N. R.G. 17551/2021

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di NAPOLI

8 SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Francesca Console

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **17551/2021** promossa da:

Parte_1 (C.F. *C.F._1*) ed *Parte_2* (C.F. *C.F._2*) in proprio e nella qualità di genitori esercenti la potestà su *Persona_1* e *Parte_3* (C.F. *C.F._3*), con il patrocinio dell'avv. [redacted] elettivamente domiciliati in presso il difensore avv. [redacted]

ATTORE/I

contro

Controparte_1 (C.F. *P.IVA_1*), con il patrocinio dell'avv. [redacted] e dell'avv. , elettivamente domiciliato in [redacted] presso il difensore avv. [redacted]

CONVENUTO/I

CONCLUSIONI: le parti hanno concluso come da verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni del 16.11.2023 e memorie conclusionali e di replica.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. depositato in data 05.07.2021, *Parte_1* e *Parte_2* , in proprio e nella qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale sulla minore *Persona_1* e

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

Parte_3, nella loro qualità prossimi congiunti ed eredi del de cuius *Persona_2*, convenivano in giudizio la *Controparte_2* per ottenere la condanna della medesima al risarcimento dei danni legati al decesso della loro congiunto *Persona_2*. A fondamento della domanda, gli attori deducevano:

- che, in data 01.04.2014, il piccolo *Persona_2*, un minore di 11 mesi di vita, affetto da difetto interventricolare perimembranoso, tetralogia di Fallot, ventricolo destro a doppia uscita ed atresia esofagea con fistola esofago-tracheale, giungeva all'osservazione dei Sanitari della *[...] Organizzazione_1* dell' *Organizzazione_2* di Napoli per sottoporsi ad intervento chirurgico di correzione radicale della malformazione cardiaca;
- che, in data 02.04.2014, veniva effettuato l'intervento di correzione radicale della patologia malformativa cardiaca, con aggiunta in terapia di antibiotico con *Org_3*, poi sostituito con *Org_4* (03.04.2014);
- che, in data 04.04.2014, a causa di insufficienza respiratoria severa e disfunzione importante del ventricolo destro, il piccolo *Per_2* veniva sottoposto ad intervento chirurgico di impianto di assistenza circolatoria ECMO, cui seguirono emotrasfusioni;
- che, in data 09.04.2014, il paziente era nuovamente sottoposto ad altro intervento, in questo caso intervento chirurgico di decannulazione e chiusura sternale;
- che, in pari data, una consulenza neurologica concluse per la presenza di stato comatoso, con necessità di assistenza respiratoria, assenza di riflesso corneale e di risposta motoria;
- che all'esito delle risultanze di un esame colturale su lavaggio broncoalveolare del 09.04.2014 e refertato il 12.04.2014, che mostravano la crescita di colonie di *Persona_3* veniva aggiunto *Parte_4* alla terapia in atto;
- che il 14.04.2014 veniva constatata persistenza di gravissime condizioni cliniche (GCS:3), ipotensione arteriosa, refrattaria a terapia inotropa;
- che in data 15.04.2014 veniva sospesa terapia antibiotica, con prosecuzione della terapia con Fluconazolo;
- che, dopo le risultanze preliminari di un esame colturale su lavaggio broncoalevolare del 18.04.2014 e prelevato il 17.04.2014, che diedero esito positivo per la crescita di colonie di Gram, veniva aggiunta *Parte_5* e in data 19.04.2014 venivano rilevate colonie batteriche di Klebsiella Oxyloca sensibile al Meropemen e in data 21.04.2014 veniva somministrato Merrem in sostituzione della *Parte_5*
- che successivamente le condizioni del piccolo permanevano stabili nella gravità;

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

- che in data [redacted] alle ore 06.30 insorgeva un episodio di bradicardia, affrontata mediante rianimazione cardiopolmonare secondo le linee guida IRC ed esitata in asistolia, refrattaria alle manovre di rianimazione cardio-polmonare ed alle ora alle 16:00 i Sanitari constatavano il decesso del piccolo *Per_2* ;
- che, pertanto, ravvisata la responsabilità dei sanitari della suddetta struttura sanitaria, gli istanti proponevano procedura per ATP ex art. 696 bis c.p.c., convenendo in giudizio *[...]* *Controparte_3*
- che nel suddetto giudizio, iscritto al ruolo generale del Tribunale di Napoli, con numero di 7526/2018, il Giudice disponeva la CTU richiesta, nominando il collegio peritale composto dai dott.ri *Persona_4* e *Persona_5* ;
- che, da tale relazione emergeva incontrovertibilmente la inadeguata prestazione medica della *Controparte_4* di Napoli di quanto occorso nei confronti del minore *Persona_2* e dei parenti tutti per i danni tutti patiti;
- che, pertanto gli istanti ritenevano sussistere la responsabilità, sia ai sensi dell'art. 1218 c.c. che dell'art. 1228 c.c., dell' *Controparte_5*

Tanto premesso in fatto, parte attrice, chiedeva, in via preliminare, di accertare che le gravissime lesioni, le sofferenze ed i traumi patiti dal minore *Persona_2* ed il suo decesso si erano verificati per fatto, responsabilità e colpa esclusiva della *Controparte_6* ; per l'effetto, condannare la *Controparte_5* in favore degli istanti, in proprio e nella qualità di eredi legittimi del minore *Persona_2* al risarcimento di tutti i danni derivanti dalle lesioni personali, dalle sofferenze, dai traumi e dal decesso cagionati al minore *Persona_2* , quali danni patrimoniali e non, compresi il danno biologico, morale, esistenziale, da mancato guadagno e da perdita di chance, menomazione della qualità di vita da relazione, oltre ai danni connessi tutti all'evento lesivo morte di cui era causa anche quale danno biologico terminale da liquidarsi nella misura tabellare (Tribunale di Milano 2018) secondo i massimi previsti, da liquidarsi iure successionis in favore degli istanti, quali eredi legittimi, ovvero secondo diversi criteri in attuazione, il tutto oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria; condannare la convenuta, in favore degli attori, in proprio e quali eredi di *Persona_2* , al risarcimento di tutti i danni patiti e patendi patrimoniali e non patrimoniali; condannare la convenuta, in favore degli istanti, al risarcimento del danno iure proprio e di tutti i danni derivanti dalle lesioni personali, dalle sofferenze e dai traumi cagionati al de cuius e per la perdita del congiunto, *Persona_2* , per i fatti di cui in narrativa, quali danni patrimoniali e non, compresi il danno biologico, morale, esistenziale, da mancato guadagno e perdita di chance, menomazione della qualità di vita da relazione, oltre ai danni connessi tutti all'evento lesivo di cui è causa nella misura

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

prevista dalle Tabelle di Milano per la perdita del congiunto, riconoscendo il massimo valore delle Tabelle per ciascuno dei rapporti parentali, anche in ragione del vincolo familiare e della convivenza in essere, oltre rivalutazione monetaria ed interessi sino al soddisfo; condannare la resistente al risarcimento del danno da perdita di chance patito dal minore *Per_2* . Con vittoria di spese de onorari di lite del presente giudizio, nonché al pagamento delle spese comprese spese CTU (acconto e saldo), diritti ed onorari del procedimento di ATP, tutte con attribuzione all'avvocato anticipatario.

Si costituiva in data 03.02.2023 la *Organizzazione_2* la quale, in via preliminare, deduceva l'inammissibilità del rito sommario, perché la domanda richiedeva una istruzione non sommaria, e pertanto, chiedeva, che il Giudice disponesse il mutamento del rito. Eccepiva la carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti, i quali pur sostenendo di avere la qualità di eredi di *[...] Per_2* , non ne fornivano prova. Nel merito chiedeva il rigetto della domanda attorea perché alcuna responsabilità sanitaria poteva essere imputata alla struttura convenuta per il decesso del piccolo *Persona_2* ; nell'ipotesi di accoglimento anche parziale della domanda, chiedeva di contenere la misura del risarcimento riconosciuti; chiedeva disporsi nuova CTU. Il tutto vittoria di spese e onorari di lite

Nel corso del giudizio veniva disposto mutamento del rito, depositate le note istruttorie e depositata la chiesta integrazione alla CTU; all'udienza del 16.11.2023, il Giudice introitava la causa a sentenza con assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

In via preliminare, in relazione all'eccezione di difetto di legittimazione attiva degli attori per mancata produzione di documentazione atta a dimostrare il loro status di eredi del defunto *Persona_2* , deve osservarsi quanto segue.

Giova, sin da subito, precisare che la questione in esame attiene non già alla legittimazione processuale, ma alla titolarità del rapporto giuridico controverso, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza più recente (cfr. Cass. SS. UU. N. 2951/2016). La legittimazione ad agire, attenendo al diritto di azione, spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal Giudice. Cosa diversa è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio, che attiene al merito della causa ed è elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha onere di allegare e provare; tale prova può essere data in positivo dall'attore, ma può dirsi provata anche in forza del comportamento del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente tale titolarità, oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

Ciò premesso e con diretto riferimento al caso di specie ne consegue che quanto eccepito dalla convenuta in relazione all'asserito difetto di legittimazione attiva attiene non alla legittimazione processuale ma alla titolarità del diritto vantato e, in presenza di tale contestazione, grava sugli attori la prova di tale titolarità, nello specifico della loro qualità di eredi di *Persona_2*. Ebbene, dall'esame della documentazione processuale emerge sia la titolarità della posizione attiva iure proprio che iure hereditatis per *Parte_1*, *Parte_2* e *Persona_1* in quanto rispettivamente padre, madre, sorella del piccolo *Per_2* e, quindi, eredi legittimi dello stesso; nonché la legittimazione iure proprio del *Parte_3*, quale nonno di *Per_2* (cfr. stato di famiglia *Per_2* e stato di famiglia integrale famiglia *Pt_2* allegati in pct). Per questo motivo, l'eccezione in esame è priva di pregio, per cui deve essere rigettata.

Passando al merito della presente controversia, occorre individuare i parametri giurisprudenziali di riferimento in punto di responsabilità della struttura sanitaria. Deve osservarsi, invero, che la giurisprudenza di legittimità riconduceva la responsabilità professionale medica al genus di quella contrattuale, sia per l'ente sanitario, sia per i professionisti inseriti nella relativa organizzazione o, a maggior ragione, operanti privatamente. Tale arresto risultò il frutto della dialettica tra diverse ricostruzioni ermeneutiche. Infatti, un primo indirizzo inquadrava l'accettazione del paziente presso un ente sanitario quale conclusione di un contratto di prestazione d'opera, al quale restavano estranei i sanitari che effettuassero la prestazione, i quali, pertanto, potevano essere chiamati a rispondere solo a titolo extracontrattuale (cfr. Cass. 1716/1979). Un secondo orientamento argomentava l'estensione al professionista, operante nell'ente sanitario, della responsabilità contrattuale facente capo alla struttura per il caso di inadempimento della prestazione, sulla base del rapporto di immedesimazione organica e del dettato dell'art. 28, cost. (cfr. Cass. 2144/1988). In tempi più recenti, emerse un filone interpretativo incentrato sugli obblighi di protezione scaturiti dal contatto con il paziente, relativi alla salvaguardia degli interessi emergenti in occasione della prestazione sanitaria. A partire da tali obblighi di protezione, si argomentava la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto, con conseguente attivazione dei presidi di tutela corrispondenti (cfr. Cass. 589/1999). Proprio tale tesi, fondata sulla figura del "contatto sociale", risultò prevalente, con la conseguenza di modulare sia la prescrizione, sia gli oneri probatori gravanti sul danneggiato, secondo il modello della responsabilità contrattuale (cfr. Cass. 1547/2004, Cass. 9085/2006, Cass. 4792/2013). Ancora, ne fu conseguenza l'adozione, quanto alla diligenza e al grado della colpa, dei principi in materia di obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; 21 luglio 2003, n. 11316, in motiv.).

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

Sotto il profilo della responsabilità dell'ente sanitario, non se ne dubitava la natura contrattuale, potendo essa discendere dall'inadempimento di prestazioni direttamente a suo carico, o dall'inadempimento della prestazione medica eseguita dal personale (tra le prime pronunce in merito cfr. Cass. 1° marzo 1988, n. 2144, in Foro It., 1988, I, 2296, poi confermata da Cass. 4 agosto 1988, n. 6707; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336; Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in motiv.; Cass. 1° settembre 1999, n. 9198; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in motiv; Cass. 4 marzo 2004, n. 4210; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133). La giurisprudenza riconosceva la responsabilità piena ed autonoma dell'ente sanitario per i danni provocati dai propri dipendenti e, più in generale, da coloro che operassero nella struttura; responsabilità imputabile all'azienda indipendentemente dall'accertamento in concreto della responsabilità individuale dei singoli agenti. In particolare, la responsabilità dell'ente gestore per il fatto del personale, si fondava sull'operatività dell'art. 1228 c.c., e, dunque, sull'assunzione del rischio d'impresa connesso all'attività degli operatori concretamente investiti dell'esecuzione della prestazione, indipendentemente dall'inserimento di questi nell'organizzazione aziendale e dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato (cfr. Cass.103/1999, confermata sul punto da *Org_5* 9556/2002). In conclusione, tanto la responsabilità della clinica, quanto quella del medico, trovavano titolo nell'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. cod. civ. (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 11/3/2002, n. 3492; Cass., 22/12/1999, n. 589). In punto di allocazione della responsabilità, per i danni derivati dall'inadempimento di contratti diversi, ossia il contratto di spedalità facente capo alla casa di cura ed il contatto sociale qualificato instauratosi con il medico, questi sono corresponsabili in solido. Infatti, sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se l'unico evento dannoso è imputabile a più soggetti, è sufficiente, al fine di ritenere la responsabilità di tutti nell'obbligo di risarcimento, che le azioni o omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'evento (Cass. 15/06/1999, n. 5946; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10987). Ciò discende dai principi generali che regolano il nesso di causalità ed il concorso di cause egualmente efficienti della produzione di un determinato danno, esplicitati, in materia di responsabilità extracontrattuale, dall'art. 2055 c.c. (cfr. Cass. 23918/2006). Come già sottolineato, l'art. 1228 c.c. addossa alla struttura sanitaria i rischi connessi all'operato degli ausiliari, per il sol fatto dell'appropriazione dei risultati utili della prestazione. La misura della colpa dell'operatore rileva, al più, ai fini dell'esperibilità e della misura della rivalsa dell'ente, ma non può essere invocata per eludere la solidarietà esterna nei confronti del danneggiato. Più specificamente, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico, la

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale. È ammessa la rivalsa integrale solo qualora l'ente sanitario dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile (e oggettivamente improbabile) devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione (in tal senso Cass. 28987/2019). La qualificazione in termini contrattuali della relazione qualificata ente sanitario – paziente e medico – paziente genera importanti ricadute in tema di onere probatorio. Dalla detta natura contrattuale in un recente passato conseguiva sotto il profilo dell'onere probatorio (Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in Foro It., 1997, I, 771) che, qualora il trattamento o l'intervento non fossero di difficile esecuzione, il mero aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente collegabili ad essi comportava, a mente dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione; in conseguenza, il paziente che chiedeva il risarcimento del danno subito assolveva all'onere probatorio che gli incombeva dimostrando:

a) l'aggravamento delle sue condizioni o l'insorgenza di nuove patologie;

b) il rapporto causale tra le stesse ed il trattamento o l'intervento.

Spettava, quindi, all'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – fornire la prova che la prestazione professionale fosse stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi fossero stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Si faceva in altre parole applicazione del principio (già affermato nel diritto anglosassone) della res ipsa loquitur inteso come evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589). L'onere della prova veniva quindi ripartito tra le parti nel senso che spettava al medico provare che il caso fosse di particolare difficoltà e al paziente quali fossero le modalità di esecuzione inidonee, ovvero a questi spettava provare che la prestazione fosse di facile esecuzione ed al medico che l'insuccesso non fosse dipeso da suo difetto di diligenza (Cass. 19 maggio 1999, n. 4852; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127; Cass. 30 maggio 1996, n. 5005; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335; 16 novembre 1988, n. 6220). I risultati sopra riassunti sono stati, però, riletti dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, nonché, in senso sostanzialmente conforme, le successive Cass. 11 giugno 2004, n. 11488, e Cass. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133) in coerenza con il principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento. Con la richiamata pronunzia le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

semplici in tema di onere probatorio in materia contrattuale, che vedeva attestata la giurisprudenza su una distinzione basata sull'oggetto della domanda: si riteneva, cioè, che, nel caso in cui chiedesse l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, l'attore dovesse provare soltanto la fonte del rapporto dedotto in giudizio, ossia l'esistenza del negozio e quindi dell'obbligo che assumeva inadempiuto; mentre nel caso in cui avesse domandato la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno dovesse provare anche il fatto su cui la domanda era fondata, ossia l'inadempimento, spettando al convenuto di dare la prova della non imputabilità di esso (Cass., 9 gennaio 1997, n. 124; Cass., 24 settembre 1996, n. 8435). Tale orientamento, tuttavia, è stato sottoposto a rigorosa critica, osservandosi come la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale implichi oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, rimanendo così irragionevole differenziare l'onere probatorio in funzione delle differenti domande che l'attore intendesse proporre in via contrattuale; e ciò anche perché il criterio della cd. vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto deve essere posto a carico della parte cui esso si riferisce, impone di ritenere che l'inadempimento, che nasce e si consuma nella sfera di azione del debitore, non possa essere provato dal creditore, dovendo, viceversa, essere il debitore a provare l'inimputabilità. Sulla scorta di quanto innanzi il supremo giudice di nomofilachia ha statuito che il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogamente è stato disposto con riguardo all'inesatto adempimento, rilevandosi che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. Applicando, allora, questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ovvero della struttura sanitaria deve ritenersi che il paziente, che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del sanitario o della struttura, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento. Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto della prestazione sanitaria, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la citata prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile (così anche Cass.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

4210/04, rel. Segreto, secondo cui la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione, per cui dell'incertezza sulla stessa se ne deve giovare il creditore; si tratta, come detto, del principio di vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla e non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione; così da ultimo Cass., 11 novembre 2005, n. 22894, secondo cui, appunto: 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). In tale ottica mette conto all'uopo richiamare la parte motiva di Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, rel. *Parte_6* , secondo cui si è giunti a chiedere al danneggiato soltanto la prova del nesso causale e della facilità di esecuzione dell'intervento (intervento cd. routinario), mentre la colpa, anche lieve, si presume sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente. La colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione speciale del professionista, una dimensione paraoggettiva della responsabilità, salva la prova di aver eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza, con la trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, di modo che, prosegue il S.C., il detto accertamento deve indirizzarsi: a) sulla natura facile o non facile dell'intervento del professionista; b) sul peggioramento o meno delle condizioni del paziente; c) sul nesso causale e sulla sussistenza della colpa (lieve nonché presunta, se in presenza di operazioni di routine o ben codificate, grave, se relativa ad operazione che trascende la preparazione media ovvero non sufficientemente studiata o sperimentata, con l'ulteriore limite della particolare diligenza richiesta in questo caso, e dell'elevato tasso di specializzazione nel ramo imposto al sanitario; d) sul corretto adempimento dell'onere di informazione circa gli esiti dell'intervento e sull'esistenza del conseguente consenso del paziente. A tale quadro ermeneutico deve aggiungersi la sentenza delle Sezioni Unite (11 gennaio 2008, n. 576, Presidente: Carbone, Estensore: Segreto) in tema di nesso causale, che accoglie, quanto alla configurabilità di quest'ultimo in sede civile, la regola probatoria del ''piu` probabile che non'', espressamente adottata dalla epigrafata pronuncia di cui a Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, accantonando definitivamente il criterio dell'"oltre il ragionevole dubbio'' di cui alla sentenza Franzese delle Sezioni Unite penali. In effetti, la Cassazione, nella sua più alta composizione, reputa che il danno rilevi sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, il primo

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

dato va valutato alla stregua del criterio della causalità materiale, mentre il secondo è da vagliarsi secondo il criterio della causalità giuridica. Orbene, per la teoria della regolarità causale, ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta (attiva o omissiva) che appaiano sufficientemente prevedibili al momento in cui ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili. E tale valutazione della prevedibilità obbiettiva deve compiersi ex ante, e va compiuta in astratto e non in concreto: non in base alla conoscenza dell'uomo medio, ma alle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché ''non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale''), sicché ciò che rileva non è che l'evento sia prevedibile da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento. Le profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile e accertamento di quello penale si ripercuotono, dunque, sul diverso regime probatorio, che attiene alla fase giudiziale successiva la verificarsi del fatto dannoso: muta sostanzialmente, tra il processo penale e quello civile, la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova ''oltre il ragionevole dubbio'', nel secondo quella della preponderanza dell'evidenza, ossia del ''più probabile che non''. Ora, Cass., n. 975 del 16 gennaio 2009 (Rv. 606129) (Presidente: Vittoria P. Estensore: *Testimone_1* ha confermato 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; tuttavia, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "più probabile che non". In tempi ancora più recenti il Giudice di legittimità sembra avere mutato nuovamente indirizzo in termini di maggiore garanzia della posizione dei sanitari e di contraltare di maggiore rigore probatorio in capo al paziente. In particolare, le pronunzie più vicine in termini temporali hanno ribadito i principi enunciati dalle Sezioni Unite civili, ai punti 4.3 e 4.7 della parte motiva della sentenza 11 novembre 2008 n. 26973. Più precisamente, le sezioni Unite citate hanno precisato che nell'ambito della causalità di contatto sociale, la parte lesa ha l'onere di dare la prova del

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

rapporto sanitario, della esistenza di una prestazione sanitaria negligente e della lesione della salute, secondo un riparto di onere della prova che imputa alla parte asseritamente inadempiente la deduzione di cause giustificative di tale inadempimento, di guisa che il criterio della causalità non è quello proprio della imputazione penale secondo il criterio rigoroso della quasi certezza, ma è quello civilistico e probabilistico, già espresso dalle S.U. civili nella sentenza n. 577 del 11 gennaio 2008. Onere di offrire - in termini di allegazione puntuale – prova della esistenza di una prestazione sanitaria negligente ribadito anche da ultimo Cass. 19024/18 e Cass. 14/11/2017, n. 26824; Cass. 07/12/2017, n. 29315; Cass. 13/01/2016, n. 344; Cass. 20/10/2015, n. 21177; Cass. 31/07/2013, n. 18341; Cass. Sez.U. 30/10/2001, n. 13533; Cass. 26/07/2017, n. 18392; Cass. Sez. U. 11/01/2008, n. 577. Peraltro, Cass. 27855/2013 ha chiarito come nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno, di talché, solo quando lo sforzo probatorio dell'attore consenta di ritenere dimostrato il contratto (o contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con l'allegazione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, scatterà l'onere del convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza eziologica nella produzione del danno.

Da ultimo i giudici di legittimità hanno chiarito come sia nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale, sia in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la condotta colposa del responsabile ed il nesso di causa tra questa ed il danno costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti; la sussistenza della prima non dimostra, di per sé, anche la sussistenza del secondo, e viceversa; l'art. 1218 c.c., solleva infatti il paziente della obbligazione che si afferma non adempiuta dall'onere di provare la colpa del debitore inadempiente, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore ed il danno di cui domanda il risarcimento; è infatti onere dell'attore danneggiato, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno di cui chiede il risarcimento; tale onere va assolto dimostrando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", la causa del danno; (in tal senso, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 18392 del 26/07/2017, Rv. 645164-01 e Cass., sez. 3, 14/11/2017, (ud. 13/09/2017, dep.14/11/2017), n. 26824, da ultimo Cass. ord. n. 192014/2018). Questo orientamento in tema di onere della prova è stato da ultimo confermato, per cui è pacifico che spetti al paziente dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la condotta colposa del medico ed il danno. Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che non comporta automaticamente il riconoscimento della responsabilità

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

del medico agente il mancato assolvimento dell'onere di dimostrare l'esattezza della prestazione medica e l'assenza di incidenza causale dell'inadempimento della prestazione sanitaria sulla produzione dei danni subìti da un paziente, poiché è necessario accertare previamente l'ottemperamento dell'onere probatorio attoreo che consiste nel dimostrare la condotta colposa del responsabile, il nesso di causa tra quest'ultima ed il danno sofferto, elementi che pertanto costituiscono accertamenti distinti. (cfr. Cassazione civile sez. III, 20/11/2018, n.29853 e da ultimo Cass. sent. n. 6593/19). Rimane ferma, per la giurisprudenza di legittimità più recente, la ricognizione di due distinte parabole causali, l'una relativa all'evento dannoso, a monte, l'altra relativa all'impossibilità di adempiere, a valle. Sicché, il nesso di causa tra malpractice medica ed evento dannoso deve essere provato dal creditore/danneggiato. In subordine al raggiungimento della prova sui fatti costitutivi della domanda, compete al debitore/danneggiante fornire la prova liberatoria in ordine alla impossibilità di adempiere. Più specificamente, mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa non prevenibile ed improbabile abbia reso impossibile la prestazione (cfr. Cass. Civ, Sez. III, n.28991/2019; Cass. civ. sez. III - 02/09/2022, n. 25886).

Sulla estensione delle incombenze probatorie spettanti al danneggiato incide la peculiare configurazione della responsabilità medica, la quale si discosta dalla figura generale della responsabilità contrattuale, per il fatto che la causalità materiale assume una tangibile demarcazione rispetto all'inadempimento. Infatti, per la figura generale, l'inadempimento si traduce nella lesione dell'interesse tutelato dal contratto, e dunque si risolve, di per sé stesso, nel danno evento, con la conseguenza che, pur essendo causalità materiale ed inadempimento distinguibili sul piano concettuale, la prova dell'inadempimento assorbe quella del nesso di causa. Ciò non avviene in relazione all'inadempimento di prestazioni professionali. L'interesse sotteso al contratto, in tal caso, non si identifica con il risultato utile perseguito dal creditore (la propria guarigione, in ambito sanitario), bensì è circoscritto all'aderenza dell'operato professionale alle leges artis ed alla misura della diligenza applicabile. Di talché, il danno evento (aggravamento o insorgenza di nuova patologia) non è immanente nella violazione delle leges artis e del canone di diligenza, ma potrebbe essere conseguito a diversa eziologia. In ragione di tanto, all'onere del creditore/danneggiato di allegare la connessione naturalistica fra la lesione della salute e la condotta del medico, si somma quello di provare quella connessione. La verifica del raggiungimento di tale prova, si ispira – nel processo civile - al criterio della "preponderanza dell'evidenza", quale combinazione di due regole: la regola del "più probabile che non" e la regola della "prevalenza relativa" della probabilità. Sotto il primo profilo, comporta la verifica comparativa degli elementi di conferma, o di confutazione, di un enunciato. L'affermazione

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

della verità dell'enunciato implica che vi siano prove preponderanti a sostegno di essa: ciò accade quando vi sono una o più prove dirette che confermano quell'ipotesi, oppure vi sono una o più prove indirette dalle quali si possono derivare validamente inferenze convergenti a sostegno di essa. La regola della "prevalenza relativa" della probabilità rileva quando all'ipotesi, formulata dall'attore, in ordine all'eziologia dell'evento stesso, possano affiancarsene altre, e che le varie ipotesi abbiano ricevuto diverso grado di conferma alla luce delle risultanze probatorie. In base a tale criterio, il Giudice deve preferire l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili (cfr. Cassazione civile sez. III - 06/07/2020, n. 13872).

Quanto al contenuto della prova liberatoria ex art. 1218, c.c., essa è raggiunta quando il debitore/danneggiante dimostri di aver tenuto una condotta diligente o prudente nel rispetto delle norme giuridiche e delle leges artis. Più specificamente, la non imputabilità dell'inadempimento, valutata alla luce del combinato disposto degli art. 1218 c.c. e 1176 c.c., implica la verifica della diligenza in concreto esigibile, rapportata alle misure alternative che in concreto si sarebbero potute e dovute esigere dalla struttura sanitaria. Si tratta di una prospettiva che valorizza la dimensione soggettiva e concreta della colpa, rispetto alle valutazioni naturalistiche ed oggettive, in quanto l'affermazione di responsabilità della struttura sanitaria trova un limite nella misura della diligenza compatibile con la natura dell'attività professionale esercitata e nella esigibilità di un comportamento diverso alla luce delle circostanze del caso concreto. Lo stesso art. 1218 c.c., operante, per espressa previsione normativa (art. 7 legge 24/17), anche per quanto concerne ipotesi di responsabilità organizzativa delle strutture sanitarie, impone di valutare in concreto lo sforzo diligente esigibile sul piano gestionale ed organizzativo (cfr. Cassazione civile sez. III, 11/11/2020, n. 25288).

Dal riparto in tal modo delineato trova conferma, dunque, che "la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore" (così, Cass. Sez. 3, sent. n. 18392 del 2017, cit.; nello stesso senso anche Cass. Sez. 3, sent. 4 novembre 2017, n. 26824, non massimata; Cass. Sez. 3, sent. 7 dicembre 2017, n. 29315, Rv. 646653-01; Cass. Sez. 3, sent. 15 febbraio 2018, n. 3704, Rv. 647948-01; Cass. Sez. 3, ord. 23 ottobre 2018, n. 26700, Rv. 651166-01, nonché, da ultimo, Cass. Sez. 3, sent. 11 novembre 2019, n. 28991, Rv. 655828-01).

In tal modo individuato il regime normativo applicabile, occorre verificare se, ed in che misura, gli addebiti di responsabilità formulati dagli attori trovino conferma alla luce delle risultanze probatorie,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

valutate sulla scorta delle valutazioni specialistiche demandate dalla scrivente al Collegio peritale. L'elaborato peritale, a firma dei dottori *Persona_4*, (specialista in pediatria e neonatologia), e *Persona_5*, (specialista in medicina legale), che si connota per linearità logica, chiarezza e completezza argomentativa, sicché è adottato dalla scrivente quale parametro decisorio in relazione ai profili la cui comprensione e valutazione presuppone speciali conoscenze tecniche. Dall'elaborato peritale è emerso quanto segue:

- il caso concerne la lamentata responsabilità professionale assistenziale dei *Controparte_7 [...]* in relazione all'assistenza prestata al piccolo *Persona_2* nell'aprile 2014, cui si addebita l'exitus dello stesso, per omessa adozione di misure profilattiche finalizzate alla prevenzione delle infezioni nosocomiali e inidonea gestione quali-quantitativa dell'infezione sostenuta, secondo parte attrice, da Klebsiella OxylocaIl;
- in particolare, *Persona_2* nasceva, alla 38esima settimana e sei giorni di gestazione, mediante taglio cesareo elettivo presso il [redacted] *Controparte_8* di Napoli in data 22.04.2013, plurimalformato, con diagnosi fetale di difetto interventricolare perimembranoso, Tetralogia di Fallot vs Ventricolo dx a doppia uscita ed atresia esofagea con fistola esofago–tracheale. Il peso alla nascita era 2350 e l'indice di Apgar era 7 ad un minuto e 9 a 10 minuti. Veniva assistito alla nascita con somministrazione di Ossigeno ed intubazione orotracheale e venivano somministrate prostaglandine. In pari data il piccolo veniva trasferito, intubato per via orotracheale e con accesso venoso tramite la vena ombelicale ed in terapia con prostaglandine, dal Servizio di Trasporto Neonatale dell'Ospedale *CP_9* presso la *Org* dell' *Controparte_10* di Napoli, dove veniva applicato catetere venoso centrale e veniva collegato al Ventilatore Meccanico di Reparto. In data [redacted] il piccolo *Per_2* veniva sottoposto ad intervento chirurgico di chiusura della fistola esofagotracheale ed al successivo intervento chirurgico di confezionamento di gastrostomia e trazione del moncone inferiore per Atresia esofagea;
- in data 29/04/2013 veniva trasferito l' *CP_11* dell' *Organizzazione_2* di Napoli e, in data 02/05/2013, veniva sottoposto ad intervento di cateterismo cardiaco con posizionamento di tre stent coronarici a cannocchiale e, in data 06.06.2013 veniva tentato un intervento di anastomosi esofagea.

Dopo circa 5 mesi dalla nascita (trascorsi continuativamente in strutture ospedaliere), subendo diversi interventi, venne disposta la dimissione del piccolo *Per_2* ;

- successivamente il paziente praticava periodici controlli cardiologici ambulatoriali presso il *Org_2* oltre a quelli programmati dal *Org_7* per gli aspetti chirurgici relativi alla stenosi esofagea postchirurgica. Dall'ultimo controllo, risalente al dicembre 2013, emergeva: "Tetralogia di Fallot

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

sottoposta ad efficace palliazione percutanea mediante stabilizzazione del dotto arterioso. Critica ostruzione dell'efflusso polmonare a livello sottoalveolare e valvolare".

- il piccolo veniva ricoverato in data 01/04/2014 per sottoporsi ad intervento chirurgico di correzione radicale della tetralogia di Fallot, che veniva praticato in data 02.04.2014, e, dopo una prima fase in cui le sue condizioni apparivano buone, seguiva un peggioramento generale registrato nella tarda serata del 03.04.2014. In data 04/04/2014, il piccolo, con diagnosi di insufficienza respiratoria severa e con disfunzione importante del ventricolo destro, veniva sottoposto ad intervento chirurgico di impianto di assistenza circolatoria *Org_8* e, in data 09/04/2014, veniva sottoposto ad intervento chirurgico di decannulazione e chiusura sternale ("… svezzamento dalla CEC… chiusura incisione a strati. No membrane…"). In pari data, una consulenza neurologica evidenziò la presenza di stato comatoso, con necessità di assistenza respiratoria, assenza di riflesso corneale e di risposta motoria. In data 12/04/2014, inoltre, le risultanze di un esame colturale su lavaggio broncoalveolare prelevato il 09/04/2014 e refertato il 12/04/2014, diedero esito positivo per la crescita di colonie di *[...]* *Persona_3* nel frattempo le sue condizioni generali peggioravano sempre di più il 19/04/2014 le colonie batteriche venivano refertate come Klebsiella Oxyloca sensibile al Meropemen. Alle ore 03.00 del 21/04/2014 venne somministrata la prima dose di *Pt_7* e sospesa la somministrazione di *Parte_5* Le condizioni vitali continuavano a peggiorare, e in data [redacted] si verificava un episodio di bradicardia spinta, e si praticava rianimazione cardiopolmonare secondo le linee guida IRC. Esitava in asistolia, refrattaria alle manovre di rianimazione cardio-polmonare. Alle ore 16:00, i *CP_7* costatarono il decesso del piccolo *Per_2* . La diagnosi definitiva fu "Tetralogia diFallot. *CP_12* senza DIA. S/P stent duttali". Considerazioni "Exitus per arresto cardiaco su pregressa emorragia cerebrale diffusa";

- ciò posto deve ritenersi che, nell'ultimo ricovero al *Org_2* l'errata condotta assistenziale, produttiva di una infezione nosocomiale tardivamente trattata, possa configurarsi quale concausa del decesso. Nel caso oggetto risulta essersi realizzato un peggioramento delle condizioni cliniche successivamente all'esecuzione dell'intervento chirurgico di correzione radicale della tetralogia di Fallot, per l'insorgenza di un evento prevedibile ed evitabile, non risultando dimostrato nel contempo da parte della *Parte_8* Ospedaliera di aver adottato tutte le cautele dovute nel caso concreto. In particolare, non risulta dalla disamina della documentazione sanitaria versata in atti che siano state poste in essere le misure cautelative necessarie per evitare il prodursi di una infezione iatrogena; infatti, nella fattispecie, secondo quanto si evince dalla documentazione versata in atti non risultano programmati controlli biologici nella struttura in cui si svolsero i fatti citati. In più, non sono disponibili i dati di monitoraggio inerenti la distribuzione percentuale degli isolamenti di microrganismi e quelli

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

relativi alle frequenze assolute di Klebsiella isolati nei principali reparti a rischio nel periodo marzo-aprile 2014, non essendo possibile esprimersi in ordine alla congruità o meno con quelli indicati dalla letteratura scientifica internazionale sui rischi da infezione ospedaliera, né tantomeno sull'efficacia delle eventuali, non documentate, attività di controllo adottate. Di talché, non essendo stata fornita la prova necessaria a superare la presunzione di responsabilità ex art. 1218 c.c., se ne ricava, necessariamente, l'individuazione di elemento di colpevole mancata vigilanza sul fenomeno, il quale rimane un evento compressibile allo stato delle attuali generali capacità gestionali di una struttura sanitaria di tipo ospedaliero. In altri termini, deve convenirsi che l'insorta complicanza vada causalmente riferita ad omissione delle misure profilattiche e, quindi, ad una condotta colposa della

Controparte_13

- ulteriore profilo di responsabilità, secondo i consulenti è quella relativa al ritardo nell'inserimento del Merrem, antibiotico cui era sensibile la Klebsiella Oxilocica. Infatti, dall'esame della documentazione clinica risulta che il referto includente la sensibilità agli antibiotici sia stato siglato il 19/04/2014, mentre la prima somministrazione del farmaco risulta effettuata alle ore 03.00 del giorno 21/04/2014. Tale colpevole comportamento ha sicuramente cagionato un aumento del rischio di mortalità che da quanto annotato nel diario clinico ha subito un ulteriore peggioramento dopo avere contratto l'infezione di Klebsiella, mostrando chiari seni di interessamento sistemico (inteso come la probabilità che un'azione non messa in atto porti ad un evento infausto) del piccolo *Persona_2*, che da quanto annotato nel diario clinico. ha subito un ulteriore peggioramento (atteso un quadro clinico già di per sé compromesso) dopo aver contratto l'infezione da Klebsiella, mostrando chiari segni di interessamento sistemico.

In conclusione, deve ritenersi che la storia clinica del piccolo *Per_2* non sia stata caratterizzata esclusivamente dalla tetralogia ma anche da una atresia esofagea che ha comportato una degenza ospedaliera superiore ai cinque mesi associate anche a diverse infezioni ospedaliere e lunghi trattamenti antibiotici. Inoltre, si sono verificate importanti complicanze post-operatorie. In particolare, il decorso post-operatorio venne a complicarsi per l'insorgenza di un grave episodio di insufficienza cardiorespiratoria, ipossia, ipercapnia ed acidosi metabolica determinatosi il giorno 03/04/2014 dopo circa 12 ore dal primo intervento cardiochirurgico, che ha compromesso irrimediabilmente l'organismo già provato del piccolo *Per_2*, determinando una insufficienza multiorgano con una gravissima e diffusa emorragia cerebrale ed un coma profondo, riducendo le chance di sopravvivenza di *Per_2* del 55-60%.

Peraltro, è necessario considerare che la consulenza tecnica è stata integrata nel presente giudizio: i consulenti hanno ribadito che dai dati che emergono dalla letteratura si desume una sopravvivenza

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

complessiva dei pazienti sottoposti a riparazione chirurgica della tetralogia di Fallot eccellente: la sopravvivenza a 25 anni è superiore al 94% e a 36 anni è dell'85%. È stato escluso che nel caso di specie possa ritenersi sussistente una fattispecie di perdita di chance, "poiché, l'evento ha ad oggetto la "qualificata probabilità" che la doverosa e esigibile condotta (adeguate misure profilattiche finalizzate ad evitare il rischio di infezioni nosocomiali e, secondariamente, il tempestivo trattamento dell'infezione stessa) avrebbe evitato il decesso del piccolo *Per_2* "; è stato chiarito che "è indubitabile ritenere che lo sviluppo della sopradetta infezione nosocomiale abbia cagionato la morte del p., in quanto all'indagine controfattuale se non fosse occorsa la suddetta infezione, il piccolo *Persona_2* non sarebbe deceduto con quelle modalità e tempistica".

Deve considerarsi accertata, dunque, la responsabilità della convenuta per il decesso di *[...] Per_2* , sussistendo il nesso causale tra la condotta colposa degli operatori sanitari e il citato evento dannoso. È necessario, dunque, procedere a verificare la sussistenza dei danni conseguenza lamentati dagli attori, sia iure proprio che iure hereditatis.

Invero, parte attrice agisce, iure hereditatis, al fine di ottenere il risarcimento del danno terminale patito dal defunto. Sul punto, si evidenzia che, secondo la giurisprudenza di legittimità, "il danno subito dalla vittima, nell'ipotesi in cui la morte sopravvenga dopo apprezzabile lasso di tempo dall'evento lesivo, è configurabile e trasmissibile agli eredi nella duplice componente: di danno biologico "terminale", ossia di danno biologico da invalidità temporanea assoluta; e di danno morale, consistente nella sofferenza patita dal danneggiato che lucidamente e coscientemente assista allo spegnersi della propria vita, e quindi nella sofferenza psicologica (agonia) derivante dall'avvertita imminenza dell'exitus, se nel tempo che si dispiega tra la lesione e il decesso la persona si trovi in una condizione di "lucidità agonica", in quanto in grado di percepire la sua situazione ed in particolare l'imminenza della morte, essendo quindi irrilevante, a fini risarcitori, il lasso di tempo intercorso tra la lesione personale ed il decesso nel caso in cui la persona sia rimasta "manifestamente lucida". Il danno biologico terminale è invece configurabile, e trasmissibile iure successionis, ove la persona ferita non muoia immediatamente, ma sopravviva per almeno ventiquattro ore, tale essendo la durata minima, per convenzione legale, a fini di apprezzabilità dell'invalidità temporanea, essendo, invece, irrilevante che sia rimasta cosciente" (cfr. Cassazione civile sez. lav., 28/11/2022, n. 34987). Nel caso di specie, l'infezione nosocomiale da cui è dipesa la morte del paziente si è manifestata a seguito dell'intervento a cui il medesimo è stato sottoposto in data 02.04.2014; pertanto, il periodo da prendere in considerazione è quello compreso tra tale data e il [redacted] Dalla cartella clinica emerge che, in tale intervallo temporale, il paziente rimase sedato, prima di entrare in stato comatoso a decorrere dal 09.04.2014; conseguentemente, deve essere esclusa la sussistenza del danno

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

morale “catastrofale”, dal momento che *Persona_2* non era lucido nel corso dell’agonia. Occorre procedere, dunque, alla liquidazione in favore degli eredi del solo danno biologico terminale, dimezzando i valori contenuti all’interno delle Tabelle di Milano 2021, che sono omnicomprensivi. Ai fini della quantificazione, si tiene conto del valore massimo per i primi tre giorni, in virtù delle gravi condizioni cliniche in cui versava il paziente a seguito dell’intervento subito, dal momento che lo stesso era intubato, collegato al ventilatore automatico e subì vari ulteriori interventi e diverse trasfusioni; per questo motivo, il danno biologico terminale ammonta complessivamente ad € 25.703,00, corrispondente alla metà del risarcimento omnicomprensivo risultante dall’applicazione delle citate tabelle (pari a € 51.406,00).

Inoltre, gli attori domandavano, iure proprio, il risarcimento del danno consistente nella perdita del rapporto parentale instaurato rispettivamente con il figlio, il fratello, il nipote. In tema di perdita del rapporto parentale, occorre osservare che, in base alle coordinate ermeneutiche di legittimità (cfr. Cass. n. 21939/2017, Cass. n. 12470/2017 e Cass. n. 907/2018), la possibilità di provare per presunzioni non esonera chi lamenta un danno e ne chiede il risarcimento dal darne concreta allegazione e prova; il danno non deve essere considerato in re ipsa, bensì deve essere compiutamente descritto nonché allegato, provato e documentato facendo ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva. Cosicché la mera titolarità di un rapporto familiare o anche di convivenza non determinano automaticamente il diritto al risarcimento del danno, dovendo i congiunti “provare la effettività e la consistenza della relazione parentale” (cfr. sentenza Cass. n. 21230/2016); tuttavia, la effettività e consistenza della relazione parentale nel rapporto tra genitore e figli, ove compiutamente allegata, può essere acquisita in via presuntiva. La speciale consistenza del rapporto affettivo che lega i genitori ai propri figli, così come quella del legame tra fratello e sorella, è circostanza generalmente nota, aderente all’id quod prelumque accidit, e, quindi, è presumibile, in base alla comune esperienza, lo sconvolgimento derivante dalla perdita di un figlio o di un fratello.

Diversamente, in assenza di specifiche allegazioni e prove fornite dagli attori, non può ritenersi sussistente la relazione affettiva tra il nonno, *Parte_3*, e il defunto *Persona_2*. Invero, la Corte di Cassazione ha affermato che il fatto illecito costituito dalla uccisione del congiunto dà luogo ad un danno non patrimoniale presunto, consistente nella perdita del rapporto parentale, allorché colpisce soggetti legati da uno stretto vincolo di parentela, la cui estinzione lede il diritto all’intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che caratterizza la vita familiare nucleare. Perché, invece, possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei a tale ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero o la nuora), è necessario che sussistano una compiuta allegazione e la prova positiva dell’esistenza di un vincolo

Dall’archivio dell’Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

affettivo (cfr. Cassazione civile sez. VI, 28/02/2020, n. 5452; Cassazione civile sez. VI, 15/02/2018, n. 3767; Cassazione civile sez. III, 14/06/2016, n. 12146, e l'ordinanza 15 febbraio 2018, n. 3767). Nel caso di specie, non è stata allegata e provata in modo convincente la sussistenza di un rapporto di intensa affettività tra nonno e nipote, anche in considerazione della brevissima durata della vita del piccolo *Per_2*, che, tra l'altro, è stata trascorsa quasi interamente all'interno di strutture ospedaliere. Per l'effetto, la domanda formulata da *Parte_3* deve essere rigettata.

Occorre, pertanto, procedere alla liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale solo in favore di *Parte_1*, *Parte_2* e *Persona_1* a tal fine, si ricorre alla Tabelle 2022 del Tribunale di Milano, relative alla liquidazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale (cfr. Cassazione civile sez. III, 16/12/2022, n. 37009).

Per *Parte_1* e *Parte_2* si configurano 93 punti base: 28 punti per l'età della vittima primaria al momento del fatto (1 anno), 22 punti per l'età delle vittime secondaria al momento del fatto (rispettivamente 32 e 31 anni), 16 punti per lo stato di convivenza con la vittima (provata tramite il certificato dello stato di famiglia versato in atti), 12 punti per la residualità affettiva rappresentata da due componenti residui del nucleo familiare (il coniuge e la figlia), 15 punti in ragione della sofferenza interiore patita (si esclude, invece, la riconoscibilità di punti riferibili alla dimensione dinamico-relazionale, attesa la breve durata della vita del piccolo *Per_2*, che è stata trascorsa, tra l'altro, quasi interamente presso strutture ospedaliere). Considerato il valore punto (€ 3.365,00), il risarcimento spettante a ciascuno dei due genitori ammonta ad € 312.945,00.

Per *Persona_1* invece, si configurano 72 punti base: 20 punti per l'età della vittima primaria al momento del fatto (1 anno), 20 punti per l'età della vittima secondaria al momento del fatto (6 anni), 20 punti per lo stato di convivenza con la vittima (provata tramite il certificato dello stato di famiglia versato in atti), 12 punti per la residualità affettiva rappresentata da due componenti residui del nucleo familiare (i due genitori); la breve durata della vita del fratello (durata connotata da una lunga degenza) , unitamente alla tenera età della bambina (che determina il convincimento nella scrivente della attenuata percezione della perdita), escludono la riconoscibilità dei punti relativi all'intensità della relazione affettiva con la vittima e allo sconvolgimento derivato dalla perdita. Considerato il valore del punto (€ 1.461,20), il risarcimento spettante ammonta ad € 105.206,40.

Poiché gli importi dovuti a titolo risarcitorio sono espressi all'attualità appare necessario, peraltro, procedere alla liquidazione del cd. danno da ritardato conseguimento delle somme dovute a ristoro. Essa deve essere operata, alla stregua dell'autorevole insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. diffusamente, Cass., Sez. U, Sentenza n. 1712 del 17/02/1995) con la tecnica degli interessi, con la precisazione, tuttavia, che detti interessi non debbono essere calcolati né sulla somma originaria,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

né su quella rivalutata al momento della liquidazione, dovendo gli stessi computarsi, piuttosto, o sulla somma originaria progressivamente rivalutata, anno per anno, ovvero in base ad un indice di rivalutazione medio (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 21396 del 10/10/2014).

In applicazione dei sopra richiamati principi, quindi, compete alla parte istante l'importo ulteriore quantificato a titolo di interessi computati dalla data dell'evento dannoso sugli importi come sopra individuati e pari al capitale devalutato, in base all'indice ISTAT delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai (cosiddetto indice *Orga*, alla data del verificarsi del sinistro e rivalutata anno per anno in base all'indice ISTAT fino al momento della pubblicazione della presente decisione.

Con riferimento alle spese di lite, nei rapporti tra la convenuta e *Parte_1*, *Parte_2* e *Persona_1* le spese seguono la soccombenza e, pertanto, l' *Org_2* deve essere condannata al pagamento in favore del difensore antistatario di parte attrice di € 31.210,30, a titolo di compensi professionali, ed € 1.072,00 per spese vive (incluse le spese per l'iscrizione a ruolo del presente giudizio e dell'ATP, nonché le spese per la CTP, ridotte ad € 500,00 in applicazione dell'art. 92 I comma c.p.c.). Ciò in applicazione dei valori dei valori di cui alla tabella n. 9 fascia V del D.M. 55/2014, con riferimento al procedimento di ATP, e della tabella n. 2 fascia VI del D.M., comprensiva di tutte le fasi, con riferimento al presente giudizio ordinario, con aumento del 10%, ai sensi dell'art. 6 del D.M.; oltre spese generali, IVA e CPA se dovute, come per legge.

Nei rapporti tra *Parte_3* e l' *Org_2* invece, si ritiene che sussistano eccezionali ragioni per la integrale compensazione delle spese di lite; ciò in applicazione dell'art. 4 I comma DM 55/2014 (qualità di persona fisica, età): la sua posizione che non ha richiesto alla convenuta di articolare alcuna difesa autonoma rispetto a quelle adottate rispetto agli attori rivelatisi gli unici titolari attivi del credito risarcitorio.

Alla luce della soccombenza, le spese di CTU devono essere poste definitivamente a carico di parte convenuta.

PQM

Il Tribunale di Napoli, in persona del Giudice, dr.ssa Francesca Console, definitivamente pronunziando sulla controversia promossa come in narrativa, ogni altra domanda od eccezione respinta o disattesa, così provvede:

- accoglie la domanda formulata da *Parte_1*, *Parte_2* e *Persona_1* e, per l'effetto:

1. condanna l' *Org_2* al pagamento, in favore di *Parte_1* e *Parte_2*, in proprio e nella qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale su *Persona_1* nella qualità

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627

di eredi di *Persona_2*, dell'importo di € 25.703,00; sulla somma de qua decorrono interessi compensativi ad un tasso dello 0,5 % annuo da calcolarsi dalla data del fatto (16.06.2016) alla pronunzia della presente sentenza sulla somma dapprima originariamente devalutata alla data dell'illecito e poi incrementata anno per anno nominalmente fino all'importo liquidato in base ai coefficienti *Org_10*;

2. condanna l'*Org_2* al pagamento di € 312.945,00 ciascuno in favore di *Pt_1* *[...]* e *Parte_2*, nonché al pagamento di € 105.206,40 in favore di *Parte_1* e *Parte_2*, nella qualità di genitori esercenti la responsabilità genitoriale su *Persona_1* sulle somme de quibus decorrono interessi compensativi ad un tasso dello 0,5% annuo da calcolarsi dalla data del fatto (16.06.2016) alla pronunzia della presente sentenza sulla somma dapprima originariamente devalutata alla data dell'illecito e poi incrementata anno per anno nominalmente fino all'importo liquidato in base ai coefficienti *Org_10*;

- rigetta la domanda formulata *Parte_3*;
- condanna l'*Org_2* al pagamento delle spese processuali in favore del procuratore antistatario di parte attrice; spese che liquida in € 31.210,30 per compensi, € 1.072,00 per spese vive, oltre spese generali al 15%, CPA ed IVA, se dovuti, come per legge;
- compensa le spese tra *Parte_3* e l'*Controparte_2*
- Spese di CTU definitivamente a carico di parte convenuta.

Napoli, 7 febbraio 2024

Il Giudice

dott. Francesca Console

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-627