrazione digitale), tuttavia, anche in assenza di una espressa previsione di legge che disciplina una presunzione di conoscenza del contenuto di documenti non pervenuti all'amministrazione, resta fermo in capo al mittente l'obbligo di comportarsi secondo i canoni comportamentali della correttezza e della buona fede, nel rispetto dei quali avrebbe dovuto inoltrare nuovamente le osservazioni predisposte, anche mediante una modalità alternativa a quella telematica.

Così pronunciandosi, il TAR ha dato prevalenza ai canoni generali che permeano l'ordinamento piuttosto che alle disposizioni del citato Codice, statuendo peraltro come il ricorrente, con il suo comportamento, ha dimostrato di non coltivare con la diligenza dovuta l'interesse di poter superare, mediante la produzione di integrazioni e chiarimenti, i motivi ostativi comunicatigli dall'amministrazione comunale.

La pronuncia in esame si innesta nel solco di orientamenti giurisprudenziali già formatisi sul punto, peraltro discordanti tra loro, seppur concernenti procedimenti notificatori appartenenti alla sfera processuale - con conseguente applicazione delle discipline del processo telematico - e non già, come nel caso di specie, procedimentale.

Tra gli orientamenti citati valga segnalare, innanzitutto, quel filone giurisprudenziale che sostiene l'imputabilità al destinatario della mancata consegna del messaggio PEC, in caso di inadempimento all'obbligo di dotazione di un servizio automatico di avviso dell'imminente

saturazione della propria casella di posta elettronica certificata e di verifica dell'effettiva disponibilità dello spazio a disposizione. Tale assunto, reso in applicazione del D.M. 21 febbraio 2011, n. 44, considera però la circostanza dell'avvenuto deposito in cancelleria del relativo atto, che ha quindi consentito *aliter* il perfezionamento della notifica ai sensi del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 (cfr. Cass. pen., Sez. III, 1° dicembre 2017, n. 54141).

Un ulteriore orientamento sottolinea che, al verificarsi dell'ipotesi oggetto del presente commento, grava sul mittente l'onere di riavviare in tempi brevi il procedimento di notificazione presso il domicilio fisico del destinatario, in ossequio al principio della ragionevole durata del processo nonché ai sensi delle regole generali dettate dall'art. 137 c.p.c. (vds. Cass., SS. UU., 15 luglio 2016, n. 14594; nello stesso senso, cfr. Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., 31 luglio 2017, n. 19059; Cass. civ., Sez. V, ord. 11 maggio 2018, n. 11485; Cass. civ., Sez. VI - 3, Ord., 9 agosto 2018, n. 20700; Cass., Sez. Lavoro, Ord. 9 marzo 2021, n. 6503; Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 40758).

Di avviso diametralmente opposto altre pronunce giurisprudenziali, che considerano regolarmente avvenute la notificazione o la comunicazione trasmesse a una casella di posta elettronica satura, giacché, una volta ottenuta l'abilitazione all'utilizzo del sistema di posta elettronica certificata, il titolare diventa responsabile della gestione della propria utenza, con il duplice onere di verificare periodicamente le comunicazioni inviategli a tale indirizzo e di attivarsi affinché i messaggi possano essere regolarmente recapitati (cfr. Cass. civ., Sez. Lavoro, 21 maggio 2018, n. 12451, che richiama *id.*, 21 novembre 2016, n. 23650; vds. Cass. civ., Sez. III, Ord., 23 febbraio 2021, n. 4920). Valga rilevare che tali pronunce concernono, in particolare, il caso in cui il messaggio PEC sia stato inviato dalla cancelleria del Tribunale investito della controversia.

Un ultimo arresto giurisprudenziale considera, infine, la possibilità che la saturazione della casella di posta elettronica sia configurabile alla stregua di un preventivo rifiuto di ricevere ulteriori messaggi, con l'effetto che tale condotta renderebbe valida la consegna del messaggio (cfr. Cass. civ., sez. VI - 3, Ord., 5 febbraio 2020, n. 2755).

Il riepilogo giurisprudenziale svolto dimostra inequivocabilmente l'incertezza che la giurisprudenza nutre sul punto, tanto da dover

ricorrere a interpretazioni delle lacunose norme applicabili che, a volte, sembrano essere addirittura - sia consentito l'utilizzo dei termini - tendenziose e discriminatorie, in quanto vengono trattati diversamente casi analoghi, a seconda che il mittente sia il privato ovvero l'amministrazione. In tale contesto, l'orientamento del TAR Sardegna corrobora ulteriormente il clima di incertezza descritto, laddove non tiene conto del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo, ma addirittura aggiunge l'elemento dell'interesse del mittente a coltivare la propria istanza quale indice per valutare il mancato perfezionamento della comunicazione telematica.

A ciò si aggiunga che tale pronuncia risulta particolarmente contraddittoria nella parte in cui, per un verso, riconosce che la comunicazione spedita via PEC è da intendersi validamente consegnata qualora la mancata consegna sia dovuta a fatto imputabile al destinatario, mentre, per altro verso, rileva che non vi è una disposizione di legge che stabilisce una presunzione di conoscenza del contenuto di documenti che non erano pervenuti all'Amministrazione. Delle due, tuttavia, l'una. Anche perché non vi è alcuna disposizione di legge che prevede che l'invio del messaggio telematico, a fronte del quale si è registrato l'inadempimento del destinatario di mantenere la propria casella di posta, possa avere rilievo - come il Tar Sardegna sostiene - ai soli fini della prova del rispetto dei termini ma non anche per la valutazione della legittimità della successiva azione dell'amministrazione.

In tale contesto, è quindi agevole comprendere lo smarrimento avvertito dagli operatori del settore, i quali, in assenza di norme chiare, in casi analoghi a quello di specie non potranno che fare affidamento sulla loro diligenza. Ciò, peraltro, anche a costo di dover sopportare plurimi incombenti, francamente inaccettabili all'interno di un panorama tecnologico avanzato e, in quanto tale, finalizzato allo snellimento e alla semplificazione dei procedimenti e dei processi.

In conclusione, non è banale, a parere di chi scrive, reiterare il solito e noioso appello al Legislatore di dare pronta soluzione al tema in esame mediante la predisposizione di un quadro normativo chiaro, che magari si inserisca all'interno del Codice dell'amministrazione digitale, quale testo di riferimento per l'informatizzazione della pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini e le imprese e da cui attingere per conseguentemente

uniformare le varie discipline sul processo telematico.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, 28 febbraio 2022, n. 2303

Massima

Per i procedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato volti all’accertamento degli illeciti consumeristici non trovano applicazione i termini previsti dall’art. 14 della L. n. 689/1981, assunto il carattere suppletivo della disposizione in assenza di una normativa speciale. Tali procedimenti sono infatti disciplinati dal “*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*”, il cui art. 6, co. 1, non qualifica espressamente il termine di 180 come perentorio, né individua ipotesi di decadenza dalla potestà sanzionatoria tardivamente esercitata. Vige, in materia, il principio di ragionevolezza dell’accertamento, in forza del quale l’istruttoria deve comunque essere avviata entro un termine congruo, tenuto conto della complessità della singola fattispecie.

Caso di specie

Con ricorso proposto davanti al TAR Lazio, una società impugnava il provvedimento del 22 dicembre 2020 con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – ritenendo che le condotte poste in essere dalla società, consistenti nella inadeguata gestione delle istanze di prescrizione biennale dei consumi di energia elettrica e gas, integrassero una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 24 e 25 del Codice del Consumo – aveva irrogato una sanzione pecuniaria pari al massimo edittale di Euro 5.000.000 ed ordinato la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa ai sensi dell’art. 27, co. 8, del Codice del Consumo.

Motivi della decisione

La ricorrente contestava il provvedimento dell'AGCM attraverso plurime ed articolate censure. La prima, in particolare, appuntava l'illegittimità della sanzione sotto al profilo della decadenza del termine per la contestazione dell'illecito, in quanto la comunicazione di avvio del procedimento sarebbe stata notificata (tardivamente) oltre il termine di 90 giorni previsto dall'art. 14 della L. n. 689/1981. Sosteneva, infatti, la ricorrente, che l'Autorità, pur conoscendo/disponendo di tutti gli elementi necessari all'avvio del procedimento istruttorio sin dal secondo semestre 2018 (o, comunque, dal 4 luglio 2019), avesse avviato il medesimo solamente il 6 luglio 2020.

La questione della diretta applicabilità dell'art. 14 della L. n. 689/1981 ai procedimenti di competenza dell'AGCM è oggetto di un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla VI sezione del Consiglio di Stato.

Secondo una prima prospettiva, condivisa ad esempio dal Consiglio di Stato con sent. n. 8492/2021, i termini previsti dall'art. 14 della L. n. 689/1981 non sarebbero direttamente applicabili ai procedimenti dell'Autorità, assumendo la normativa in materia di sanzioni amministrative carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale. Diversamente, altro orientamento – formatosi per i procedimenti in materia di tutela della concorrenza, dove la regolamentazione delle procedure, contenuta nel d.P.R. n. 217/1998, non reca indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti (Cons. Stato, sent. n. 512/2020) – ha ritenuto l'art. 14 della L. n. 689/1981 dotato di applicazione generale. Tale efficacia, segnatamente, discenderebbe dall'art. 12 della medesima legge, secondo il quale *“Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale”*.

Preso atto delle due tesi, il giudice amministrativo ha respinto la censura della ricorrente, osservando come la sanzione oggetto del contendere fosse stata emessa ad esito di un procedimento relativo ad una pratica commerciale scorretta, estraneo al perimetro degli accertamenti in materia antitrust, regolati dal d.P.R. n. 217/1998.

Nei casi di illeciti consumeristici, infatti, è presente la delibera AGCM n. 25411 del 1° aprile

2015 adottata ai sensi dell'art. 27, comma 11 del Codice del Consumo, che ha imposto all'Autorità di dotarsi di un regolamento per disciplinare le procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole, comparativa e di pratiche commerciali scorrette. Tale regolamento, pur prevedendo una scansione temporale delle attività che l'AGCM è tenuta ad osservare, non qualifica espressamente il termine di 180 giorni per l'avvio dell'istruttoria come un termine perentorio, né individua ipotesi di decadenza dalla potestà sanzionatoria, né, infine, prevede una illegittimità dell'accertamento tardivamente esercitato.

Il principio, piuttosto, è quello del "termine ragionevole", nel senso che non potendosi giustificare una attività preistruttoria libera da qualsiasi vincolo temporale, l'Autorità è chiamata ad avviare la fase istruttoria entro un lasso di tempo ragionevole (*i.e.* 180 giorni, salvo richieste di informazioni) decorrente non già dalla mera notizia del fatto sanzionabile, ma dalla piena conoscenza della condotta illecita.

Nella fattispecie, il TAR, dalla documentazione versata in atti, ha dedotto come le prime segnalazioni fossero pervenute nel secondo semestre del 2018, per poi intensificarsi nell'anno successivo sino a proseguire anche nel corso del 2020. A fronte di tale circostanza, la durata della fase preistruttoria, conclusasi il 6 luglio 2020 con l'avvio del procedimento, non è stata ritenuta irragionevolmente lunga, considerata la necessità per l'AGCM di ponderare il numero delle segnalazioni e la valenza delle criticità descritte dall'utenza in oltre due anni.

Tribunale Civile di Reggio Emilia, Sez. II, 17 febbraio 2022.

Massima

Nel caso di dedotta responsabilità sanitaria, l'onere della prova va modulato sulla scomposizione del ciclo causale in due elementi: spetta innanzitutto al paziente provare il nesso causale tra l'insorgere della patologia e la condotta del medico; solo in un secondo momento, laddove il paziente abbia dato prova di tale ciclo causale, il sanitario deve provare il pieno rispetto delle *leges artis* o comunque delle *best practices*, evidenziando la causa non imputabile che gli ha reso impossibile fornire la prestazione corrispondente ai canoni di professionalità dovuti.

Caso di specie

La vicenda trae origine da un intervento di mastoplastica additiva eseguito dall'attrice, a seguito del quale la stessa - previo esperimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis c.p.c.* - adiva il giudice di merito onde ottenere la condanna del medico, rimasto contumace, nonché della struttura sanitaria al risarcimento del danno asseritamente subito a titolo di colpa medica.

In particolare, l'attrice deduceva l'insorgere di inestetismi e asimmetrie mammarie, a suo dire causalmente riconducibili al detto intervento. Il giudice, valorizzando le risultanze peritali in sede di ATP, dà seguito al prevalente orientamento invalso nelle corti di merito - nonché ribadito in recenti arresti di legittimità - rigettando la richiesta risarcitoria, per non aver il paziente dimostrato il necessario nesso causale tra danno lamentato e condotta del sanitario.

Motivi della decisione

Nella recente pronuncia in commento si riafferma la c.d. "*scomposizione del ciclo causale*" con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova necessario al fine di affermare la sussistenza di una colpa medica da *malpractice* in

capo alla struttura e/o al singolo operatore sanitario.

Il Tribunale adito si pone in continuità con l'orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità, di cui richiama copiosi e mai disattesi precedenti, secondo cui ai fini risarcitori il danneggiato è comunque tenuto a dimostrare il nesso eziologico tra patologia e condotta del medico.

Pertanto, in difetto di tale prova - che assurge a vero e proprio "*necessario presupposto*" della responsabilità medica - neppure occorre indagare in merito alla sussistenza o meno di eventuali cause sopravvenute, inevitabili e comunque non imputabili al debitore-struttura sanitaria nell'esecuzione della prestazione, tali accertamenti attenendo alla seconda fase del "*ciclo causale*".

In questo senso - ed è la precisazione di maggiore interesse nella sentenza in rassegna - l'incertezza, anche non assoluta, della causa del danno lamentato comporta necessariamente il rigetto della domanda risarcitoria. È questa una conseguenza coerente con l'iter logico-giuridico seguito, sebbene nella pratica foriera di potenziali riflessi negativi per la posizione del paziente-danneggiato, il quale assume a sé il rischio che la scaturigine ignota e/o semplicemente "incerta" della patologia conduca alla reiezione della domanda.

Tanto premesso, rilevanza centrale nella decisione del caso *de quo* è attribuita alla consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., acquisita come da prassi agli atti e non contestata da parte attrice, i cui esiti hanno costituito il sostrato fattuale da cui ha preso le mosse il giudicante.

Nella consulenza, più precisamente, la responsabilità dei sanitari per l'insorgere della patologia emerge quale mera ipotesi, cui si affianca, in senso opposto e con eguale grado probabilistico, la possibilità che a cagionare il danno biologico - quantificato nella modesta entità del 2,5% - fosse stata una semplice contrattura capsulare. Evento, quest'ultimo, prevedibile ma non prevenibile dai sanitari, per cui non sarebbe rilevabile alcuna censura (e comunque "coperto" da consenso informato, adeguatamente prestato dal paziente).

Il tutto a tacere del fatto che l'elaborato peritale poggia le basi su visite eseguite sul paziente ben 9 anni dopo l'intervento chirurgico

per cui è causa, e dunque su uno “stato dei luoghi” mutato, o comunque non completamente attendibile. Alla luce delle superiori considerazioni, il Tribunale, nel risolvere il caso di specie, muove dalle condivise risultanze dell’ATP; riconosce che il considerevole lasso di tempo intercorso tra l’intervento e la perizia ha complicato la ricostruzione eziologica del danno e della esatta morfologia preoperatoria da cui poter trarre eventuali errori imputabili ai sanitari, anche in assenza di ulteriore documentazione medica; applica l’orientamento in materia di responsabilità medica da *malpractice*, ritenendo non assolto il primo “segmento” del ciclo causale, ossia l’onere della prova – gravante sul paziente danneggiato – di dimostrare il nesso tra tecnica operatoria utilizzata e patologia emersa. E ciò, beninteso, a prescindere dalla natura della responsabilità medica invocata nel caso concreto, sia extracontrattuale del professionista, sia contrattuale della struttura. In uno degli arresti di legittimità richiamati in sentenza, infatti, si afferma espressamente come anche in materia contrattuale l’art. 1218 c.c. solleva sì il creditore dall’onere di provare la colpa del debitore inadempiente, ma non da quello di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento. Sicché nei giudizi di risarcimento in esame 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 dimostrando, con qualsiasi mezzo di prova, che la condotta del sanitario sia stata, secondo il criterio del “*più probabile che non*”, la causa del danno (cfr. Cass. civ. 15 febbraio 2018, n. 3704). In definitiva, la pronuncia in commento, sull’abbrivio dell’orientamento ormai invalso, rafforza la posizione processuale della struttura sanitaria, ponendo l’accento sull’importanza di una istruttoria tempestiva e approfondita in ordine alla dedotta *malpractice*, diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, ai fini della dimostrazione del danno sofferto.

LEAP

NEWSLETTER

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners