TRIBUNALE DI POTENZA

Sezione Civile

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il giudice, dott. Giulio Fortunato,

ha pronunziato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado, iscritta al ruolo generale degli affari civili in data 21.10.2010 al n. 2455/2010, avente per oggetto una controversia in tema di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria

TRA

Parte_1, rappresentato e difeso, in virtù di procura stesa a margine all'atto di citazione, dall'avv. [redacted] ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in San Fele alla [redacted]

ATTORE

E

Controparte_1 in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso, in virtù di procura stesa a margine della comparsa di costituzione e risposta, dall'avv. prof. [redacted] ed elettivamente domiciliata presso lo studio professionale dell'avv. [redacted] sito in Potenza alla [redacted] presso il [redacted]

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

CONVENUTA

NONCHÉ

Controparte_2 **,** in persona del procuratore p.t. rappresentata e difesa, in virtù di procura stesa in calce alla comparsa di costituzione e risposta, dall'avv. [redacted] e [redacted] presso lo studio della quale, in Potenza alla [redacted] ha eletto il proprio domicilio;

CHIAMATA IN CAUSA

E

Controparte_3 rappresentato e difeso, in virtù di procura stesa a margine della comparsa di costituzione e risposta, dall'avv. [redacted] presso il cui studio, in Potenza alla [redacted] è elettivamente domiciliato;

CHIAMATO IN CAUSA

All'udienza del 04.07.2018, i procuratori delle parti costituite concludevano come da verbale in atti, che in questa sede si richiama integralmente.

MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 15.10.2010 *Parte_1* *[...]* conveniva dinanzi all'intestato Tribunale *Controparte_1* (d'ora innanzi per brevità "*la clinica*") per sentirla condannare al risarcimento dei danni asseritamente patiti in conseguenza dell'infezione contratta durante il periodo di degenza presso la stessa. In particolare, l'odierno attore esponeva che: a) in data 20.10.2006 aveva subito, presso il reparto di ortopedia della *CP_1*, a causa delle degenerazione della cartilagine articolare, un intervento chirurgico volto al posizionamento di

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

artroprotesi coxo femorale all'anca sinistra, realizzato dal dott. *[...]* *CP_3* b) in data 02.11.2006 era stato dimesso, nonostante la percezione di forti dolori all'anca; c) in data 06.10.2006, ricoverato nuovamente presso la clinica, aveva subito un ulteriore intervento di pulizia della ferita infetta; d) successivamente era stato sottoposto a ulteriori interventi di pulizia dell'infezione, sia presso il nosocomio di [redacted] sia presso quello di [redacted]

Pertanto, sulla scorta di siffatte premesse, prospettando la lesione del diritto all'informazione prodromica alla prestazione del consenso al trattamento chirurgico e l'esistenza di postumi invalidanti legati a un'ipotesi di *malpractice* sanitaria, chiedeva la condanna dell'ente convenuto al pagamento, da un lato, di euro 10.000,00 a titolo di ristoro del danno determinato dalla lesione del diritto all'informazione, e, dall'altro, di euro 240.000,00, per il risarcimento dei danni non patrimoniali e patrimoniali asseritamente correlati all'infezione contratta durante il ricovero presso la clinica. Chiedeva, infine, la rifusione delle spese di lite, da distrarsi a favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Instaurato regolarmente il contraddittorio si costituiva in giudizio la clinica, la quale instava per il rigetto della domanda in quanto infondata in fatto e in diritto. Chiedeva, poi, il differimento della prima udienza al fine di chiamare in causa il dott. *Controparte_3* e *Controparte_2* al fine di essere tenuto indenne dal peso economico di un'eventuale statuizione di condanna resa nei suoi confronti.

Perfezionato il procedimento di notificazione, il dott. *Controparte_3* e *Controparte_2* si costituivano in giudizio.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

In particolare, *Controparte_3* evidenziava che: a) l'evento lamentato dall'attore fosse da ascriversi alla condotta imprudente dell'attore, il quale, nonostante i diversi ammonimenti del personale medico, si era determinato ad alzarsi dal letto immediatamente dopo l'operazione; b) non fossero stati provati i danni derivanti dall'assunta omessa informazione e dalla lesione della capacità lavorativa.

Dal canto suo, *Controparte_2* oltre a dedurre l'infondatezza della domanda risarcitoria, evidenziava l'inoperatività della garanzia assicurativa nel caso di specie, in ragione dell'assenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la clinica e il chirurgo.

Svolta l'istruttoria, ammessa ed espletata la consulenza tecnica, dopo una serie di rinvii determinati dalla necessità di rispettare il programma di smaltimento dei procedimenti cd. vetusti, questo giudice, disposto lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, assumeva al causa in decisione.

Tanto puntualizzato, occorre determinare il *thema decidendum* in ragione delle prospettazione delle parte attrice e delle deduzioni della convenuta, nonché delle parti chiamate in causa.

Orbene, attraverso il libello introduttivo del giudizio, l'odierno attore – come già rilevato – lamenta, da un lato, la violazione del proprio diritto all'informazione, prodromica e funzionale alla prestazione del consenso al trattamento sanitario e, dall'altro, l'omessa adozione dei controlli necessari per verificare l'idoneità dei macchinari e dell'ambiente sanitario, nonché la mancata predisposizione delle cautele necessarie per evitare l'infezione. Sulla

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

scorta di siffatte doglianze chiede, dunque, il ristoro dei danni patrimoniali e non patrimoniali asseritamente patiti.

Ancora, interpretando le conclusioni contenute nella comparsa di costituzione e risposta della convenuta clinica emergono, poi, sia una domanda di regresso spiegata dalla stessa nei confronti del sanitario che ebbe in cura l'attrice, sia una domanda di garanzia cd. impropria proposta nei confronti dell'impresa di assicurazione.

Sul punto, preme sin da subito precisare che, in ragione del fatto che la chiamata in causa operata dalla convenuta nei confronti del dott. *[...]* *CP_3* è stata effettuata in manleva (*rectius* in regresso), la domanda dell'attore non si estende automaticamente nei confronti del medico medesimo, il quale quindi dovrà essere condannato unicamente a tenere indenne la Casa di cura di quanto questa avrà corrisposto all'attore in forza della presente sentenza e sempre che venga accertata la sua responsabilità.

Si ricordi infatti che per orientamento costante di legittimità, "*diversamente dall'ipotesi in cui il convenuto in giudizio chiami in causa un terzo, indicandolo come il soggetto tenuto a rispondere della pretesa dell'attore (caso, questo, in cui la domanda attorea si estende automaticamente al terzo, pur in mancanza di apposita istanza, dovendosi individuare il vero responsabile nel quadro di un rapporto oggettivamente unitario), nell'ipotesi della chiamata del terzo in garanzia la predetta estensione automatica non si verifica, in ragione dell'autonomia sostanziale dei due rapporti, ancorché confluiti in un unico processo*" (così *ex multis* Cass. n. 5400 del 2013).

Ciò posto, la domanda di manleva effettuata dalla *CP_4* di cura nei confronti del dott. *Controparte_3* deve essere qualificata come domanda di regresso

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

svolta da uno dei coobbligati in solido nei confronti dell'altro condebitore solidale e deve trovare accoglimento solo ove venga accertato una responsabilità professionali in capo a questi.

Puntualizzati i profili essenziali della *res controversa*, nel merito, la vicenda *de qua agitur* all'esito della compiuta istruttoria deve essere ricostruita come di seguito.

Ebbene, dalla documentazione sanitaria versata in atti emerge che *Parte_1* in data 23 ottobre 2006 è stato sottoposto a un intervento chirurgico di protesizzazione totale dell'anca sinistra presso la [redacted] *CP_1* di Potenza. Il giorno successivo il paziente ha effettivamente raggiunto il bagno, facendosi trovare dal personale infermieristico in posizione seduta. Successivamente, il personale sanitario ha rimosso e spostato il drenaggio della ferita, medicandola. In data 02 novembre 2006 *Parte_1* è stato dimesso dalla struttura, facendovi però rientro in data 24 novembre 2006, a causa del forte dolore percepito. I sanitari, in particolare, in occasione del secondo ricovero hanno riscontrato una sepsi localizzata soprafasciale artroprotesi di anca sinistra, sottoponendo l'attore a un nuovo intervento chirurgico in data 29 novembre 2006 e dimettendolo solo in data 06 dicembre 2006. Successivamente, è stato sottoposto a numerose terapie e interventi chirurgici, nonché ulteriori ricoveri, per bonificare l'anca dalla presenza di secrezioni purulente.

Così ricostruiti i tratti essenziali della vicenda, giova operare un preliminare inquadramento giuridico della pretesa risarcitoria azionata, che vede, quale originario destinatario la struttura sanitaria in seno alla quale è stato effettuato il trattamento.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Ebbene, con precipuo riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza, avallato dalle sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. sez. un. n. 9556 del 2002 e n. 577 del 2008), il rapporto che lega la struttura sanitaria (pubblica o privata) al paziente ha fonte in un contratto obbligatorio atipico, denominato contratto di "spedalità" o di "assistenza sanitaria", che si perfeziona anche sulla base di fatti concludenti, rappresentati dall'accettazione del malato presso la struttura (Cass. 13/4/2007 n. 8826), in virtù del quale quest'ultima si obbliga ad adempiere sia a prestazioni principali di carattere strettamente sanitario, sia a prestazioni secondarie e accessorie, fra le quali sono annoverabili l'assistenza al malato, la fornitura del vitto e dell'alloggio in caso di ricovero *et similia*. Ne deriva che la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria per l'inadempimento ovvero per l'inesatto adempimento delle prestazioni dovute in base al contratto di spedalità è sussumibile entro l'archetipo della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. e nessun rilievo, a tal fine, assume il fatto che la struttura, pubblica o privata, per adempiere ai propri obblighi contrattuali si avvalga dell'opera dei propri dipendenti o di collaboratori esterni, esercenti professioni sanitarie, e che la condotta pregiudizievole sia materialmente tenuta da uno di questi soggetti. Ed invero, a mente della norma di cui all'art. 1228 c.c., il debitore che per adempiere si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

In tale prospettiva, dunque, a fronte dell'inadempimento dedotto dall'attore quale come causa del danno di cui chiede il risarcimento, è onere del debitore convenuto (struttura sanitaria) provare di aver esattamente eseguito le prestazioni ovvero che il fatto lesivo lamentato da controparte non gli è

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

imputabile. Al riguardo, la Suprema Corte ha precisato che "*in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (...), ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante*" (Cass. sez. un. n. 577 del 2008).

Deve poi soggiungersi che la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria come responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. non muterebbe natura neppure qualora si volesse invece ritenere che per le strutture (pubbliche o private convenzionate) inserite nel *CP_5* l'obbligo di adempiere le prestazioni di cura e di assistenza derivi direttamente dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario (legge. n. 833 del 1978), come pure da taluni sostenuto. Anche secondo tale impostazione, infatti, la responsabilità andrebbe comunque ricondotta alla disciplina dell'art. 1218 c.c., al pari di ogni responsabilità che scaturisce dall'inadempimento di obbligazioni derivanti da "altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento" (art. 1173 c.c.). In ogni caso, la struttura sanitaria convenuta dal danneggiato è dunque responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c. per il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento (o dall'inesatto adempimento) di una delle prestazioni a cui è direttamente obbligata.

Tanto puntualizzato in ordine ai profili teorici della responsabilità della struttura, la già riferita domanda riconvenzionale di regresso avanzata dalla

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

convenuta struttura sanitaria nei confronti del dott. *Controparte_3* suggerisce di esaminare, compatibilmente con le esigenze di sinteticità sottese alla redazione di una pronuncia giudiziale, i profili generali della responsabilità del medico collaboratore della struttura sanitaria, asserito autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente, col quale tuttavia questi non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera.

Orbene, come noto, a partire dal 1999 la giurisprudenza pressoché unanime ha ritenuto che anch'essa andasse inquadrata nell'archetipo della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. in base alla nota teoria del "contatto sociale" (Cass. 22/1/1999 n. 589). In particolare, secondo tale consolidato indirizzo giurisprudenziale – ribadito anche nel 2008 dalle Sezioni Unite della Cassazione (sent. 577/2008) - "*in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l'obbligazione di quest'ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...)*" (in tal senso, fra le altre, Cass. 19/04/2006 n. 9085).

La ricostruzione della responsabilità del medico in termini di responsabilità "contrattuale" ex art. 1218 c.c. anche in assenza di un contratto concluso dal

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

professionista con il paziente implica, come logico corollario, l'applicazione della relativa disciplina in tema di riparto dell'onere della prova fra le parti, di termine di prescrizione decennale, di risarcibilità dei soli danni prevedibili e così via.

Tale inquadramento della responsabilità medica e il conseguente regime applicabile, unito all'evoluzione che nel corso degli anni si è avuta in tema di danni non patrimoniali risarcibili e all'accresciuta entità dei risarcimenti liquidati - in base alle tabelle di liquidazione equitativa del danno alla persona elaborate dalla giurisprudenza di merito, in particolare a quelle del Tribunale di Milano ritenute applicabili dalla Corte di cassazione a tutto il territorio nazionale in mancanza di un criterio di liquidazione previsto dalla legge - ha indubitabilmente comportato un aumento dei casi in cui è stato possibile ravvisare una responsabilità civile del medico ospedaliero (chiamato direttamente a risarcire il danno sulla base del solo "contatto" con il paziente se non riesce a provare di essere esente da responsabilità ex art. 1218 c.c.), una maggiore esposizione di tale categoria professionale al rischio di dover risarcire danni anche ingenti (con proporzionale aumento dei premi assicurativi) ed ha involontariamente finito per contribuire all'esplosione del fenomeno della cd "medicina difensiva" come reazione al proliferare delle azioni di responsabilità promosse contro i medici.

Su tale contesto normativo e giurisprudenziale è intervenuta alla fine del 2012 la cd. "legge Balduzzi" - legge 8 novembre 2012 n. 189 che ha convertito con modificazioni il D.L. 13 settembre 2012 n. 158 – la quale ha espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della "medicina difensiva", sia attraverso una restrizione delle ipotesi di

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche "difensive" che hanno un'evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche) sia attraverso una limitazione dell'entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria.

In particolare, l'art. 3 della legge, recante la rubrica "*Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*", prevede al comma 1 che "*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*".

Ciò posto, il dibattito che si è sviluppato in dottrina dopo l'entrata in vigore della legge si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma ("*In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile"*) ed è caratterizzato da opinioni contrapposte, rispecchiate nelle pronunce giurisprudenziali di merito note.

Il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art. 2043) è stato visto da alcuni come una sorta di "atecnico" rinvio alla responsabilità risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria (in tal senso, fra gli altri, Tribunale di Arezzo 14/2/2013 e Tribunale di Cremona 19/9/2013), mentre altri (Tribunale di Varese 29/12/2012) hanno inteso da subito vedere nella previsione in esame una indicazione legislativa (di portata implicitamente interpretativa) volta a chiarire che, in assenza di un contratto

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

concluso con il paziente, la responsabilità del medico non andrebbe ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento/inesatto adempimento (comunemente detta «contrattuale») bensì in quello della responsabilità da fatto illecito (comunemente detta «extracontrattuale»).

Gli estremi delle contrapposte opinioni emerse nella giurisprudenza di merito paiono ben rappresentati da una pronuncia del Tribunale di Torino del 26/2/2013 e da quella del Tribunale di Rovereto del 29/12/2013.

Secondo il giudice piemontese il legislatore del 2012 avrebbe dettato una norma che smentisce l'intera elaborazione giurisprudenziale precedente e l'art. 2043 sarebbe ora la norma a cui ricondurre sia la responsabilità del medico pubblico dipendente sia quella della struttura pubblica nella quale opera (non essendo ipotizzabile secondo quel giudice un diverso regime di responsabilità del medico e della struttura), per cui l'art. 3 della legge Balduzzi cambierebbe il "diritto vivente" operando una scelta di campo del tutto chiara e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica e "getta alle ortiche" la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale.

Il giudice trentino ha ritenuto invece che nessuna portata innovatrice deriverebbe dalla legge Balduzzi in merito alla responsabilità civile del medico in quanto il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 andrebbe riferito solo al giudice penale per il caso di esercizio dell'azione civile in sede penale, mentre la responsabilità civile del medico andrebbe comunque ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento e/o inesatto adempimento dell'obbligazione "legale" gravante anche sul singolo

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

operatore sanitario e che troverebbe fonte nella legge istitutiva del S.S.N. (L. n. 833 del 1978).

Anche la Suprema Corte si è pronunciata sulla possibile portata innovatrice della legge Balduzzi nel regime della responsabilità civile medica, sinora escludendola.

In una prima decisione del febbraio 2013 la Cassazione (in un "*obiter*") ha affermato che *"(...) la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate (...) anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale", richiamando quale "punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite nel novembre 2008 (...)*" (Cass. 19/2/2013 n. 4030). In tale sentenza non sono fornite indicazioni interpretative del secondo inciso dell'art. 3 comma 1 L.189/2012, che invece si rinvengono nella successiva pronuncia della Cassazione del 17/4/2014 n. 8940 così massimata: "*l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve*".

Aderendo, dunque, a siffatta opzione ricostruttiva sia la responsabilità della struttura sanitaria sia la responsabilità del medico ivi operante derivano da

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. Dal riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità – è bene ribadirlo - discende, in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, che è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dei medici o della 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 (cfr. Cass. n. 4400/2004; n. 9085/2006). Dunque, in ragione della natura contrattuale del rapporto sottostante opera una presunzione semplice di responsabilità a carico sia degli enti che dei medici alle loro dipendenze ex art. 1218 c.c. e l'onere della prova relativo al fatto che l'insuccesso non sia dipeso da mancanza di diligenza (e, soprattutto, di perizia professionale specifica) incombe a carico dei sanitari e degli enti di appartenenza.

Questo giudice ritiene di condividere siffatto indirizzo interpretativo, pur consapevole della diversa opzione ricostruttiva in materia proposta dal Tribunale di Milano (sentenza del 17 luglio 2014), la quale, a ben vedere, ha anticipato la soluzione fornita di recente dallo stesso legislatore con la cd. legge Gelli – *Per_1* (legge 8 marzo 2017 n. 24, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 17 marzo 2017, n. 64 e recante "*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*"). Detta normativa ha, infatti, in estrema sintesi, ribadito che la struttura sanitaria risponde ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c, affermando, nel contempo, che i sanitari

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

rispondono del loro operato in base all'art. 2043 c.c. a meno che non abbiano agito nell'adempimento di una obbligazione direttamente assunta con il paziente.

Circa l'applicabilità della *novum* legislativo occorre svolgere qualche breve considerazione.

Ebbene, la norma di chiusura prevede che la disposizione di cui all'art. 7 della nuova legge, consacrante le opzioni di qualificazione delle forme di responsabilità della struttura e del medico, costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile. Detto riferimento impone all'interprete, giocoforza, di escludere che la natura della responsabilità del sanitario possa essere qualificata come contrattuale facendo riferimento, come per il passato, alla tesi del cd. contatto sociale. Ciò posto, però, occorre chiedersi, in mancanza di alcuna normativa transitoria, se la disciplina della legge *Pt_2 – Per_1* trovi applicazione solo ai fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore. In vero, i primi orientamenti della giurisprudenza di merito e della Corte di cassazione paiono orientati in tal senso e prendono le mosse dalla valorizzazione del principio di irretroattività della legge, così come stabilito dalle preleggi, il quale, come noto, comporta che la nuova legge *non può essere applicata ai rapporti giuridici che si sono esauriti prima della sua entrata in vigore, né ai rapporti sorti anteriormente e ancora pendenti, se in conseguenza di tale applicazione si disconoscono gli effetti che si sono già prodotti dal fatto o si toglie efficacia alle sue conseguenze attuali o future. La nuova legge può essere applicata, invece, ai fatti esistenti o sopravvenuti al momento della sua entrata in vigore, anche se derivano da un fatto avvenuto in precedenza, purché vengano presi in considerazione in se stessi, a*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

prescindere dal fatto generatore, al quale la normativa non può essere applicata (Così, condivisibilmente Trib. Roma sentenza del 4 ottobre 2017).

Di conseguenza la nuova normativa, con precipuo riferimento alle disposizioni di natura sostanziale quali quelle relative allo statuto disciplinatorio degli operatori sanitari, professionista e struttura, pubblica o privata, non è in alcun modo applicabile alla presente decisione. *Ex adverso*, troveranno applicazione le coordinate ermeneutiche dinanzi illustrate relativamente alla responsabilità da inadempimento della struttura e dell'esercente la professione medica, secondo i condivisi itinerari interpretativi percorsi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

E così, con precipuo riferimento alla distribuzione dell'onere probatorio, il paziente danneggiato deve provare l'esistenza del rapporto contrattuale con la struttura ovvero del contatto sociale coll'operatore sanitario, l'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e il relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del "*più probabile che non*", potendosi limitare ad allegare (ma non provare) l'inadempimento, ancorché qualificato, ossia astrattamente efficiente alla produzione del danno (vedasi la già riferita Cass. 11.1.2008 n. 577). Ricade viceversa sulla struttura e sul sanitario, che intenda liberarsi dall'obbligazione risarcitoria, l'onere di provare di aver correttamente adempiuto o che quegli esiti siano derivati da un evento imprevisto o imprevedibile, non imputabile o non riconducibile alla condotta sanitaria.

Ciò posto in linea teorica, alla luce delle valutazioni del nominato ausiliare, condivisibili in quanto immuni da vizi logici e adeguatamente motivate, è

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

possibile affermare che, da un lato l'impianto protesico effettuato presso la clinica CP_1 in data 23 ottobre 2006 sia stato correttamente eseguito, ma, dall'altro, che il predetto impianto sia stato caratterizzato dall'insorgenza di un'infezione nosocomiale periprotesica manifestatasi già dopo trenta giorni dall'intervento e, dunque, materialmente ricollegabile allo stesso, non solo in applicazione del criterio cronologico, ma anche dell'ulteriore criterio valutativo medico legale dell'esclusione, essendo stato accertato che l'attore, al momento del ricovero presso la struttura non fosse affetto da altre infezioni.

Così ricostruita la valutazione del consulente tecnico d'ufficio, pare opportuno operare qualche considerazione in ordine alle deduzioni espresse dalle parti e dai loro consulenti tecnici. In particolare, questi ultimi nel corpo delle osservazioni alla bozza dell'elaborato deducono che la complicanza infettiva sia legata, non già a carenze strutturali e igieniche del reparto e degli strumenti adoperati, bensì all'imprudente contegno del paziente che il giorno successivo all'intervento si è recato in bagno a urinare e defecare, determinando, in tal guisa, un cedimento delle suture dei tessuti periprotesici e spostando il drenaggio in una posizione diversa rispetto a quella individuata dal chirurgo. Ciò ha determinato – osservano i consulenti di parte - l'esposizione del campo chirurgico all'invasione dei batteri determinanti l'insorgenza dell'infezione.

Orbene, a fronte di tali deduzioni il consulente tecnico d'ufficio, sulla scorta di un adeguato percorso motivazionale, ha affermato che alcun dato circa le anomalie della ferita chirurgica fosse ricavabile dalla cartella clinica e che, dunque, sulla scorta della documentazione in atti, alcuna inferenza tra uso del

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

bagno da parte dell'attore e complicanza infettiva è ragionevolmente costruibile.

In definitiva, il consulente riconosce un nesso causale tra l'infezione lamentata e le condizioni maturate durante il ricovero presso la clinica convenuta.

Le conclusioni sviluppate dal nominato ausiliare impongono però di svolgere alcune brevi considerazioni in ordine a due temi che, nel caso di specie si intersecano: la prova liberatoria gravante sulla struttura per le infezioni nosocomiali contratte durante i ricoveri presso la stessa da un lato; il rapporto tra l'errata o omessa compilazione della cartella clinica e le conseguenze processuali, dall'altro.

Orbene, con precipuo riferimento al primo degli argomenti segnalato, preme osservare che il tema delle infezioni nosocomiali - ossia di quelle infezioni che si manifestano successivamente a un ricovero, ma che sono ad esso causalmente riferibili - è certamente uno dei più affascinanti profili nel settore della responsabilità medica.

In vero, l'applicazione del regime giuridico della distribuzione dell'onere probatorio di cui all'art. 1218 c.c. in materia di responsabilità sanitaria, comporta che sulla struttura grava l'onere di provare di avere diligentemente operato, sia sotto il profilo dell'adozione, ai fini della salvaguardia delle condizioni igieniche dei locali e della profilassi della strumentazione chirurgica eventualmente adoperata, di tutte le cautele prescritte dalle vigenti normative e dalle *leges artis*, onde scongiurare l'insorgenza di patologie infettive a carattere batterico, sia sotto il profilo del trattamento terapeutico prescritto e somministrato al paziente dal personale medico, successivamente

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Alla contrazione dell'infezione. Il mancato raggiungimento della prova in ordine agli enunciati profili da parte della struttura sanitaria, ne comporta la responsabilità per non aver messo a disposizione del paziente le attrezzature idonee ad evitare l'insorgenza della complicanza infettiva.

E così, una volta provata la natura nosocomiale dell'infezione e, quindi, il nesso di causa tra l'evento e la condotta dei sanitari, per andare esente da responsabilità, la struttura sanitaria non potrà limitarsi a fornire una prova generica, circa, ad esempio, la comprovata prassi di disinfezione e sterilizzazione adottata dalla struttura (si vedano in tal senso Trib. Bari 10 marzo 2010, n. 827 e Trib. Agrigento 2 marzo 2016, n. 370), ma dovrà asseverare l'organizzazione dell'asepsi, l'igienizzazione ambientale, la sterilizzazione degli ambienti e della strumentazione operatoria nonché la corretta somministrazione di una terapia antibiotica adeguata, nella fase pre-intervento e in quella successiva all'insorgenza della patologia infettiva (si confrontino *ex multis* Trib. Milano, 5 settembre 2014, n. 10809; Trib. Milano, 4 febbraio 2016, n. 1584; Trib. Milano, 9 dicembre 2015, n. 13875).

Più in dettaglio, si è stabilito che la prova liberatoria richiesta possa avere per oggetto: i dati relativi alla cadenza delle operazioni di pulizia, di sanificazione e di sterilizzazione delle sale operatorie, dei macchinari e del materiale, tra un intervento e l'altro, a fine giornata e, mensilmente, comprendendo anche le bocchette di aereazione; la rintracciabilità e la verifica delle sterilizzazioni del materiale chirurgico nelle autoclavi; la specifica formazione e sensibilizzazione del personale alla tematica della prevenzione delle infezioni; le verifiche ispettive ed i controlli attuati, con cadenza semestrale, da parte della direzione sanitaria e del servizio qualità

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

all'uopo istituito, con riguardo al rispetto delle procedure in uso presso la struttura; i dati contenuti nei *report* relativi alla incidenza di una determinata infezione presso una specifica Unità Operativa della struttura convenuta. La comparazione tra la soglia delle complicanze infettive registrate dalla letteratura in relazione ad un determinato intervento chirurgico e i dati contenuti nei citati report ha consentito di valutare se il tasso di infezioni intervenute all'interno della struttura potesse considerarsi nella norma ovvero superiore e, quindi, sintomatico di una carenza organizzativa in tema di prevenzione; al contrario, la diminuzione delle infezioni registrate, annualmente, comparata con il simultaneo aumento degli interventi chirurgici eseguiti presso la struttura è stata ritenuta, verosimilmente, sintomatica di una continua e progressiva evoluzione positiva delle tecniche di sterilizzazione e sanificazione delle sale operatorie all'interno della stessa struttura (si veda sul punto e condivisibilmente Trib. Milano, 9 dicembre 2015, n. 13875).

La specifica prova (documentale e testimoniale) in ordine alle azioni di prevenzione adottate dalla struttura possono risultare determinanti, in vero, per ricollegare l'insorgenza della patologia infettiva ad altri fattori, anche soggettivi. Non di rado, infatti, risulta piuttosto difficoltoso accertare se la trasmissione dell'infezione sia avvenuta per un fattore endogeno dello stesso paziente (per esempio, perché il batterio era già presente sulla cute del degente), ovvero per un fattore esogeno (per esempio, per il contatto con gli operatori sanitari o le superfici ambientali). È possibile, peraltro, che alcune infezioni sebbene di origine nosocomiale non siano comunque addebitabili all'ospedale, in quanto non prevenibili, dal momento che le procedure di disinfezione attuate sul paziente e sulla sua superficie corporea, anche se

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

condotte con la dovuta diligenza, non sempre riescono ad eliminare totalmente la presenza di batteri, non potendosi sterilizzare il paziente. A ciò consegue, che non tutte le infezioni intervenute successivamente ad un intervento chirurgico potranno dirsi causate, in via automatica, da un fattore esogeno costituito dalla cattiva cura igienica nell'ambito ospedaliero.

Nel caso di specie, la struttura non ha fornito la prova liberatoria secondo le modalità testé declinate, concentrando le proprie deduzioni difensive, in vero, sulla riferibilità causale del contagio all'imprudente contegno del paziente.

Come rilevato, però, delle conseguenze di tale imprudenza nella cartella clinica non vi è traccia.

Quanto precede ci conduce allora al secondo tema rilevante, relativo alla conseguenze della non esaustiva compilazione della cartella clinica.

Come noto, la cartella clinica rappresenta, in buona sostanza, un vero e proprio "diario" contenente tutti i fatti clinici relativi allo stato patologico del paziente.

Al riguardo, la giurisprudenza condivide l'assunto secondo cui, quando un elemento di prova determinante non è ricostruibile, il peso processuale di detta evenienza ricade sul soggetto del processo cui la mancata ricostruzione è addebitabile. Al riguardo, si parla di cd. danno evidenziale.

Nel caso di specie, come già rilevato, il consulente tecnico ha riferito che alcuna anomalia della ferita chirurgica è evincibile dalla cartella clinica, ove, in vero, si legge "*ferita in ordine*". Se così è, la mancata indicazione delle conseguenze sulla ferita dell'eventuale movimento del paziente, nonché del contatto con superfici non sterili, in senso alla cartella clinica e, per l'effetto, la mancata indicazione di adeguati elementi ricostruttivi l'imprudente

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

contegno non possono che riverberarsi sulla posizione processuale della convenuta.

La Suprema Corte ha più volte affermato il principio secondo cui l'ipotesi di incompletezza della cartella clinica va ritenuta circostanza di fatto che il giudice di merito può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente, operando la seguente necessaria duplice verifica affinché quella incompletezza rilevi ai fini del decidere, ovvero, da un lato, che l'esistenza del nesso di causa tra condotta del medico e danno del paziente non possa essere accertata proprio a causa della incompletezza della cartella; dall'altro, che il medico abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a causare il danno, incombendo sulla struttura sanitaria e sul medico dimostrare che nessun inadempimento sia a loro imputabile ovvero che esso non è stato causa del danno, incombendo su di essi il rischio della mancata prova (si veda di recente Cass. n. 7250 del 2018).

Orbene, detto principio ben può valere ad avviso di chi scrive nell'ipotesi in cui l'incompletezza della cartella non consenta di ricostruire un fattore eziologico esclusivo ed eterogeneo rispetto alla condotta dei sanitari quale l'imprudente contegno del paziente. In tal caso, la convenuta di certo non può giovarsi dell'incompletezza della cartella dalla stessa redatta per valorizzare l'esistenza di un contegno rilevante ex art. 1227, comma 1, c.c.

Alla luce delle considerazioni che precedono, va dichiarata la responsabilità della struttura convenuta per l'infezione contratta dal paziente nel corso della degenza dall'intervento fino alle dimissioni.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Ciò posto quanto all'affermazione della responsabilità, circa il *quantum* del risarcimento occorre richiamare le conclusioni rassegnate dal nominato ausiliario, il quale, con percorso motivazionale condivisibile in quanto immune da vizi logici, ha riconosciuto in capo all'odierno attore postumi permanenti sostanziantesi nella perdita della funzionalità dell'anca sinistra, che integrano un danno biologico valutabile nella misura del dodici per cento. Secondo il condiviso responso dell'ausiliare, l'attore ha poi sofferto un periodo di invalidità temporanea totale di trecentonove giorni e un periodo d'invalidità temporanea parziale al cinquanta per cento di trecentoventi giorni.

Per tradurre in termini monetari le risultanze medico-legali surriferite, è necessario ricorrere al potere di liquidazione equitativa riconosciuto al giudice dall'art. 1226 c.c., richiamato, per la responsabilità extracontrattuale, dall'art. 2056 c.c. In tale prospettiva, le tabelle, siano esse giudiziali o normative, sono uno strumento idoneo a consentire al giudice di dare attuazione alla clausola generale posta all'art. 1226 c.c. e di addivenire ad una quantificazione del danno rispondente ad equità, nell'effettiva esplicazione di poteri discrezionali, e non già rispondenti ad arbitrio (quand'anche "equo"). E così, in tale prospettiva, ritiene questo giudice, anche alla luce della consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (in tal senso si veda Cass. n. 14402 del 2011) di poter fare applicazione delle "Tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione all'integrità psico-fisica" predisposte dal Tribunale di Milano (aggiornate da ultimo all'anno 2018), in quanto esse costituiscono valido e necessario criterio di riferimento ai fini della valutazione equitativa ex art. 1226 c.c., là dove la fattispecie concreta

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

non presenti circostanze tali da richiedere la relativa variazione in aumento o in diminuzione.

Si aggiunga poi che le Tabelle di *CP_2* tengono già conto dei c.d. "aspetti relazionali" propri del danno non patrimoniale, essendo rimesso al giudice, in considerazione delle allegazioni delle parti e delle prove acquisite, la facoltà di procedere alla c.d. "personalizzazione" del danno, al fine di garantire la piena risarcibilità della lesione subita, contemperando tale principio con quello ulteriore, ugualmente meritevole di tutela, di evitare duplicazioni di voci e, dunque, locupletazioni non ammesse.

In applicazione delle illustrate coordinate, il danno biologico subito da *Parte_1* e correlato ai postumi permanenti residuati all'esito della sua guarigione va determinato nell'importo complessivo, già rivalutato all'attualità, di euro 23.138,00 tenuto conto dell'età all'epoca del sinistro (55 anni) e dei postumi accertati pari al dodici per cento

Quanto, poi, al danno non patrimoniale da invalidità temporanea, questo va liquidato, sempre all'attualità (sulla base delle Tabelle citate), in complessive euro 45.962,00 (tenendo conto che vanno riconosciuti euro 98,00 per ogni giorno di invalidità temporanea totale e che i giorni di invalidità temporanea parziale sono stati trecentoventi al cinquanta per cento.

Essendo state applicate le Tabelle di *CP_2* che tengono conto – come rilevato - del risarcimento del cd. danno non patrimoniale (comprensivo anche del danno inteso nel suo aspetto dinamico e, dunque, del danno morale nella sua accezione meramente descrittiva), non pare potersi procedere alla personalizzazione del danno biologico permanente, come liquidato, non essendo state allegate circostanze specifiche che inducano a siffatta

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

valutazione e che consentano di apprezzare le lesioni subite anche in termini di sofferenza o turbamento

E così, il danno alla salute complessivamente liquidabile all'attualità risulta pari a euro 73.100,00.

La pretesa risarcitoria dell'odierno attore non si arresta però dinanzi al danno alla salute, avendo *Parte_1* dedotto anche pregiudizi risarcibili legati alla lesione del proprio diritto all'autodeterminazione e della propria capacità lavorativa specifica.

Orbene, con precipuo riferimento al primo dei due profili evidenziati, deve rilevarsi che *Parte_1* si duole dell'omessa informazione e, dunque, della lesione del proprio diritto all'autodeterminazione.

Va premesso, in linea generale, che col sintagma "consenso informato" si evoca la manifestazione di assenso che il malato - previamente informato dal sanitario circa la natura e i possibili sviluppi del trattamento terapeutico, compresi i rischi ai quali potrebbe andare incontro, nonché i benefici che auspicabilmente ne trarrà - presta al fine di autorizzare l'effettuazione di interventi sul proprio corpo. È stato evidenziato in dottrina come il consenso informato, imprescindibile fondamento di legittimità dell'attività medica, mira a mitigare l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto fra il sanitario e l'assistito, consentendo al primo di ottenere i dati necessari per una corretta diagnosi e la conseguente cura, ed al paziente di acquisire le informazioni utili per poter aderire consapevolmente al trattamento propostogli.

Secondo la definizione datane dal giudice delle leggi (Corte Cost. 23 dicembre 2008, n. 438), condivisa dalla Corte di cassazione (Cass. n. 2847

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

del 2010), il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e nell'art. 13 Cost. e art. 32 Cost., comma 2, i quali stabiliscono rispettivamente che "la libertà personale è inviolabile" e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge". La necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici, già prevista da numerose norme internazionali (art. 24 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176; art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, ratificata con L. 28 marzo 2001, n. 14; art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), nel nostro ordinamento è oggi contemplata dalla L. n. 219 del 2017, art. 1 (il quale tutela espressamente il diritto all'autodeterminazione della persona e regola le modalità di ricezione delle informazioni e di espressione e documentazione del consenso) ma già in precedenza si desumeva dai citati precetti costituzionali, nonché da numerose norme di legge ordinaria, quali la L. 21 ottobre 2005, n. 219, art. 3 (in tema di disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), la L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6 (in materia di procreazione medicalmente assistita) e la L. n. 833 del 1978, art. 33, che esclude la possibilità di accertamenti e trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p..

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

L'obbligo del sanitario di acquisire il consenso informato del paziente costituisce, pertanto, legittimazione e fondamento del trattamento, atteso che, senza la preventiva acquisizione di tale consenso, l'intervento del medico è, al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente (Cass. 16/10/2007, n.21748).

L'obbligo ha per oggetto l'informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento prospettato e, in particolare, la possibilità del verificarsi, in conseguenza dell'esecuzione dello stesso (Cass. 13/04/2007, n. 8826; Cass. 30/07/2004, n. 14638), di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, onde porre quest'ultimo in condizione di consentire consapevolmente al trattamento medesimo (Cass. 14/03/2006, n. 5444). Il medico ha pertanto il dovere di informare il paziente in ordine alla natura dell'intervento, nonché in ordine alla portata dei possibili e probabili risultati conseguibili e delle implicazioni verificabili.

Poiché l'obbligo informativo del medico si correla al diritto fondamentale del paziente all'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario propostogli, la prestazione che ne forma oggetto costituisce una prestazione distinta da quella sanitaria, la quale è finalizzata alla tutela del diverso diritto fondamentale alla salute. Di conseguenza, la violazione dell'obbligo assume autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria del sanitario, in quanto, mentre l'inesatta esecuzione del trattamento medico-terapeutico determina la lesione del diritto alla salute (art. 32 Cost., comma 1), l'inadempimento dell'obbligo di acquisizione del consenso informato

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

determina la lesione del (diverso) diritto fondamentale all'autodeterminazione del paziente (art. 32 Cost., comma 2) (Cass. n. 16503 del 2017).

In altre parole, vengono in considerazione due diritti fondamentali diversi, entrambi costituzionalmente tutelati: la responsabilità per lesione del diritto alla salute consegue all'inesatta esecuzione della prestazione medico-terapeutica e può configurarsi anche in presenza di consenso consapevole; la responsabilità per lesione del diritto all'autodeterminazione consegue alla violazione del dovere di informazione e può configurarsi anche in assenza di danno alla salute, allorché l'intervento terapeutico abbia un esito assolutamente positivo (Cass. 12/06/2015, n. 12505 del 2015).

Tanto premesso, può accadere che la lesione della salute sia causalmente collegabile alla violazione dell'obbligo informativo, allorquando l'intervento sanitario, non preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, sia stato correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, ma da esso siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute. In tal caso la violazione del dovere di informazione non determina soltanto il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerato, ma anche il danno alla salute, che non è causalmente riconducibile all'inesatta esecuzione della prestazione sanitaria ma alla mancata corretta informazione, allorché debba ragionevolmente ritenersi che, se questa fosse stata data, il paziente avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento e di non subirne le conseguenze invalidanti (Cass. n. 11950 del 2013). Va soggiunto, al riguardo, che, quando si alleghi che la violazione dell'obbligo di acquisire il consenso informato abbia determinato (anche) un danno alla salute, si rivela necessario

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

dimostrare il nesso causale tra questo danno e quella violazione. In tale prospettiva, il medico può essere, quindi, chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute (Cass. n. 2847 del 2010; Cass. n. 7237 del 2011; Cass. n. 20984 del 2012; Cass. n. 2998 del 2016; ancora più di recente Cass. n. 24074 del 2017).

Questa prova, *ex adverso*, non è necessaria ai fini dell'autonoma risarcibilità del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerato. Orbene, come già accennato, il paziente vanta la legittima pretesa di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (si veda Cass. n. 21748 del 2017 e Cass. n. 23676 del 2008 in tema di trasfusioni salvavita eseguite al testimone di Geova contro la sua volontà).

La mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, dunque, quando siano configurabili conseguenze pregiudizievoli derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se considerato, a prescindere dalla lesione incolpevole della salute del paziente. Tale diritto, distinto da quello alla salute, rappresenta, secondo l'insegnamento impartito anche dalla Corte costituzionale (Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438), una

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

doverosa forma di rispetto per la libertà dell'individuo, nonché uno strumento relazionale volto al perseguimento e alla tutela del suo interesse ad una compiuta informazione, che si sostanzia nella indicazione: a) delle prevedibili conseguenze del trattamento sanitario; b) del possibile verificarsi di un aggravamento delle condizioni di salute; c) dell'eventuale impegnatività, in termini di sofferenze, del percorso riabilitativo post-operatorio.

Ad una corretta e compiuta informazione consegue, difatti: il diritto, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico; la facoltà di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari; la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle conseguenze post-operatorie; il diritto di rifiutare l'intervento o la terapia - e/o di decidere consapevolmente di interromperla; la facoltà di predisporsi ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano post-operatorio e riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili (per il medico) quarta inaspettate (per il paziente) a causa dell'omessa informazione.

In tema di oneri probatori, è stato ripetutamente evidenziato dalla Corte di cassazione (Cass. n. 12505 del 2015; Cass. n. 16503 del 2017) che la struttura dell’illecito da omessa informazione circa il trattamento sanitario da compiersi deve essere ricostruita sulla base della necessaria distinzione, in vero di rilievo generale in tema di fatto illecito civile, contrattuale o extracontrattuale, tra l'individuazione dell'evento che lo integra (c.d. danno-evento) e quella delle sue conseguenze dannose (c.d. danno-conseguenza), che fanno sorgere il diritto alla riparazione.

Dall’archivio dell’Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Ebbene, il danno-evento è rappresentato dalla stessa esecuzione, da parte del medico, dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso. Esso risulta, dunque, dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva.

Il danno-conseguenza, (indicato dall'art. 1223 c.c. come "perdita subita" o come "mancato guadagno"), è, invece, rappresentato dall'effetto pregiudizievole che la mancanza dell'acquisizione del consenso e, quindi, il comportamento omissivo del medico, seguito dal comportamento positivo di esecuzione dell'intervento, ha determinato sulla sfera della persona del paziente, considerata nella sua rilevanza di condizione psico-fisica posseduta prima dell'intervento, la quale, se le informazioni fossero state date, l'avrebbe portata a decidere sul se assentire la pratica medica.

Più in dettaglio, la Corte di cassazione ha osservato che le conseguenze dannose della violazione dell'obbligo informativo sono rappresentate: a) dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento dell'intervento medico sulla sua persona, durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza; b) eventualmente, dalla diminuzione che lo stato del paziente subisce a livello fisico per effetto dell'attività demolitoria, che abbia eliminato, sebbene ai fini terapeutici, parti del corpo o la funzionalità di esse: poiché tale diminuzione si sarebbe potuta verificare solo se assentita sulla base dell'informazione dovuta e si è verificata in mancanza di essa, si tratta di conseguenza oggettivamente dannosa, che si deve apprezzare come danno-conseguenza indipendentemente dalla sua utilità rispetto al bene della salute del paziente, che è bene diverso dal diritto di autodeterminarsi rispetto alla

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

propria persona; c) eventualmente, dalle "perdite" relative ad aspetti della salute, con riferimento alla possibilità che, se il consenso fosse stato richiesto, il paziente avrebbe potuto determinarsi a rivolgersi ad altra struttura e ad altro medico, qualora si riveli che sarebbe stata possibile in relazione alla patologia l'esecuzione di altro intervento meno demolitorio o determinativo di minore sofferenza.

Tanto chiarito, la giurisprudenza di legittimità ha anche rilevato (si veda, in particolare, Cass. n. 16503 del 2017) che delle sequenze causali che diano esito nelle conseguenze suddette, almeno la prima (sofferenza e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente, patite dal paziente in ragione dello svolgimento dell'intervento medico sulla sua persona, durante la sua esecuzione e nella relativa convalescenza) corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità, ovverosia da normale frequenza statistica, corrispondendo all'*id quod plerumque accidit*.

E', infatti, evidente che la mancata informazione determina in capo al paziente la perdita della possibilità di esercitare consapevolmente una serie di scelte tra cui quella di non sottoporsi all'intervento (eventualmente anche nell'ipotesi in cui lo stesso fosse assolutamente necessario ed indifferibile in relazione alle sue condizioni di salute, atteso che la libertà di autodeterminazione va riconosciuta *usque ad supremum exitum*) o quella di non sottoporvisi immediatamente (in tutte le ipotesi in cui l'intervento non risulti indifferibile e consenta al paziente uno *spatium deliberandi* utilizzabile per riflettere o per assumere ulteriori informazioni sulla sua utilità od indispensabilità) o, ancora, quella di indirizzarsi altrove per la sua esecuzione.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Ed è altrettanto evidente che la perdita della possibilità di esercitare tutte queste opzioni non solo concreta una privazione della libertà del paziente di autodeterminarsi circa la sua persona fisica (libertà che, costituendo un bene di per sé, quale aspetto della generica libertà personale, viene negata e, quindi, risulta sacrificata irrimediabilmente, sì che si configura come "perdita" di un bene personale) ma determina anche una sofferenza psichica, nella misura in cui, per un verso, preclude al paziente di beneficiare dell'apporto positivo che la loro fruizione avrebbe avuto sul grado di predisposizione psichica a subire l'intervento e le sue conseguenze (ove si consideri che, all'esito dell'assunzione di più dettagliate informazioni, eventualmente presso altra struttura ed altro medico, il paziente avrebbe potuto constatare che l'intervento prospettatogli si presentava come veramente utile od indispensabile, con ciò assumendo una miglior predisposizione ad accettarne le implicazioni), mentre, per altro verso, proietta *ex post* il paziente stesso nella situazione di turbamento psichico derivante dalla constatazione degli effetti negativi dell'intervento eseguito senza il suo consenso informato, allorché egli si domanda se non fosse stato possibile scegliere altre soluzioni, compresa quella di non sottoporvisi (si veda Cass. n. 12505 del 2015).

Al rilievo che il danno-conseguenza rappresentato dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità e all'*id quod plerumque accidit* in seguito alla violazione dell'obbligo informativo, consegue che la risarcibilità di tali perdite non esige una specifica prova. La Corte di cassazione ha infatti statuito che è da ritenersi immediata, siccome riferita al foro interno della

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

coscienza dell'individuo, la compromissione della genuinità dei processi decisionali fondati su dati alterati o incompleti per incompletezza delle informazioni (Cass. n. 16503 del 2017). Pertanto, mentre in relazione alle ulteriori conseguenze dannose che non rientrano nella sequenza causale normale resta necessaria una specifica dimostrazione, in relazione al danno-conseguenza costituito dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso non occorre fornire alcuna prova specifica, ferme restando la possibilità di contestazione della controparte e quella del paziente di allegare e provare fatti a sé ancor più favorevoli di cui intenda giovarsi a fini risarcitori (Cass. n. 16503 del 2017).

Anche per il danno non patrimoniale derivante dalla violazione del dovere di informare adeguatamente opera la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni Unite nn. 26972-26975 del 2008, con le quali è stato condivisibilmente affermato che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

In definitiva, tirando le fila delle osservazioni sin qui sviluppate, è possibile rilevare, col supporto interpretativo della giurisprudenza di legittimità, (si confrontino Cass. sez. III, n. 2854 del 2015, Cass. sez. III, n. 24220 del 2015 e, più di recente, Cass. sez. III, n. 24074 del 2017) che la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, il quale sussiste quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute.

Così ricostruito il quadro interpretativo di riferimento in materia di risarcibilità della lesione al diritto all'autodeterminazione, occorre chiedersi se nel caso di specie il paziente abbia prestato un cd. consenso informato.

Orbene, deve osservarsi come allegato alla cartella clinica risulta un modulo prestampato sottoscritto dal paziente *Parte_1*, in cui viene dato atto, con caratteri di stampa, che lo stesso dichiara di essere stato informato sulle proprie condizioni generali e sul tipo di trattamenti diagnostici, medici e chirurgici, sui relativi possibili rischi e complicanze, nonché sui rischi della non esecuzione del trattamento diagnostico e terapeutico.

Se così è, l'interrogativo cui occorre dare risposta è se un modulo siffatto, sottoscritto dal paziente, sia idoneo a integrare un valido consenso informato.

Al riguardo, preme osservare che solo di recente, con l'introduzione della legge 22/12/2017, n. 219, recante le "*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*", in vigore dal 31 gennaio 2018, il legislatore ha espressamente previsto che "*Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico".

Pertanto, al momento dei fatti che ci occupano, non esiste nell'ordinamento una norma che, in linea generale, prevede il requisito della forma scritta *ad substantiam* per la manifestazione del consenso al trattamento sanitario. Vengono in rilevo, piuttosto, specifiche previsioni normative che impongono solo per determinati trattamenti la formalizzazione per iscritto del consenso. In tale prospettiva, devono segnalarsi le ipotesi di: a) trasfusione di sangue ed emoderivati, donazione di sangue e di midollo osseo (legge 107 del 1990, d.m. 25.01.2001, legge 52 del 2001 e 219 del 2005); b) accertamento diagnostico HIV (legge 135 del 1990); c) procreazione medicalmente assistita (legge 40 del 2004, d.m. 21.07.2004; d.m. 16.12.2004); d) prelievo e innesto di cornea (legge 301 del 1993); e) donazioni di organi e tessuti tra persone viventi (legge n.458 del 1967, legge 483 del 1999); f) interruzione volontaria di gravidanza (legge n. 194 del 1978); g) sperimentazione clinica dei medicinali e in oncologia (d.m. 27.04.1992, d.m. 15.07.1997, d.l. 23 del 1998; h) radiazioni ionizzanti a scopo di ricerca (d.l. n. 230 del 1995, d.l. n. 187 del 2000; i) terapia elettroconvulsivante (circolare *Organizzazione_1* del 13.03.1999).

Al di là delle fattispecie indicate, dunque, il consenso al trattamento può essere esternato in qualsiasi forma, purché sia stato preceduto da tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che il medico intende praticare con l'indicazione delle eventuali modalità e conseguenze, col solo limite dei rischi imprevedibili o degli esiti anomali al limite del fortuito (si veda Cass. n. 10414 del 2016).

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

E così, i moduli informativi sottoscritti dal paziente hanno valore soltanto sul piano probatorio, in relazione al contenuto dell'informazione ed alla manifestazione del consenso stesso. Secondo attenta dottrina si tratterebbe di prova liberamente valutabile da parte del giudice, unitamente a tutte le altre eventualmente fornite dalle parti in giudizio, suscettibile quindi di essere disattesa da qualunque altra con riguardo al medesimo contenuto rappresentativo.

Detto altrimenti, il modulo allegato in atti sottoscritto dal paziente assurge a prova libera circa la prestazione o meno del consenso informato vi sia stato, prova che evidentemente può valutarsi unitamente agli altri elementi probatori presenti in atti.

In tale prospettiva, ricomponendo il quadro probatorio con precipuo riferimento al dato di fatto della prestazione del consenso informato nel senso chiarito dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina più avvertita, risulta che in data 20.10.2006 *Parte_1* ha sottoscritto un modulo prestampato - facendone proprio il contenuto - sottoposto alla sua attenzione dal medico referente all'informativa clinica, mercé il quale ha dichiarato, come già evidenziato, di essere stato reso edotto dei possibili rischi e complicanze del trattamento sanitario.

Richiamando quanto già rilevato circa la non essenzialità della forma scritta del consenso al tipo di trattamento subito dall'odierno attore, deve rilevarsi però che la genericità del modulo sottoscritto induce questo giudice a ritenere che l'intervento non sia stato preceduto da un esaustivo flusso informativo orale da parte del sanitario. Ed invero, se il modulo avesse recato la descrizione dettagliata delle complicanze e dei rischi, anche relativamente

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

all’insorgenza delle infezioni nosocomiali, si sarebbe potuto presumere ragionevolmente che il medico, al di là del dato letterale, avesse effettivamente veicolato le informazioni contenute. Differentemente, la mancata indicazione dettagliata dei rischi nel modulo, depone per la presunzione di segno contrario, dovendosi ritenere che il sanitario non abbia fornito al paziente il complesso quadro d’informativo prodromico all’acquisizione di un valido consenso al trattamento. In tale prospettiva, dunque, se è vero, da un lato, che le informazioni possono essere veicolate, al di fuori delle ipotesi normativamente previste, attraverso il mezzo dell’oralità, è pur vero che l’esistenza di un modulo, ancorché prestampato, contenente l’indicazione analitica dei rischi, consente di presumere ragionevolmente che il consenso prestato sia stato effettivamente informato.

Del resto, la struttura sanitaria non ha fornito alcuna prova circa il corretto adempimento dell’obbligo informativo, che, al pari di quello di corretta esecuzione dell'intervento, trova la sua fonte nel contratto stipulato tra il medico ed il paziente o, nel caso in cui il contratto sia stato concluso dal paziente e la casa di cura, nel contatto sociale qualificato comunque instaurato tra il sanitario ed il degente.

Per tale ragione, come pure evidenziato dalla giurisprudenza, incombe sul medico e sulla struttura sanitaria l'onere della prova di aver correttamente ed esaustivamente informato il paziente (si vedano Cass. n. 2847 del 2010; n. 16047 del 2012; n. 11005 del 2011).

Con riferimento al profilo risarcitorio, dalla lettura delle pagg. 6 e 7 dell’atto introduttivo del giudizio emerge che la violazione dell'obbligo di informazione sia stata invocata dalla difesa di parte attrice a sostegno della

Dall’archivio dell’Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

domanda di risarcimento del danno non patrimoniale derivante sia dalla lesione del diritto all'autodeterminazione in sé considerata che dalla lesione del diritto alla salute. Quanto immediatamente precede si ricava, in particolare, dal punto n. 8 di pagina 6 dell'atto di citazione, ove l'attore afferma che, se debitamente informato, non avrebbe deciso di sottoporsi al trattamento, evidenziando in tal guisa che le lesioni sopportate sono eziologicamente correlate anche all'omessa informazione.

Orbene, sotto quest'ultimo angolo prospettico, va rilevato che, al di là dell'espressa deduzione, l'attore non ha ottemperato all'illustrato onere probatorio che gli imponeva di dimostrare che, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi alla procedura e di subirne le conseguenze invalidanti.

Ex adverso, in linea con i più recenti arresti interpretativi della Corte di cassazione, dinanzi esaminati, possono ristorarsi le conseguenze non patrimoniali, da individuarsi nelle gravi sofferenze normalmente generate dalla compressione della genuinità dei processi decisionali relativi alla scelta di sottoporsi o meno al trattamento sanitario e correlate, dunque, alla lesione del diritto all'autodeterminazione.

In omaggio a considerazioni di carattere equitativo, si ritiene potersi liquidare, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito in conseguenza della lesione del diritto all'autodeterminazione, la somma di euro 2.500,00, anche in ragione della mancata deduzione da parte dell'attore di specifici elementi che possano indurre a determinare una somma di ben più significativa portata.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Alla corresponsione di tale somma va condannata la convenuta clinica *Controparte_1*

Tanto puntualizzato, occorre esaminare la domanda relativa ai danni da lesione della capacità lavorativa specifica.

Orbene, *Parte_1* ha richiesto nel proprio libello introduttivo il ristoro dei pregiudizi asseritamente patiti in correlazione alla lesione delle propria capacità a svolgere le mansioni di autista.

Al riguardo, il consulente, con percorso motivazionale condivisibile in quanto immune da vizi logici e, invero, non oggetto di specifica contestazione, ha affermato che le lesioni subite non abbiano determinato un *vulnus* alla capacità lavorativa specifica del paziente, da intendersi in termini di attitudine allo svolgimento delle specifiche mansioni lavorative di fatto esercitate al momento dell'evento lesivo. Detto altrimenti, il nominato ausiliare ha evidenziato come i postumi permanenti, ancorché non suscettibili di miglioramento ulteriore, non influiscano sulla capacità lavorativa del soggetto leso, diminuendone l'efficienza lavorativa nell'attività di fatto esercitata.

È appena il caso di osservare, poi, che la giurisprudenza di legittimità è ferma nello statuire che il grado di invalidità di una persona, determinato dai postumi permanenti di una lesione all'integrità psico-fisica dalla medesima subita, non si riflette automaticamente ne' tanto meno nella stessa misura sulla riduzione percentuale della capacità lavorativa specifica e quindi di guadagno della stessa (si veda, da ultimo, Cass. sez. III, n. 25634 del 2013). L'elevata percentuale di invalidità permanente può costituire – osserva la giurisprudenza - un elemento indiziario della riduzione della capacità

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

lavorativa specifica e, quindi, di guadagno, valorizzabile in via presuntiva al fine di ritenere ragionevolmente probabile che, in futuro, la vittima del fatto illecito percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe conseguito in assenza dell'infortunio. Trattasi, però, pur sempre di una prova presuntiva e non di automatismo (come avverte Cass. n. 3961 del 1999), di tal ché, se, nonostante la riduzione della capacità lavorativa specifica, non risulta in alcun modo ridotta la capacità di guadagno (per essere, per esempio, inalterati o addirittura aumentati i redditi percepiti dall'attore nel periodo successivo al verificarsi del sinistro), il danno patrimoniale *de quo* non è in alcun modo configurabile.

Nel caso di specie, però, non riconoscendosi alcuna lesione della capacità lavorativa specifica viene meno ogni prospettiva valutativa dell'assunto danno patrimoniale, non potendosi però non evidenziare che, in ogni caso, alcuna deduzione probatoria sia stata fornita dall'attore (attraverso, ad esempio, la produzione in giudizio di dichiarazioni dei redditi).

Pertanto, esclusa la lesione della capacità lavorativa specifica, il *quantum* risarcitorio risulta limitato al ristoro delle conseguenze pregiudizievoli riconducibili alla lesione della salute, da identificarsi nel danno biologico permanente e nell'invalidità temporanea sofferta dall'attore, e alla lesione del diritto di autodeterminazione, risultando pari all'importo complessivo, espresso in moneta attuale, di euro 75.600,00.

Essendo state espresse le somme di cui sopra in valori già attuali, quanto agli interessi va richiamato l'orientamento assunto dalla Suprema Corte, la quale, con una decisione delle Sezioni Unite (vedasi Cass. n.1712 del 1995, ma la medesima posizione è stata assunta anche in epoca ancor più recente) ha

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

posto fine ad un contrasto da tempo esistente in ordine alle modalità di calcolo di tali accessori nella ipotesi di pronuncia risarcitoria da illecito.

È stato infatti statuito che, in tema di risarcimento del danno da illecito extra-contrattuale, se la liquidazione viene effettuata con riferimento al valore del bene perduto dal danneggiato all'epoca del fatto illecito, espresso in termini monetari che tengano conto della svalutazione monetaria intervenuta fino alla data della decisione definitiva, è dovuto anche il danno da ritardo e, cioè, il lucro cessante provocato dal ritardato pagamento della suddetta somma, che deve essere provato dal creditore; tuttavia, detta prova può essere data e riconosciuta dal giudice secondo criteri presuntivi ed equitativi e, quindi, anche mediante l'attribuzione degli interessi ad un tasso stabilito valutando tutte le circostanze oggettive e soggettive inerenti alla prova del pregiudizio subito per il mancato godimento nel tempo del bene o del suo equivalente in danaro. Se quindi il giudice adotta, come criterio di risarcimento del danno da ritardato adempimento quello degli interessi, fissandone il tasso, mentre è escluso che questi ultimi possano essere calcolati alla data dell'illecito sulla somma liquidata per il capitale, rivalutata definitivamente, è consentito invece effettuare il calcolo con riferimento ai singoli momenti (da determinarsi in concreto secondo le circostanze del caso) con riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente in base agli indici prescelti di rivalutazione monetaria, ovvero ad un indice medio.

Sulla base di tali considerazioni, la parte attrice ha diritto alla corresponsione degli interessi al tasso legale inizialmente calcolati sull'importo complessivamente liquidato, pari a euro 75.600,00 devalutato alla data

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

dell'illecito, in base agli indici ISTAT, e cioè al 26.10.2006 e, quindi, anno per anno fino alla data di pubblicazione della presente decisione, sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra precisata, così come indicato in dispositivo.

Dal momento della sentenza e sino all'effettivo soddisfo dovranno essere corrisposti, sul totale sopra liquidato all'attualità, gli ulteriori interessi al tasso legale. Infatti, per effetto del passaggio in giudicato della sentenza che provvede sulla liquidazione del danno, l'obbligazione risarcitoria, che è debito di valore, si trasforma in debito di valuta (si veda Cass. n. 5465 del 1998). Gli interessi di cui all'art. 1282 c.c. sono quindi dovuti nella misura di legge, al tasso di cui all'art. 1284, comma primo, c.c., dalla decisione definitiva fino all'effettivo soddisfo

Tanto puntualizzato, occorre ora esaminare le domande proposte dalla convenuta clinica nei confronti del medico chirurgo che ebbe in cura l'attore, da un lato, e nei confronti dell'impresa di assicurazione, dall'altro.

Ebbene, con precipuo riferimento alla prima delle domande individuate, va osservato che la *CP_1* ha chiamato in causa il dott. *Controparte_3* chiedendo, in via subordinata, la condanna del medico a manlevare e tenere indenne la struttura sanitaria in caso di soccombenza.

Come già evidenziato, la domanda della struttura sanitaria privata, in mancanza di specifiche allegazioni in ordine a un patto atipico di manleva, va ricondotta, nel caso concreto, al disposto dell'art. 2055 c.c., in base al quale se più soggetti sono responsabili di un unico evento dannoso, tutti sono obbligati in solido al risarcimento del danno nei confronti del danneggiato, a prescindere che la fonte della responsabilità risarcitoria sia per tutti di natura

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

extracontrattuale o che invece, come nel caso di specie, taluno sia responsabile per inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio derivante da un contratto concluso con il danneggiato mentre altri (terzi rispetto a tale contratto) siano invece tenuti al risarcimento in base alle comuni regole della responsabilità aquiliana per aver contribuito con la propria condotta illecita alla produzione del danno.

Trattasi, dunque, di un'azione di regresso, che, se accolta, legittima il coobbligato solidale condannato a pagare l'intero al danneggiato ad agire per il recupero della quota riconosciutagli in sede di regresso contro l'altro obbligato solo dopo il pagamento da parte sua dell'intero debito, operando in tale caso l'estinzione dell'obbligazione come condizione non dell'azione cognitiva di regresso bensì dell'azione esecutiva contro l'altro obbligato (si veda, fra le altre, Cass. n. 490 del 2003). L'azione della struttura convenuta non si fonda, dunque, sul rapporto negoziale intercorso con il professionista e, dunque, un atipico patto di manleva, bensì sul diritto riconosciuto dall'ordinamento a ciascun corresponsabile di un evento dannoso di agire in regresso nei confronti degli altri per la ripartizione interna, sulla base della gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze dannose che ne sono derivate (art. 2055 comma 2 c.c.).

Ora, aderendo alla tesi del cd. contatto sociale, non essendo applicabile al caso di specie, come rilevato, lo statuto disciplinatorio previsto dalla cd. legge Gelli Bianco, è chiaro che la convenuta struttura avrebbe dovuto, quanto meno, allegare l'inadempimento qualificato del sanitario, con riferimento sia alla prestazione chirurgica sia all'omessa informazione. Orbene, va rilevato che non solo non vi è traccia di tale specifica allegazione,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

atteso che la convenuta struttura sanitaria si è limitata a chiedere l'evocazione in giudizio del sanitario al solo fine di consentire a questi di difendere le proprie ragioni, ma che nel corpo dei propri scritti difensivi la struttura esclude l'integrazione di un contegno illecito in capo al predetto sanitario (vedasi pag. 18 della comparsa di costituzione).

Del resto, da un lato, il nominato ausiliare ha accertato la correttezza dell'intervento chirurgico del dott. *CP_3* escludendo, in capo allo stesso, qualsivoglia profilo di responsabilità e, dall'altro, il modulo del consenso informato non reca la sottoscrizione del dott. *Controparte_3* quale medico referente per l'informativa preoperatoria.

Ne deriva il rigetto della domanda di regresso spiegata dalla clinica nei confronti del dott. *CP_3*

Occorre ora esaminare la domanda di garanzia proposta dalla clinica convenuta nei confronti dell'impresa di assicurazione.

Ebbene, tale domanda merita accoglimento per ragione strettamente correlate alle considerazioni che precedono. Ed invero, esclusa la responsabilità dell'operatore chirurgico, dott. *Controparte_3* e ricondotta la causa dei pregiudizi patiti dall'odierno attore alla violazione delle norme igienico sanitarie e, più generalmente, alle norme organizzative tese a prevenire le infezioni nosocomiali, l'eccezione spiegata dall'impresa, concernente l'inapplicabilità della garanzia assicurativa per fatti imputabili a sanitari non dipendenti della struttura, non pare cogliere nel segno.

Ed infatti, se è vero, come rileva *Controparte_2* che il contratto di assicurazione per la responsabilità civile perfezionato esclude espressamente l'operatività della garanzia nelle ipotesi di pregiudizi causati a

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

terzi da soggetti che non abbiano un rapporto di dipendenza con la clinica (vedasi l'allegata scrittura privata del 15 luglio 1998), è pur vero che nel caso di specie alcun fatto illecito risulta imputabile al sanitario libero professionista.

Quanto immediatamente precede conduce giocoforza ad accogliere la domanda di garanzia formulata dalla convenuta nei confronti dell'impresa di assicurazione. Va pertanto condannata *Controparte_2* a tenere indenne il proprio assicurato dalla soccombenza e, quindi, a rimborsare alla struttura convenuta quanto dalla stessa dovuto sulla base della presente sentenza, anche a titolo di spese di lite (si vedano Cass. n. 20322 del 2012 e Cass. n. 8686 del 2012).

Non resta che statuire sulle spese processuali, le quali sono liquidate come in dispositivo, in omaggio al principio della soccombenza nei rapporti tra le parti, tenuto conto del *decisum*, dell'impegno defensionale svolto e delle questioni oggetto di trattazione, nonché delle dichiarazioni di antistatarietà dei procuratori.

Vanno però integralmente compensate le spese di lite tra clinica convenuta e sanitario chiamato in causa, atteso che, nonostante il rigetto della domanda di regresso proposta dalla clinica, alcuna difesa avverso la stessa il dott. *CP_3* ha proceduto a svolgere, indirizzando le proprie argomentazioni alla domanda risarcitoria attorea.

Le spese di consulenza come liquidate in virtù di separato decreto sono poste definitivamente a carico della clinica.

Va soggiunto, infine, che, atteso l'accoglimento della domanda di garanzia, *Controparte_2* chiamata in causa, va condannata a mantenere

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

indenne la clinica delle spese di lite e di quelle di consulenza tecnica e che, in base al principio della soccombenza, la medesima *Controparte_2* va comunque condannata anche al pagamento in favore di *Controparte_1* *[...]* delle spese da questa sostenute, che si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Potenza, sezione civile, in persona del giudice dott. Giulio Fortunato, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta nell'interesse di *Parte_1* con atto di citazione ritualmente notificato e sulle domande proposte dalla convenuta *Controparte_1*, con comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata, uditi i procuratori delle parti, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

1) accoglie in parte la domanda dell'attore e, per l'effetto, condanna *Controparte_1* titolo di risarcimento dei danni, al pagamento in favore dell'attore della somma di euro 75.600,00, oltre interessi al tasso legale inizialmente calcolati sull'importo devalutato alla data dell'illecito e, quindi, anno per anno, a partire dal 26.10.2006 e fino al momento della presente decisione, sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra precisata, ciò oltre ai successivi interessi al tasso legale ex art. 1284, comma primo, c.c., sull'importo totale così risultante al momento testé indicato sino al saldo;
2) rigetta la domanda di regresso spiegata dalla convenuta *[...]* *Controparte_1* nei confronti di *Controparte_3*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

3) condanna *Controparte_1* alla rifusione delle spese di lite sostenute dall'attore, che si liquidano in euro 566,63 per esborsi ed euro 7.795,00 per competenze della difesa, oltre I.v.a., C.p.a. e rimborso delle spese generali come per legge, disponendone la distrazione a favore del procuratore dell'attore, dichiaratosi antistatario;

4) dichiara integralmente compensate tra *Controparte_1* e *Controparte_3* le spese di lite;

5) pone le spese occorse per la redazione della consulenza a definitivo carico della convenuta clinica *Controparte_1*

6) accoglie la domanda di manleva proposta da *Controparte_1* nei confronti di *Controparte_2* e, per l'effetto, condanna quest'ultima a tenere indenne la predetta assicurata dalle conseguenze patrimoniali, indicate ai precedenti capi 1, 3 e 5, poste a suo carico dalla presente sentenza;

7) condanna *Controparte_2* a rifondere a *Controparte_1* *[...]* le spese di lite sostenute e liquidate in euro 7.795,00 per competenze della difesa, oltre I.v.a., C.p.a. e rimborso delle spese generali come per legge;

Così deciso in Potenza in data 15.12.2018.

Il Giudice

dott. Giulio Fortunato

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-838