R.g. n. 1133/2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Agrigento, sezione civile, in persona del Giudice Vincenza Bennici ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero 1133 del registro generale dell'anno 2013 vertente

TRA

Parte_1 , [redacted] (Avv. [redacted]

ATTRICE

CONTRO

Controparte_1 , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, p.Iva *P.IVA_1* (Avv. [redacted]

CONVENUTA

Controparte_2 , [redacted] (Avv. [redacted]

CONVENUTO

Controparte_3 [redacted] (Avv. [redacted]

CONVENUTO

CP_4 , [redacted] *CP_1* [redacted] (Avv. [redacted]

Controparte_5 in persona del legale rappresentante pro tempore (Avv. [redacted]

TERZA CHIAMATA IN CAUSA

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Controparte_6 , in persona del legale rappresentante pro tempore (Avv. [redacted]

TERZA CHIAMATA IN CAUSA

ASSICURATRICE *CP_7* in persona del legale rappresentante p.t. (Avv.ti [redacted] e [redacted]

TERZA CHIAMATA IN CAUSA

OGGETTO: Risarcimento danni da colpa medica

CONCLUSIONI: cfr. verbale di udienza dell'11 aprile 2017

In fatto

Con citazione introduttivo del giudizio, *Parte_2* conveniva in giudizio, dinanzi a questo Tribunale, l' *Controparte_8* , *Controparte_2* , *Controparte_3* e *CP_4* , chiedendo che venissero condannati in solido al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali da essa subiti (costituiti dal danno biologico, dal danno morale e esistenziale e dal danno da incapacità lavorativa specifica) a seguito degli esiti negativi dell'intervento di riduzione della frattura ed osteosintesi mediante applicazione di fili di "Kirschner" praticatole in data 8 aprile 2004 presso il [redacted] *Org_1* *[...]* di [redacted] effettuato dall'equipe medica composta dai convenuti *CP_3* , *CP_2* e *CP_4*

Lamentava l'attrice che, a seguito dell'intervento, eseguito con negligenza e imperizia da parte dei medici, aveva subito un danno alla salute irreversibile ed, altresì, la mancanza di informazione circa i rischi dell'intervento e sulla possibilità di evitare il predetto intervento mediante l'applicazione di un impianto protesico; lamentava infine, che il mancato rispetto delle norme igienico sanitarie aveva determinato l'insorgere di una osteomielite.

Su questi presupposti, l'attrice chiedeva di dichiarare la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei convenuti per i danni riportati, che erano da imputare alla condotta negligente, imprudente e imperita dei medici e alla inosservanza delle norme igienico sanitarie.

Si costituivano in giudizio, con distinte comparse di costituzione e risposta, *CP_3* , *CP_2* e *CP_4* eccependo l'incompetenza per territorio del giudice adito, la prescrizione del diritto per decorso del quinquennio dal fatto illecito, e l'infondatezza della domanda attorea; chiedevano inoltre di chiamare in causa, in manleva, la rispettive compagnie di assicurazione

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Organizzazione_2 *Org_3* e *Parte_3* *[...]* in virtù del contrato di assicurazione con queste contratto a copertura dei rischi professionali.

Si costituiva in giudizio l' *Controparte_8* chiedendo il rigetto della domanda attorea.

Si costituivano inoltre *Controparte_6* (nuova denominazione di *[...]* *Org_3*) e *Controparte_5* con distinte comparse di costituzione e risposta, eccependo entrambe l'assenza dei presupposti per l'operatività della polizza assicurativa, la prescrizione del diritto a far valere la garanzia, la prescrizione del diritto vantato dall'attrice e l'infondatezza, nel merito, della domanda attorea; chiedevano, in subordine, nel caso di accoglimento di tale domanda, di affermare il loro diritto di rivalsa per le somme che le stesse sarebbero state condannate a pagare.

Si costituiva infine, *Parte_4* per eccepire l'inoperatività della polizza e l'infondatezza della domanda attorea; chiedeva, in subordine, di dichiarare la esclusiva responsabilità della struttura ospedaliera oppure di accertare la graduazione delle colpe tra i convenuti.

Veniva quindi istruita la causa con espletamento di CTU medico-legale e all'udienza dell'11 aprile 2017, la causa veniva posta in decisione con assegnazione dei termini per note conclusive.

In diritto

Va esaminata, in via preliminare, l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dai convenuti.

L'eccezione è infondata.

Infatti, l'articolo 33 c.p.c. prevede che "le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 e 19 c.p.c. dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi, se sono connesse per l'oggetto o per il titolo possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio di una di esse, per essere decise nello stesso processo". Nel caso in esame, avendo uno dei convenuti (l'*Cont* sede in *CP_1* , ben poteva l'attrice promuovere il giudizio innanzi a questo Tribunale.

Anche l'eccezione di prescrizione quinquennale è infondata, essendo la responsabilità della struttura sia quella dei medici di tipo contrattuale.

Anzitutto, per quanto attiene alla natura della responsabilità invocata da parte

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

attrice, occorre distinguere tra la responsabilità gravante sul medico che ha determinato con la sua condotta colposa il pregiudizio subito dal paziente da quella cui è chiamata a rispondere la struttura ospedaliera. Per quanto riguarda la prima, infatti, in passato era controverso se essa fosse contrattuale o extracontrattuale. Secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente e consolidato, l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente ancorché non fondata sul contratto, ma sul "*contatto sociale*", ha natura contrattuale (Cass. n. 589/1999).

Per quanto riguarda la seconda è principio consolidato in giurisprudenza che la responsabilità dell'ente ospedaliero trova il suo fondamento nel contratto atipico c.d. di "spedialità o di assistenza sanitaria", il quale si conclude semplicemente con l'accettazione del paziente in ospedale. In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che: "*Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal* Organizzazione_4 *o da altro Ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'Ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto* " (Cass., n. 13066/2004; e negli stessi termini Cass. n. 2042/2005).

Va precisato che privo di pregio è il richiamo fatto dai convenuti al c.d. decreto "Balduzzi". Invero, tale intervento normativo sembrerebbe aver introdotto una modifica dei criteri di accertamento della responsabilità

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

medica, finora consolidati nel senso dell'applicazione delle regole concernenti la responsabilità contrattuale. Tuttavia, atteso che il richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo ("obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile", che equivale a dire "obbligo di risarcimento del danno"), senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria (se non che deve tenersi "debitamente conto" del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche), a parere di questo giudice non sussistono ragioni per ritenere che la novella legislativa possa aver inciso direttamente sull'attuale costruzione della responsabilità medica secondo il diritto vivente e che debba imporre un revirement giurisprudenziale nel senso del ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione. Deve dunque pervenirsi alla ragionevole conclusione che, conformemente al suo tenore letterale, alla collocazione sistematica e alla ratio dell'intervento normativo (da individuarsi nella parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario), la norma del secondo periodo non ha inteso operare alcuna scelta circa il regime di accertamento della responsabilità civile, ma ha voluto soltanto far salvo ("resta comunque fermo") il risarcimento del danno anche in caso di applicazione dell'esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito risarcitorio civile.

A ciò si aggiunga che ove la norma avesse avuto l'effetto di introdurre un nuovo regime di prescrizione, essa avendo efficacia per l'avvenire, non avrebbe potuto essere applicata alla presente fattispecie, nella quale l'illecito è stato commesso in data anteriore all'entrata in vigore di detta norma.

Il termine di prescrizione da applicare è dunque quello decennale-

Ebbene tenuto conto che l'azione è stata introdotta tra il 18 e il 19 aprile 2013 e che il fatto è accaduto nell'aprile del 2004, la prescrizione decennale non è evidentemente maturata.

Nel merito, la domanda è in parte fondata e deve essere accolta per quanto di ragione.

L'azione esperita da *Pt_2* impone un accertamento da condursi essenzialmente su due versanti: 1) quello della sussistenza di una condotta illecita (perché imperita o negligente) imputabile ai medici convenuto e della struttura ospedaliera; 2) quello della sussistenza di un nesso di causalità tra

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

dette, eventuali, condotte illecite e il danno alla salute subito da *Pt_2*

È allora opportuno, anzitutto, richiamare i principi comunemente ricevuti nella giurisprudenza di legittimità sui punti in questione.

Come detto la responsabilità dei medici e della struttura è di tipo contrattuale.

Ebbene, dall'inquadramento della responsabilità dei convenuti nell'alveo della responsabilità professionale discendono determinate conseguenze per quanto riguarda, in particolare, lo standard di diligenza che il medico deve osservare nell'esecuzione della prestazione. Infatti lo standard di diligenza, cui è tenuto il medico nell'espletamento dell'attività professionale, non è tanto quello del "buon padre di famiglia", di cui all'art. 1176, co. 1, c.c., ma è piuttosto quello "qualificato", richiesto dalla natura dell'attività esercitata ai sensi dell'art. 1176, co.2, c.c.. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che: "*La diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella "rafforzata" di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Pertanto dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata*" (Cass. 17143/2012 e, in senso conforme, Cass. 22222/2014). Pertanto, come ha precisato la giurisprudenza, il limite alla responsabilità professionale costituito dalla "colpa grave" ai sensi dell'art. 2236 c.c. si applica solo alla colpa da imperizia nei casi di prestazioni di difficile esecuzione, ma non all'imprudenza e negligenza, con la conseguenza che il medico risponde, ai sensi dell'art. 1176, co. 2, c.c., anche per "colpa lieve", qualora provochi un danno per omissione del dovere di diligenza.

Qualificata dunque come contrattuale la responsabilità in esame, da ciò discende (come precipitato logico – giuridico) che, per ciò che riguarda la distribuzione dell'onere della prova, sul danneggiato incombe l'onere di allegare solo l'inesattezza dell'adempimento del medico o dei medici, e grava invece sulle parti di cui si deduca l'inesatto adempimento l'onere di allegare e di provare che la prestazione è stata, al contrario, esattamente eseguita (di provare, insomma, sullo sfondo della previsione dell'art. 1176 c.c., la "*mancanza di colpa*": Cass. 4 marzo 2004 n° 4400), ed anche di allegare e di provare,

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

eventualmente, "*la non qualificabilità della stessa*" (colpa) "*in termini di gravità, nel caso di cui all'art. 2236 c.c.*)" (Cass. 21 giugno 2004 n° 11488) e, 'a monte', ancora, di provare "*che il caso è di particolare difficoltà*" (Cass. 28 maggio 2004 n° 10927 e tutta la giurisprudenza ivi citata).

Tali principi peraltro si coniugano perfettamente con l'impostazione generale in materia di distribuzione dell'onere di allegazione e di prova, impostazione fatta propria del noto pronunciamento delle Sezioni Unite (Cass. SS.UU. 30 ottobre 2001 n° 13533), in cui è stato solennemente affermato il principio "*di riferibilità o di vicinanza della prova*", in virtù del quale l'onere della prova deve gravare sulla parte "nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che quindi è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore".

Ciò debitamente premesso, deve essere più in particolare evidenziato che la prova della diligenza dell'adempimento, sempre riferibile alla sfera del debitore, lo è tanto più ove si controverta dell'esecuzione di una prestazione che "*consista nell'applicazione di regole tecniche che, sconosciute al creditore siccome estraneo al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore, nella specie specialista nell'esercizio di una professione protetta*" (Cass. 21 giugno 2004 n° 11488); ed ancora, "*dell'eventuale situazione di incertezza*" (in punto di ricorrenza o meno della colpa) "*si deve giovare il creditore e non il debitore*" (Cass. 23 settembre 2004 n° 19133, Cass. 4 marzo 2004 n° 4400).

In secondo luogo, deve inoltre essere soffermata l'attenzione sui più recenti ed autorevoli criteri ricognitivi della Suprema Corte in merito all'accertamento del nesso di causalità.

Al riguardo va ricordato che già le Sezioni Unite penali della Cassazione hanno accreditato (con la pronuncia n° 30328 del 11 settembre 2003) quello che è ormai noto – anche in dottrina – come il criterio della "probabilità logica".

Tale indirizzo è stato fatto proprio anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte civile, secondo cui "*in materia di responsabilità professionale, al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire [...] quello della probabilità di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli*" (Cass. 4 marzo 2004, n° 4400).

Sulla scorta, infatti, del principio (di matrice penalistica) della "*ragionevole probabilità*", ad avviso della Corte regolatrice, non è "*dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi,*

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

'certezze' di sorta [...] ma solo semplici probabilità di un'eventuale diversa evoluzione della situazione" (appunto già realizzatasi).

E, più in particolare, sostiene poi che "*con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra l'evento dannoso e la condotta colpevole (omissiva o commissiva) del medico, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie quando manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti*" (così anche Cass. 21 gennaio 2000 n° 632).

La Suprema Corte ha altresì avuto cura di precisare che, poiché l'accertamento della sussistenza del nesso di causalità muove dell'elaborazione giurisprudenziale (prevalentemente penalistica) di cui agli artt. 40 e 41 c.p., "*non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi dell'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'esistenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissive o in ogni caso colpevole del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica*".

Quanto, inoltre, alla individuazione di quella causa sopravvenuta da sola sufficiente a spiegare l'evento, la Suprema Corte ha ulteriormente precisato che "*è ius receptum il principio secondo il quale tutti gli antecedenti in mancanza dei quali un evento dannoso non si sarebbe verificato debbono considerarsi sue cause, abbiano essi agito in via diretta e prossima o in via indiretta e remota, salvo il temperamento di cui all'art. 41, secondo comma, c.p., secondo cui la causa prossima sufficiente da sola a produrre l'evento esclude il nesso eziologico fra questo e le altre cause antecedenti, facendole scadere al rango di mere occasioni*", derivandone "*che, per escludere che un determinato fatto abbia concorso a cagionare un danno, non basta affermare che il danno stesso avrebbe potuto verificarsi anche in mancanza di quel fatto, ma occorre dimostrare, avendo riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, che il danno si sarebbe egualmente verificato senza quell'antecedente*" (Cass. 5 luglio 2004 n° 12273).

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Il punto di riferimento essenziale – rispetto all'accertamento che qui è richiesto – è costituito dalla relazione del consulente tecnico d'ufficio in atti – a firma della Dott, *Persona_1* che, essendo logicamente motivata, si condivide pienamente in questa sede.

Sulla base di tale relazione, è da escludere, nella fattispecie in esame, la responsabilità dei sanitari componenti l'equipe che effettuò l'intervento, avendo il ctu affermato: "non è in realtà possibile stabilire se la scelta dell'intervento di riduzione e sintesi con fili di kirschner e suture di fissazione, quale praticato dai sanitari convenuti, avrebbe portato o meno a risultati sovrapponibili rispetto all'impianto immediato di una protesi di spalla, dal momento che la condizione anatomico-clinica della spalla operata...è stata dominata dagli effetti di un processo settico che ha reso da ultimo necessario un interventi di protesizzazione".

Non può dunque affermarsi che l'intervento effettuato dai medici abbia avuto esiti più invalidanti rispetto a quelli che sarebbero conseguiti dalla scelta di eseguire un intervento diverso.

Quanto al profilo inerente il consenso informato, va evidenziato che nella cartella clinica vi è un modulo sottoscritto dall'attrice recante la dicitura "consenso informato osteosintesi". Tuttavia, si ritiene che le informazioni di cui si fa menzione in detto modulo siano generiche e non abbiano garantito all'attrice di avere una adeguata informazione.

Giova rammentare, quanto alle modalità ed ai caratteri del consenso alla prestazione medica, che - come messo in risalto dalla Suprema Corte (tra le altre, Cass. n. 2177/2016, Cass., 23 maggio 2001, n. 7027; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748) esso, anzitutto, deve essere personale (salvo i casi di incapacità di intendere e volere del paziente), specifico e esplicito, nonchè reale ed effettivo, non essendo consentito il consenso presunto. Infine, il consenso deve essere pienamente consapevole e completo, ossia deve essere "informato", dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico, ciò implicando la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative. A tal riguardo, si è puntualizzato che non adempie all'obbligo di fornire un valido ed esaustivo consenso informato il medico il quale ritenga di sottoporre al paziente, perchè

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

lo sottoscriva, un modulo del tutto generico, da cui non sia possibile desumere con certezza che il paziente medesimo abbia ottenuto in modo esaustivo le suddette informazioni (Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791).

Inoltre, una volta dedotto dal paziente il relativo inadempimento da parte del medico con riguardo alla sottoscrizione dello stesso da parte del primo, è onere del medico fornire la prova dell'avvenuta illustrazione delle possibili conseguenze dannose della terapia.

Come detto, nel caso in esame, non risulta in effetti che l'informazione data all'attrice abbia avuto il contenuto richiesto dalla giurisprudenza.

Ciò debitamente precisato, va ora rilevato che l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente.

Trattasi, in sostanza, di due diritti distinti.

Il consenso informato attiene al diritto fondamentale della persona all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico (cfr. Corte Cost., 23/12/2008, n. 438), e quindi alla libera e consapevole autodeterminazione del paziente (v. Cass., 6/6/2014, n. 12830), atteso che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (anche quest'ultima non potendo peraltro in ogni caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana: art. 32 Cost., comma 2).

Il trattamento medico terapeutico ha viceversa riguardo alla tutela del (diverso) diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost., comma 1) (v. Cass., 6/6/2014, n. 12830).

Pertanto, la violazione da parte del medico degli obblighi informativi può cagionare due diverse tipologie di danno: a) un pregiudizio alla salute per le conseguenze invalidanti discese da un intervento chirurgico, pur rettamente eseguito, a cui il paziente - qualora compiutamente informato - avrebbe deciso di non sottoporsi; b) nonché, un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerato (art. 13 cost.), il quale ricorre quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio non patrimoniale diverso dalla lesione del diritto alla salute (cfr. Cassazione

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Civile n. 11950 del 16 maggio 2013).

Dovendosi evidenziare che, nel caso in esame, l'attrice ha lamentato la mancanza di consenso informato e ha chiesto il risarcimento del danno derivante dalla lesione della salute e non dalla lesione del bene alla autodeterminazione, occorre limitare il campo di indagine a tale domanda.

In proposito va chiarito che la tipologia di danno sub a) (diversamente da quella sub b) ancorata alla correlazione sotto il profilo eziologico tra violazione degli obblighi informativi e scelta della vittima di sottoporsi all'intervento, deve accertarsi, alla stregua di un giudizio di tipo controfattuale, che in presenza di un consenso informato il paziente non si sarebbe sottoposto all'operazione. In altri termini, occorre "*domandarsi, come in ogni valutazione controfattuale ipotetica, se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta: se, cioè, l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato.*

La Corte di Legittimità ha inoltre sottolineato che l'onere della prova del nesso di causalità grava chiaramente sul paziente che si assume danneggiato (" *(a) perché la prova di nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che alleghi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; (b) perché il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; (c) perché si tratta pur sempre di stabilire in quale senso si sarebbe orientata la scelta soggettiva del paziente, sicché anche il criterio di distribuzione dell'onere probatorio in funzione della "vicinanza" al fatto da provare induce alla medesima conclusione; (d) perché il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'id quod plerumque accidit*.") (Cass. sentenza n. 2847 del 2010).

Ciò tuttavia non vuol dire che l'accertamento non possa compiersi facendo uso della regola probatoria del probabilità relativa o del "più probabile che non" e attraverso il ricorso a presunzioni ex art. 2729cc, così da risalire attraverso circostanze note alla volontà della vittima dell'illecito.

Ebbene, nella specie, innanzitutto va messo in luce che, secondo quanto accertato dal ctu, non è emerso che l'applicazione di una protesi in luogo dell'intervento di osteosintesi avrebbe portato all'attrice un risultato diverso da quello ottenuto.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dunque, anche ove l'informazione fosse stata data correttamente e l'attrice avesse optato per non eseguire l'intervento non può dirsi che la stessa avrebbe avuto esiti più favorevoli.

In secondo luogo, va evidenziato come l'attrice non abbia non solo provato ma nemmeno affermato che, ove avesse saputo gli esiti dell'intervento avrebbe deciso di non sottoporvisi. Nè dagli atti emergono elementi, volendo far ricorso alle presunzioni, dai quali poter inferire che l'attrice non si sarebbe sottoposta ugualmente all'intervento.

Se nessuna responsabilità –quanto meno causativa di un danno-può individuarsi nella condotta dei sanitari, a conclusioni diverse deve giungersi con riguardo alla struttura sanitaria.

Dagli atti è infatti emerso che, a seguito dell'intervento, l'attrice ha contratto un'infezione, la quale ha comportato per la stessa delle conseguenze dannose per la sua salute.

Con riferimento all'infezione, il ctu ha innanzitutto escluso una responsabilità dei medici dell'equipe, non essendo emersi dalla cartella elementi che facciano ritenere che gli stessi abbiano posto in essere comportamenti improntati a negligenza o imperizia; ha pure evidenziato che l'esposizione dell'attrice al rischio di contrarre l'infezione sarebbe stato necessario anche per la collocazione della protesi; con la conseguenza che tale rischio si sarebbe avuto a prescindere dalla scelta dei medici sull'intervento da praticare.

Ciò detto, il ctu ha affermato che "il processo settico a carico della spalla destra della signora *Pt_2* ppare inquadrabile come infezione nosocomiale"; il che è sufficiente, in mancanza della prova, incombente sull'ospedale, di aver rispettato le linee guida e i protocolli dettati per ridurre al minino il rischio di infezioni nosocomiali, ad affermare la responsabilità della struttura ospedaliera.

In particolare, la struttura sanitaria non ha assolto l'onere di provare di avere adottato le cautele prescritte dalla igieniche dei locali destinati all'effettuazione degli interventi chirurgici ed al ricovero dei pazienti e di sterilizzazione e profilassi preventiva della strumentazione adoperata; ovvero, in alternativa, di fornire la prova positiva dell'inesistenza del rapporto di causalità tra inadempimento e danno, in ragione della preesistenza

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

dell'infezione al ricovero ospedaliero. Conseguentemente, in applicazione dei generali principi in materia di riparto dell'onere della prova, può ascriversi alla struttura sanitaria convenuta una diretta responsabilità ex art. 1218 c.c. in ordine alla causazione dell'infezione. Infatti, la mancata dimostrazione della preesistenza dell'infezione nella persona del paziente, l'accertata riconducibilità eziologica dell'infezione ad un agente patogeno diffuso in ambito ospedaliero, in uno alla mancata dimostrazione dell'efficace sterilizzazione del campo operatorio, della strumentazione chirurgica adoperata e dei locali di degenza, inducono ad affermare che l'azienda ospedaliera non abbia esattamente adempiuto l'obbligo, scaturente dal contratto di spedialità, di porre a disposizione del paziente attrezzature idonee ad evitare l'insorgenza della complicanza infettiva.

Tale responsabilità, come detto, ha natura contrattuale. Il contratto che si conclude con l'accettazione del paziente in una struttura sanitaria ha contenuto complesso, che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche ma comprende una serie di prestazioni, tra le quali quella di assicurare che gli ambienti, le attrezzature siano tenuti in modo tale da non rappresentare fonte di rischi per i pazienti e che il personale segua delle procedure che eliminino tali rischi.

La domanda risarcitoria nei confronti della struttura ospedaliera deve pertanto essere accolta.

Venendo ora all'accertamento dell'entità delle lesioni sofferte da *Pt_2* va osservato in via generale, che le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenze n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008), hanno superato la tripartizione, sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito, tra danno biologico, morale ed esistenziale, introducendo l'unica categoria del "*danno alla persona*" che "*deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre...il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi non connotati di rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategoria*"."*Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio*" - osserva ancora la Suprema Corte – "*in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale) risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno*".

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Così interpretato l'art. 2059 c.c., ogni sofferenza fisica, psichica o morale rientra nel danno non patrimoniale risarcibile; tuttavia, insegna la Suprema Corte, il risarcimento è riconosciuto solo in tre casi: se il fatto che l'ha causato è un reato; se la legge prevede espressamente il risarcimento del danno non patrimoniale; se vi è lesione di interessi costituzionalmente protetti.

Va premesso inoltre che ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 cod, civ., il risarcimento deve comprendere il danno emergente (le effettive perdite subite dal danneggiato rispetto all'epoca precedente all'avvenuta lesione) ed il lucro cessante (il mancato guadagno, vantaggio, utilità che il soggetto leso avrebbe potuto conseguire se il fatto illecito non si fosse verificato).

Ciò chiarito in termini generali va ora osservato che, dalla relazione di c.t.u. emerge che: il danno biologico, tenuto conto che l'intervento praticato dai sanitari avrebbe comunque comportato una menomazione non inferiore al 10-11% è stato correttamente quantificato dal ctu nella misura del 14%; il danno da invalidità temporanea è stato valutato in 180 giorni al 100% e 120 giorno al 50%.

Per procedere alla liquidazione del danno non patrimoniale subito dall'attrice occorre ricordare che la liquidazione del danno, vertendosi in tema di lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali privi di valore economico - non può che avvenire in base a valutazione equitativa (artt. 1226 e 2056 c.c: cfr. Cass. 8828/2003). Come ha affermato la Suprema Corte "Nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 cod. civ. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale - e al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 cod. civ. , salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

l'abbandono.

Sulla base delle citate tabelle, tenendo conto dell'età del danneggiato al momento del sinistro e dell'invalidità accertata, il risarcimento è pari a € 35.385,00; il danno da invalidità temporanea assoluta è pari a € 17.280,00, il danno da invalidità temporanea parziale è pari a € 5.760,00 per un totale di € 58.425,00.

A tale importo non va apportato alcun aumento per la c.d. "personalizzazione".

Con riferimento a tale voce va precisato che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, essendo compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli. Pertanto, in tema di liquidazione del danno per la lesione del diritto alla salute, nei diversi aspetti o voci di cui tale unitaria categoria si compendia, l'applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla prudente discrezionalità del giudice, deve consentirne la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento, anche attraverso la c.d. personalizzazione del danno (Cass., Sez. Un., n. 26972/08). La Suprema Corte ha poi chiarito che "il grado di invalidità permanente espresso da un baréme medico legale esprime la misura in cui il pregiudizio alla salute incide su tutti gli aspetti della vita quotidiana della vittima. Pertanto, una volta liquidato il danno biologico convertendo in denaro il grado di invalidità permanente, una liquidazione separata del danno estetico, alla vita di relazione, alla vita sessuale, è possibile soltanto in presenza di circostanze specifiche ed eccezionali, le quali rendano il danno concreto più grave, sotto gli aspetti indicati, rispetto alle conseguenze ordinariamente derivanti dai pregiudizi dello stesso grado sofferti da persone della stessa età. Tali circostanze debbono essere tempestivamente allegate dal danneggiato, ed analiticamente indicate nella motivazione, senza rifugiarsi in formule di stile o stereotipe del tipo "tenuto conto della gravità delle lesioni" (Cass. 23778/2014).

Ebbene, l'attrice non ha addotto alcun elemento dal quale poter inferire che la stessa abbia subito un danno maggiore rispetto a quello già considerato nel barème medico relativo a quello specifico grado di invalidità.

Ciò porta, dunque, il Tribunale a ritenere che la fattispecie in esame non si differenzi dai casi consimili di invalidità dello stesso grado e non giustifichi

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

un aumento dell'importo sopra indicato.

Il danno biologico subito dall'attrice deve essere rivalutato trattandosi di debito di valore.

Tale somma, se da un lato costituisce l'adeguato equivalente pecuniario, al momento della statuizione, della compromissione di beni giuridicamente protetti – per come sopra determinate – non comprende l'ulteriore e diverso danno rappresentato dalla mancata disponibilità della somma dovuta, provocata dal ritardo con cui viene liquidato al creditore danneggiato l'equivalente in denaro del bene leso.

Orbene, tale voce di danno deve essere provata dal creditore e, solo in caso negativo, il giudice, nel liquidare il risarcimento ad essa relativo, può fare riferimento, quale criterio presuntivo ed equitativo, ad un tasso di interesse che, in mancanza di contrarie indicazioni suggerite dal caso concreto, può essere fissato in un valore vicino all'interesse legale del periodo intercorrente tra la data del fatto e quella attuale della liquidazione; ciò in quanto nei debiti di valore, come in quelli di risarcimento da fatto illecito, vanno infatti corrisposti interessi per il cui calcolo non si deve utilizzare necessariamente il tasso legale, ma un valore tale da rimpiazzare il mancato godimento delle utilità che avrebbe potuto dare il bene perduto.

Tale "interesse" va poi applicato non già alla somma rivalutata in un'unica soluzione alla data della sentenza, bensì, conformemente al principio enunciato dalle S.U. della Suprema Corte con sentenza 17/2/1995, n° 1712 (ribadito da Cassazione sez. II civile sentenza 3/12/1997 n° 12262) sulla "somma capitale" rivalutata di anno in anno.

Procedendo alla stregua dei criteri appena enunciati, a partire dal danno complessivamente subito e su indicato in valori attuali, si determina il "danno iniziale", inteso come danno finale devalutato alla data del fatto; questo dunque viene successivamente rivalutato fino alla data della sentenza, al contempo calcolando gli interessi ponderati via via maturati. Si arriva in tal modo a determinare l'importo esatto degli interessi da corrispondere per la mancata completa disponibilità del risarcimento dovuto.

Si perviene, così, alla data odierna, ai seguenti risultati finali con rivalutazione e interessi ponderati, per cui a tutt'oggi all'attrice spetta la somma di € 71.653,31 per il danno non patrimoniale subito.

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Deve essere esaminata ora la domanda relativa al danno patrimoniale, consistente nella perdita della capacità lavorativa, quale casalinga, in capo all'attrice a causa delle lesioni riportate.

Appare opportuno premettere che, in caso di illecito lesivo dell'integrità psicofisica della persona, la riduzione della capacità lavorativa generica, quale potenziale attitudine all'attività lavorativa da parte di un soggetto è legittimamente risarcibile come danno biologico - nel quale si ricomprendono tutti gli effetti negativi del fatto lesivo che incidono sul bene salute in sé considerato - con la conseguenza che la anzidetta voce di danno non puo' formare oggetto di autonomo risarcimento come danno patrimoniale che andrà, invece, autonomamente liquidato qualora alla detta riduzione della capacità lavorativa generica si associ una riduzione della capacità lavorativa specifica, che, a sua volta, dia luogo ad una riduzione della capacità di guadagno (cfr. Cass. 27.1.2011 n. 1879; Cass. 1.12.2009 n. 25289).

La capacità lavorativa specifica consiste, dunque, nella contrazione dei redditi dell'infortunato, determinata dalle lesioni subite, sussistendo quest'ultimo tipo di pregiudizio allorquando, dopo la lesione ed a causa di essa, la vittima non sia più in grado di percepire il medesimo reddito di cui godeva prima del sinistro (Cass. 21014/200/; Cass.13409/2001).La riduzione della capacità lavorativa non costituisce un danno di per sé, ma rappresenta una causa del danno da riduzione del reddito; sicché la prova della riduzione della capacità di lavoro non comporta automaticamente l'esistenza del danno patrimoniale ove il danneggiato non dimostri, anche a mezzo di presunzioni semplici, la conseguente riduzione della capacità di guadagno.

Ebbene, nel caso in esame, l'attrice ha semplicemente allegato che l'invalidità residuata non le consente di svolgere l'attività di casalinga senza però dedurre - nè tanto meno provare - se ciò abbia comportato una contrazione del suo reddito (come ad esempio avviene nel caso in cui il soggetto leso, per svolgere i lavori domestici di cui prima si curava personalmente, abbia dovuto ricorrere a un aiutante).

Non è dunque provato che l'attrice abbia subito alcun danno patrimoniale, dovendosi invece ritenere che il danno subito rilevi solo sotto il profilo del danno biologico.

Nessun ristoro deve essere riconosciuti per le spese mediche sostenute

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

dall'attrice. In proposito deve osservarsi che il fascicolo di parte attrice risulta essere stato ritirato in data 11/04/2017 e che lo stesso non è stato restituito dal difensore, il che non permette di accertare quali spese l'attrice abbia sostenuto. A ciò si aggiunga che in ogni caso non sarebbero state rimborsate all'attrice le somme da essa sostenute per i ricoveri effettuati in città diverse da quella in cui questa risiede, in quanto i maggiori costi legati alla scelta, seppur legittima, di ricorrere alle cure offerte da presidi medici ritenuti più affidabili non possono farsi ricadere sui convenuti.

Inoltre nessun ristoro deve essere riconosciuto per il danno patrimoniale costituito dalle spese sanitarie future, non avendo la parte, con riferimento a tale specifica voce risarcitoria, offerto alcuna allegazione: non è dato sapere, ad esempio, se l'attrice necessita di spese non coperte dal servizio sanitario nazionale.

Conclusivamente l' *Controparte_8* deve essere condannata a pagare all'attrice la complessiva somma di € 71.653,31 oltre interessi da questa decisione al soddisfo.

Rigettata la domanda dell'attrice nei confronti dei medici non vi è ragione di affrontare, rimanendo assorbite, le domande svolte da questi ultimi nei confronti della compagnie assicurative, nè le eccezioni e le domande di rivalsa formulate da queste ultime.

Quanto alle spese di lite, esse seguono la soccombenza nei rapporti tra l'attrice e l' *Controparte_8* ; devono essere invece interamente compensate nel rapporto tra l'attrice e i convenuti *CP_2* *CP_4* e *CP_3* e i terzi chiamati in causa in ragione della natura delle questioni trattate e della particolare complessità dell'accertamento.

P. Q. M.

Il Tribunale di Agrigento, in persona del Giudice Unico, ogni altra istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

rigetta la domanda dell'attrice nei confronti dei convenuti *CP_3* , *CP_2* e *CP_4*

accoglie la domanda dell'attrice nei confronti dell' *Controparte_8* e, per l'effetto, condanna l' *Controparte_1* , in persona del legale rappresentante p.t., a pagare all'attrice, per i titoli di cui alla parte motiva, la complessiva somma di € 71.653,31, oltre interessi da questa

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

decisione sino al soddisfo;

condanna l' *Controparte_1* , , in persona del legale rappresentante p.t., a pagare all'attrice le spese di lite che si liquidano in € 7.498,00 di cui € 7.000,00 per compenso di avvocato e € 498,00 per spese oltre accessori di legge;

compensa interamente le spese nel rapporto tra l'attrice, i convenuti *CP_4* *CP_3* e *CP_2* ei terzi chiamati in causa;

pone le spese di ctu, liquidate con separato decreto, a carico dell' *[...]* *CP_8* .

Così deciso in Agrigento il 24 maggio 2017

Il Giudice

Vincenza Bennici

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it