

*Il Tribunale di Milano conferma la propria linea interpretativa:
la responsabilità del medico ospedaliero è extracontrattuale.*

Trib. Milano, sez. I civ., sentenza 2 dicembre 2014 n. 1430. (Est. Roberto Bichi)

Medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria - autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente col quale tuttavia non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera – Responsabilità – Natura giuridica – Extracontrattuale – Sussiste – Argomenti ulteriori – Cass. civ. 7909/2014

Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) sia stata ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). Ciò anche a fronte delle debolezze emerse nell'applicazione del cd. contratto da contatto sociale al paradigma del medico ospedaliero. Di tale complessa problematica, tutt'altro che univoca, quasi in maniera didascalica, si trova riscontro nella recente pronuncia n. 7909/2014 dove la Corte di Cassazione, chiamata a dare una qualificazione del termine "contratto" in riferimento ad ipotesi responsabilità sanitaria in relazione all'applicazione dell'art. VIII, paragrafo 5, della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 novembre 1955, n. 1335), ha avuto modo di sottolineare, proprio in caso di qualificazione di domanda risarcitoria da errato trattamento medico – ancorché nell'ambito di interpretazione ancorata al diritto internazionale – che essa non può essere ritenuta contrattuale. Infatti, sottolinea la Corte, tale configurazione "contrattuale" opera "allorché la richiesta di indennità trovi la sua ragione giustificativa nell'applicazione di un contratto, da intendere come accordo bilaterale (o plurilaterale) su singole clausole, che vanno adempiute dalle parti contraenti", escludendo che possa assumere tale natura il contratto da "contatto sociale" frutto esclusivo della elaborazione giurisprudenziale italiana, a fronte di una riconduzione, per tutti gli altri stati contraenti, della responsabilità del medico ospedaliero nell'ambito extracontrattuale o per tort. Queste osservazioni valgono ad evidenziare che appare davvero al di fuori dei limiti interpretativi imposti dall'art. 12 delle disposizioni della legge in generale

elidere il significato del richiamo all'art. 2043 c.c. (qualunque portata ad esso voglia attribuirsi) assumendo che il legislatore non può che essersi inconsapevolmente confuso, a fronte di una elaborazione della responsabilità da contatto del medico ospedaliero asseritamente granitica, consolidata e universalmente condivisa. Infatti la situazione su cui è intervenuto il legislatore del 2012 deve essere descritta in termini affatto diversi e ben più problematici.

Struttura sanitaria – Lesioni causate al paziente - Responsabilità – Natura giuridica – Contrattuale – Sussiste – inadempimento – Omesse verifiche post-operatorie idonee ad elidere il processo patologico insorto – Art. 1218 c.c.

L'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della cd attività libero professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. In particolare, non può che affermarsi la sussistenza di un rilevante inadempimento al contratto di ospedalità da parte dell'istituto sanitario dove, nel caso concreto, non siano state effettuate quelle doverose verifiche post-operatorie che avrebbero permesso, con alta probabilità, interventi elidenti le conseguenze di quel processo patologico che ha determinato la maggiore invalidità.

Danno iatrogeno – Lesione causata su pregresso stato patologico con incremento della morbosità – Cd. danno incrementativo – Risarcibilità - Criteri

Il danno incrementativo è quello risultante da una lesione causata su un soggetto con pregresso stato patologico, causativa di un aggravamento. In questi casi: a) non può farsi gravare sul medico, in via automatica, una misura del danno da risarcirsi incrementata da fattori estranei alla sua condotta, così come verrebbe a determinarsi attraverso una pedissequa applicazione di tabelle con punto progressivo, computato a partire, in ogni caso, dal livello di invalidità preesistente; b) la liquidazione va necessariamente rapportata ad una concreta verifica, secondo le allegazioni delle parti, delle conseguenze negative "incrementative" subite dalla parte lesa.

Lesioni subite dal congiunto – Domanda risarcitoria dei parenti estranei al ristretto nucleo familiare – Presupposto per l'accoglimento – Convivenza - Sussiste

Perchè possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei al ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero, o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela, anche allargate, contraddistinte da reciproci legami affettivi, pratica della solidarietà e sostegno economico: solo in tal modo assume rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario, nonché la famiglia intesa come luogo in cui si esplica la personalità di ciascuno, ai sensi dell'art. 2 Cost. (4253/2012). Principio di diritto che – in difetto di particolari prospettazioni che consentano una valutazione nel concreto – determinano il rigetto della domanda.

(Massime a cura di Giuseppe Buffone - Riproduzione riservata)

omissis

Svolgimento del processo

V e R in proprio, quali genitori esercenti la potestà sul minore VS .. (e .., poi, anche nella qualità di amministratore di sostegno del figlio .. - nomina del 21/01/2011 del Tribunale di Milano), nonché VV, VVV, RR e RRR, parenti prossimi di VS, convenivano in giudizio, avanti il Tribunale di Milano, la Fondazione nella persona del suo legale rappresentante pro-tempore, ... per ottenere il risarcimento dei gravissimi danni subiti e subendi da VS e da loro stessi, nella qualità di suoi congiunti, a seguito dei trattamenti chirurgici e terapeutici ai quali venne sottoposto presso la struttura ospedaliera nel periodo compreso tra il 28 marzo ed il 12 aprile del 2007, per correzione chirurgica della patologia individuata (Arnold-Chiari1), con esiti invalidanti presso che totali.

Si costituivano i convenuti che resistevano alle avverse domande. Era effettuata dagli interessati la chiamata in giudizio per manleva assicurativa, di ... Insurance ... e ... Assicurazioni s.p.a..

Il giudice disponeva ctu medico legale collegiale.

Nelle more la convenuta Fondazione .. dava atto dell'avvenuto complessivo versamento di € 1.150.000, 00 a favore degli attori da parte della propria compagnia Assicurativa

Il Giudice fissava udienza di precisazione delle conclusioni e, all'esito, la causa giunge in decisione.

Motivi della decisione

1. Circa l'eccezione in merito alla tardività delle produzioni documentali degli attori, va osservato che tale deposito è in esito a specifica ordinanza di autorizzazione alla ricostituzione del fascicolo di parte, non rinvenuto in cancelleria. Dopo tale autorizzazione gli attori provvedevano al deposito di nuovo fascicolo entro il termine assegnato del 4 giugno 2014. Alla successiva udienza nessuno dei procuratori delle parti, come è dato atto nel verbale, ha sollevato una qualche contestazione sul fascicolo ricostituito, neppure la presente difesa di

Pertanto l'eccezione svolta negli scritti difensivi conclusionali è infondata; infatti, va considerato che non risultando, né essendo contestato dai procuratori delle controparti, una qualche difformità del fascicolo ricostruito rispetto all'originale, il (ri)deposito del fascicolo ricostruito non può essere inteso quale "nuova" produzione in violazione dei termini di cui all'art. 184 c.p.c..

2. Anche l'ulteriore eccezione svolta dalla difesa .. circa la nullità della perizia per violazione del contraddittorio è infondata.

In occasione dell'inizio delle operazioni di CTU del 23.1.2013, data comunicata all'udienza di giuramento dei ctu (v. verbale 5.12.2013), il CT di parte .., prof. .., non presenziava; i CTU, in data 24.1.2013, comunicavano al legale di .., avv. .., come da email (pec) allegata alla nota dei ctu 20 novembre 2013, la seconda seduta di CTU del 26.2.2013, così come stabilito il 23.1.2013 in occasione dell'inizio delle operazioni di CTU (v. verbale seduta).

Alla seconda seduta di CTU, tenutasi il 26.2.2013 il ctp prof. .. partecipava, veniva ascoltato dai CTU e si confrontava con gli stessi e con gli altri CTP fornendo altresì ai CTU il proprio indirizzo email per l'invio delle comunicazioni inerenti la CTU.

I CTP venivano successivamente riconvocati, incluso il prof. .., per una terza seduta per il 15.5.2013; a tale seduta, il prof. .., pur essendone a conoscenza come da email del 9.4.2013, non partecipava.

Terminata l'elaborazione della CTU, i ctu provvedevano all'invio della bozza .

Successivamente all'invio della relazione, i CTU ricevevano osservazioni alla relazione dai CTP, tra i quali anche prof. .. (cfr mail del 12.7.2013), CTP della .. Osservazioni che risultano allegate alla CTU e alle quali è stata data risposta nella depositata relazione.

Appare evidente come l'eccezione svolta è destituita di fondamento, essendo stato sempre ampiamente rispettato il principio del contraddittorio tecnico. Può ulteriormente osservarsi che essendo la data di inizio delle operazioni fissata in sede di udienza di trattazione alla presenza delle parti, non si deve procedere con l'invio di biglietto di cancelleria (v. art. 90 disp.att.c.p.c.).

3. Va rilevata, invece, la fondatezza dell'eccezione svolta da parte di .., che ha eccepito la inammissibilità del mutamento di domanda, in sede di precisazione delle conclusioni, comportante la condanna solidale della compagnia di assicurazioni, attesa la carenza di azione diretta da parte degli attori.

4. Giova ricostruire la vicenda in esame, alla stregua degli elementi così come ricapitolati e descritti nella ctu, sul punto non contestata.

Il 27.03.2007 VS, nato a Milano1993, durante una partita di calcetto lamentava la comparsa di cefalea e difficoltà di movimento con gli arti di sinistra (prima del superiore e poi dell'inferiore). Questo non gli impedì di andare comunque a scuola il giorno successivo. Nella stessa giornata del 28.03.07 venne sottoposto ad una visita neurologica presso il CDI che evidenziò una lieve emisindrome sinistra e per questo veniva inviato al P.S. dell'Ospedale .. e ivi ricoverato nel reparto di Pediatria.

Dalla anamnesi raccolta in cartella clinica: studente di terza media con buon risultato scolastico ha lamentato un certo ritardo nel linguaggio per

cui in passato era stato seguito sia da logopedista che da psicologo, viene riferita una caduta da cavallo una settimana prima. La obiettività neurologica era rappresentata da una ipoestesia e parestesie agli arti di sinistra con ipertono e atteggiamento di flessione delle dita della mano sinistra, lieve ipostenia dell'arto superiore sinistro, riflessi miotattici vivaci, stazione eretta e deambulazione conservate, nervi cranici indenni. Veniva sottoposto a TAC cerebrale il 28.03.07 e successivamente, il 30.03.07, a NMR cerebrale e del rachide in toto che dimostrava la presenza di una malformazione di Chiari di tipo I con ectopia tonsillare e del tronco, associata a siringomielia da Co a D4 e siringobulbia, con dimensioni ventricolari normali, fossa posteriore di piccole dimensioni con inserzione bassa del tentorio. Lo studio neurofisiologico con potenziali evocati motori e somatosensoriali dimostrava un quadro di normalità.

Il 31.03.07 veniva valutato dal neurochirurgo che pose l'indicazione all'intervento chirurgico. Il 3.04.07 viene riferita la comparsa di disfagia per i liquidi con fuoriuscita dalle coane dopo deglutizione. Un Eco-Doppler dei tronchi sovra-aortici risultava normale. Veniva effettuato un Ecocardiogramma trans-esofageo per il sospetto di forame ovale pervio che veniva escluso. Una seconda valutazione neurochirurgica segnalava voce roca, episodi di disfagia per i liquidi, emiparesi sinistra con ipertono, riflessi miotattici vivaci con sinistra > di destra, ipoestesia agli arti di sinistra, deambulazione con steppage.

La CTU così prosegue: "Il 6.04.07 il paziente veniva sottoposto, in anestesia generale e in posizione prona, ad intervento chirurgico di decompressione osteodurale del forame magno mediante craniectomia sottooccipitale mediana ed asportazione dell'arco posteriore dell'atlante (Ci). Dalla descrizione dell'intervento chirurgico : la squama occipitale è asimmetrica per iperostosi a sinistra, la dura meninge viene aperta a Y e viene effettuata una plastica durale, la aracnoide non viene aperta; viene descritto un sanguinamento venoso da seno durale di difficile controllo che viene bloccato con floseal (gel emostatico); durata dell'intervento 3 ore 30 minuti . Il risveglio avveniva senza deficit aggiuntivi e seguiva il ricovero in reparto. Il 7.04.07 veniva segnalato un buon decorso, un episodio di rush cutaneo non meglio precisato, paziente sofferente per dolore alla ferita.....L'11.04.07 il paziente veniva segnalato molto sofferente e rifiutava la mobilizzazione; viene sottoposto ad una TAC di controllo centrata esclusivamente sulla fossa posteriore che esclude problemi articolari e di instabilità (non viene compreso l'encefalo nello studio nds).

Il 12.04.07, giorno della presunta dimissione, alle ore 8.45 il paziente diventava improvvisamente cianotico, non contattabile, con stato di corna. Veniva praticata una fiala di Tavor nel sospetto di una crisi comiziale e il paziente veniva rianimato e successivamente intubato dal rianimatore; dal tubo oro-tracheale veniva aspirato materiale alimentare. Veniva sottoposto ad una TAC cerebrale (12.04.07 ore 15.27) che dimostrava un modesto ampliamento del sistema ventricolare sovratentoriale; una NMR e angio NMR (ore 16.46) evidenziavano la presenza di un danno ipossico diffuso in sede occipito-parietale, temporale posteriore e frontale, bilaterale, modesta dilatazione ventricolare, riduzione di calibro del sistema arterioso vertebro-basilare, ischemia cerebellare inferiore bilaterale "..(vasospasmo vertebro-basilare?).."

Il paziente veniva sottoposto a posizionamento di una derivazione liquorale ventricolo-esterna (DVE) che dimostrava una pressione intracranica (PIC) di 20-22 mmHg.

Nel decorso successivo, nel reparto di terapia intensiva, il 13.04.07 la PIC variava da 20 a 25 mmHg ed una nuova TAC cerebrale confermava il quadro di ipodensità ischemica cerebellare bilaterale. Successivamente veniva effettuato un secondo intervento in fossa cranica posteriore per una più ampia decompressione osteodurale poiché la PIC raggiungeva valori di 39 mmHg e veniva effettuata una nuova TAC di controllo postoperatoria.

Il 14.04.07 per PIC elevata si ricorreva alla sedazione, all'iperventilazione, all'ipotermia e alla deliquorazione dalla DVE.

Dal 15.04.07 al 23.04.07 vi era una stazionarietà nella situazione con PIC elevata.

Il 23.04.07 una TAC di controllo evidenziava meglio le lesioni ischemiche bifrontali, biparietali e cerebellari bilaterali.

Il 24.04.07 veniva riposizionata la DVE a sinistra e veniva effettuato un controllo TAC.

Il 26.04.07 venivano effettuate due TAC per il controllo del posizionamento dei cateteri ventricolari, uno frontale sinistro e un secondo nel terzo ventricolo, con rilievo di tracce ematiche endoventricolari e quarto ventricolo ridotto, alterazioni ischemiche bulbomidollari, occipitali e parietali bilaterali, frontali bilaterali e dello spenio del corpo calloso. Una NMR e una angioNMR venosa dimostravano la trombosi del seno sagittale superiore, del seno retto, del torcular e dei seni trasversi e sigmoide bilateralmente.

Seguivano ulteriori esami e Tac, senza alcun miglioramento sino al trasferimento presso l'Unità Spinale dell'Ospedale ... di Milano.

5. Il Tribunale ritiene di condividere le valutazioni medico-legale svolte nella ctu collegiale, articolate con motivazioni che danno conto degli elementi emersi nel corso del contraddittorio tecnico e che danno conto dei profili eziologici secondo canoni rispondenti alle regole della giurisprudenza in tema di nesso causale.

Ciò esclude la necessità di un rinnovo della ctu, così come richiesto dai convenuti.

Come evidenziato, VS era affetto di malformazione di Chiari, manifestatasi all'età di 14 anni, che si sostanzia nella erniazione della parte più bassa del cervelletto, attraverso il forame magno. Tra i tipi di malformazione, l'attore presenta quella di tipologia 1.

Il trattamento, evidenziano i ctu, può essere conservativo quando vi è solo dolore (cefalea, cervicgia, vertigine) o di osservazione nei pazienti asintomatici senza siringomielia, ma è sempre chirurgico in quelli con sintomatologia neurologica.

Esso è rappresentato dalla decompressione ossea del forame magno, craniectomia sottooccipitale mediana e apertura dell'arco posteriore della prima cervicale (atlante), seguita o no dalla apertura della dura meninge con plastica. Si tratta di intervento non privo di complicanze o insuccessi (progressione della siringomielia, liquorale, meningite, idrocefalo, instabilità cervicale) e ha un successo nell'80-83% dei casi.

Avuto riguardo al caso in discussione, il Collegio peritale indica che "tenuto conto della storia clinica, della sintomatologia, della presenza di deficit neurologici destinati a peggiorare o a non regredire se affrontati in

ritardo e il quadro NMR di malformazione di Chiari di tipo I con cavità siringomielia da Co a D4 e siringobulbia vi era una precisa indicazione chirurgica alla decompressione osteodurale”.

Anche la tecnica operatoria adottata è stata corretta sia quanto al tipo che quanto all' esecuzione(posizionamento prono,craniectomia sottooccipitale mediana di 3-4 cm di diametro, apertura della dura meninge e plastica e controllo TAC postoperatorio negativo per errori tecnici).

Per quanto riguarda le complicazioni sopravvenute e il conseguente gravissimo danno derivatone i ctu , invece, svolgono alcuni rilievi, individuanti una condotta non rispondente alle corrette prassi.

Il nucleo centrale della valutazione peritale può così citarsi.

“La NMR e l'angioNMR arteriosa del 12.04.07 avanzano il sospetto di un vasospasmo del Circolo vertebro basilare (con il punto di domanda nel reperto scritto) . Alla visione diretta..... tale sospetto vasospasmo non risulta così spiccato ed, inoltre, sono comunque chiaramente visibili le arterie cerebellari che in caso di vasospasmo della arteria basilare e delle arterie vertebrali diventano invece difficilmente (poco o per nulla) riconoscibili in angioNMR. Per quanto riguarda il quadro di trombosi dei seni venosi riscontrata in angioNMR, che deve essere ritenuto, in termini di maggior probabilità, il primum movens, ovvero la causa, di tutta la sequenza di eventi successivi sono necessarie alcune considerazioni. Nella descrizione dell'intervento di correzione della malformazione di Chiari I è segnalata la difficoltà al controllo del sanguinamento di un seno venoso durale, tale da richiedere l'uso di un emostatico particolare, il floseal..... La trombosi di un seno, se non tempestivamente riconosciuta e trattata, può diffondersi.

Nel caso in discussione la trombosi propagandosi al torcular , punto di confluenza e seni durali (sagittale superiore,seno retto,sigmoide dx e sin, seno occipitale) e rendendo insufficienti i circoli di compenso collaterali esistenti e inizialmente funzionanti, ha provocato il rigonfiamento della fossa posteriore, l'idrocefalo e i danni cerebrali e cerebellari riscontrati alla NMR.

Concludono i ctu: “Indipendentemente dalla causa della trombosi dei seni, che resta allo stato non identificabile con precisione (l'uso del gel emostatico— del tutto corretto peraltro - vi ha con ogni probabilità concorso), c'è da chiedersi se la stessa poteva essere diagnosticata e trattata tempestivamente sì da evitare o, quantomeno, ridurre i danni che ne seguirono. Nel postoperatorio fu effettuata una TAC di controllo che comprendeva solo la fossa cranica posteriore e finestre solo per l'osso e non per l'encefalo. E' prassi consolidata , al contrario, dopo interventi quale quello al quale fu sottoposto il Sig. VS in data 6.4.07 in caso di sintomatologia abnorme del paziente (come nel caso in discussione) dopo il mancato riscontro di instabilità vertebrale come causa della sintomatologia presentata dal paziente effettuare una TAC di controllo dell'encefalo (e, tanto piu' doveva essere effettuata nel caso di specie, tenuto conto dell'importante sanguinamento riscontrato all'atto operatorio). L'aver omesso di effettuare lo studio dell'encefalo con controllo TAC ha con ogni probabilità impedito ai sanitari di evidenziare , o quantomeno sospettare, la trombosi dei seni - che diede probabilmente i primi segni di sé proprio l'11.4.07 - e , di conseguenza, di trattare il paziente al fine di ridurre il piu' possibile la sua diffusione e le sue dannose conseguenze mediante scoagulazione del paziente e,

successivamente, se del caso, eventuale trombolisi endovasale. Il tempestivo riconoscimento e trattamento della patologia trombotica, tenuto conto dei dati della letteratura inerenti il trattamento della trombosi dei seni venosi mediante coagulazione e del fatto che nel caso specifico non si erano ancora manifestati danni neurologici, avrebbe avuto "più probabilità che non" di evitare il danno cerebrale responsabile del quadro clinico oggi in atto nel sig. VS."

Tali valutazioni sono state oggetto di critica anche in sede di contraddittorio tecnico successivo alla trasmissione della bozza ai ctp. Per altro tali critiche, riprese anche nelle comparse conclusionali, non appaiono idonee a superare il dato sopra evidenziato. Gli stessi CTU hanno avuto modo di precisare, in esito al deposito delle osservazioni dei ctp che:

"Sulla base della rilettura delle indagini strumentali del caso effettuata dal CTU neurochirurgo prof. ... si ribadisce che la TAC effettuata il giorno 11.04.2007 consente lo studio esclusivamente dell'osso della fossa posteriore fino a C3 e, quindi, non può essere presa in considerazione poiché, essendo escluso lo studio del tessuto cerebrale non può dimostrare né la assenza né la presenza di un iniziale danno cerebrale.

Viceversa, il giorno successivo, il 12.04.07, con le manifestazioni ed il peggioramento neurologico improvvisamente avvenuto all'atto della dimissione, alla TAC cerebrale si evidenzia un iniziale idrocefalo triventricolare, con IV ventricolo di ridotte dimensioni e in asse, spazi liquorali pericerebellari e peritronco assenti, alla NMR si dimostrano aree di iperintensità cerebellari bilaterali e anche in sede sovratentoriale, da sofferenza tissutale, e alla angioNMR si avanza il sospetto di vasospasmo arterioso, che non si ritiene di poter confermare già esposti nella relazione di CTU. Da rilevare, inoltre, che nella NMR del 12.04.2007, viene studiato esclusivamente il circolo arterioso e non anche quello venoso: è questo il motivo per cui in tale indagine non può essere evidenziata la trombosi dei seni venosi cerebrali, già con ogni probabilità in atto.

L'ipotesi avanzata dai CTP che la trombosi dei seni venosi cerebrali possa essere insorta successivamente rispetto a quando affermato dai CTU (11.04.2007) non è sostenibile considerando l'esordio della sintomatologia (11 e 12.4.2007) la presenza di danni cerebrali e cerebellari bilaterali, diffusi e in progressione agli esami di controllo dal 12 .04.2007 e la causa di essi non chiarita fino alla angioNMR completa con studio del sistema venoso del 26.04.2007.

Poiché l'unico quadro vascolare patologico certo, confermato dalle indagini strumentali, è trombosi diffusa massiva dei seni venosi cerebrali, questa può, in termini di elevata probabilità, solo essere insorta e progredita subito dopo l'intervento e le lesioni riscontrate alla TAC e alla NMR del 12.04.2007 potevano essere evidenziate - in fase iniziale - il giorno prima (11.04.2007) se fosse stato effettuato uno studio TAC cerebrale come si doveva, e non solo per l'osso della fossa posteriore come , invece, fu fatto nel caso concreto. L'evidenziazione delle lesioni cerebrali avrebbe indotto i Sanitari a ricercare tempestivamente la causa delle stesse mediante l'esecuzione di NMR, e soprattutto, di angioNMR con studio non solo del circolo arterioso, risultato non significativamente patologico, ma anche di quello venoso con evidenziazione della trombosi dei seni cerebrali ad uno stato ancora iniziale, passibile di trattamento mediante scoagulazione del paziente"

Pertanto sotto tale profilo non può che affermarsi la sussistenza di un rilevante inadempimento al contratto di ospitalità da parte dell'istituto convenuto, giacché non sono state effettuate quelle doverose verifiche post-operatorie che avrebbero permesso, con alta probabilità, interventi elidenti le conseguenze di quel processo patologico che ha determinato la maggiore invalidità.

7. Venendo all'esame della responsabilità dei sanitari convenuti, va premesso che si impone l'individuazione di una loro specifica condotta, non conforme alle regole dell'arte medica, cui correlare una eventuale responsabilità risarcitoria.

Ritiene questo giudice di dovere richiamare l'indirizzo già espresso da vari giudici di merito e dal Tribunale di Milano (sentenza 23 luglio 2014 n. 9683) circa la posizione che assume il medico dipendente di struttura sanitaria nei confronti del paziente terzo che si assume danneggiato a seguito della configurazione indicata dal legislatore con l'intervento normativo di cui alla L.n. 189 /2012 volta a riconsiderare alcuni profili della responsabilità sanitaria del medico in campo penale e civile, così come determinatesi a seguito della creazione, da parte della giurisprudenza degli ultimi anni , di un sottosistema specifico proprio del sanitario.

Come noto, per quanto concerne la responsabilità risarcitoria del medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria - autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente col quale tuttavia non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera - a partire dal 1999 la giurisprudenza ha ritenuto che anch'essa andasse inquadrata nella responsabilità ex art. 1218 c.c. in base alla nota teoria del "contatto sociale": "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, Sezioni Unite della Cassazione, sent. 577/2008).

In tale contesto è intervenuto il legislatore con l'art. 3 della citata legge ("Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie") che prevede al comma 1 : "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".

Il Tribunale, nella sentenza n. 9693/2014 ha valutato il possibile impatto dell'art. 3 della L. n. 189 del 2012, facendo seguito ad un già manifestatosi contrasto interpretativo sulla proposizione: "In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile". Il giudice ha passato in esame le implicazioni e le argomentazioni

sviluppate nella giurisprudenza sinora maturata, giungendo a conclusioni che appaiono condivisibili e possono senz'altro richiamarsi.

Ivi il Tribunale ha evidenziato che “ il tenore letterale del comma 1 dell'art. 3 L.189/2012 e le esplicite finalità perseguite dal legislatore del 2012 non sembrano legittimare semplicisticamente un'interpretazione della norma nel senso che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia atecnico o frutto di una svista.” Prosegue la sentenza argomentando circa la erroneità di una “ interpretazione – fatta propria da una minoritaria giurisprudenza di merito - che in sostanza finisce per ritenere l'intero articolo 3 comma 1 una legge penale o comunque una legge che fa eccezione a regole generali e ne fa discendere che, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti.

L'art. 3 della legge Balduzzi oltre ad introdurre indubbie restrizioni alla responsabilità penale - prevedendo una parziale abolitio criminis degli artt. 589 e 590 (Cass. pen. 29/1/2013 n. 16237) - disciplina infatti vari aspetti della “responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie” compresa la responsabilità risarcitoria, di cui si occupa espressamente non solo nel comma 1, con il richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 e con la previsione di tener conto nella determinazione del risarcimento del danno del fatto che il responsabile si è attenuto alle linee guida, ma anche nel comma 3, che introduce un criterio legale di liquidazione del danno biologico mediante il rinvio alle tabelle previste negli artt. 138 e 139 del D.Lvo n. 209/2005 (cod. ass.), e, in qualche modo, nel comma 5, ove è previsto l'aggiornamento periodico e l'inserimento di specialisti nell'albo dei CTU. Peraltro, oltre che non rispondente ai comuni criteri ermeneutici, l'interpretazione secondo cui l'art. 3 comma 1 sarebbe “legge penale” o “eccezionale” destinata in quanto tale a disciplinare ex art. 14 delle preleggi solo i casi dalla stessa espressamente previsti – esonero dalla responsabilità penale del medico in colpa lieve che si è attenuto alle linee guida e responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c. dello stesso professionista solo in caso di proscioglimento/assoluzione in sede penale – porrebbe forti dubbi di legittimità costituzionale, per l'ingiustificata ed irragionevole disparità di trattamento e diversità di disciplina che verrebbero a crearsi a seconda che una determinata condotta illecita del medico (causativa di danni risarcibili) venga preventivamente vagliata dal giudice penale oppure no”. In tale prospettiva argomentativa, il Tribunale ha svolto un esame anche delle implicazioni derivanti da Cass. n. 8940/2014: “ appare convincente l'affermazione del giudice di legittimità “ secondo cui è escluso che la legge 189/2012 abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica “necessariamente” come responsabilità extracontrattuale.” Non può invece essere condivisa l'interpretazione complessiva del secondo inciso dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi che emerge dalla motivazione (non anche dalla massima sopra richiamata) dell'ordinanza della Cassazione n.8940 del 2014 - laddove la Corte conclude che a tale norma non andrebbe attribuito alcun rilievo che possa indurre a superare l'orientamento giurisprudenziale “tradizionale” in tema di responsabilità medica – la quale pare inserirsi nel solco delle letture che sostanzialmente tendono a vanificare la portata della norma”. Infatti, anche in questo caso l'attività dell'interprete si risolverebbe nell'affermare che“ in sostanza la previsione normativa in questione conterrebbe un evidente errore e risulterebbe priva di qualsiasi rilievo. Se infatti la responsabilità civile dell'esercente la professione

sanitaria per i danni arrecati a terzi nello svolgimento della sua attività costituisce comunque pur sempre una responsabilità da “contatto”/inadempimento ex art. 1218 c.c. anche in assenza di un contratto fra il sanitario ed il paziente - secondo l’orientamento consolidato in tema di responsabilità medica che la Corte si affretta a ribadire – risulterebbe errato oltre che superfluo il richiamo all’obbligo risarcitorio di cui all’art. 2043 c.c., che non verrebbe in rilievo neppure “in tali casi”. Stando alle suddette conclusioni cui perviene la Cassazione, si dovrebbe ritenere che il distratto legislatore del 2012 avrebbe inserito (inutilmente) il richiamo all’art. 2043 all’interno di una norma (art. 3 comma 1 L.189/2012) che disciplina espressamente anche la responsabilità civile del medico, “soltanto” per la preoccupazione di escludere (in ossequio al principio “in lege aquilia et levissima culpa venit”) che la colpa lieve potesse condurre - nei casi in cui vi è esonero dalla responsabilità penale - a far ritenere esclusa la responsabilità risarcitoria extracontrattuale, evidentemente dimenticando (o comunque senza tener conto) che in base al “diritto vivente” la responsabilità del medico viene comunemente ricondotta alla responsabilità da “contatto”/inadempimento ex art. 1218 c.c. e non a quella extracontrattuale ex art. 2043 c.c.” Conclude il Tribunale – si rinvia alla sentenza per le più ampie motivazioni – che “L’interprete non pare autorizzato a ritenere che il legislatore abbia ignorato il senso del richiamo alla norma cardine della responsabilità da fatto illecito, nel momento in cui si è premurato di precisare che, anche qualora l’esercente una professione sanitaria “non risponde penalmente per colpa lieve” (del delitto di lesioni colpose o di omicidio colposo) essendosi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, “in tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 del codice civile”. “Qualora l’intenzione del legislatore fosse stata soltanto quella indicata dalla Corte e la previsione normativa in esame fosse da interpretare nel senso che non avrebbe inteso scalfire in nessun modo il consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia di responsabilità medica come responsabilità ex art. 1218 c.c. da “contatto sociale” (con tutte le sue implicazioni), non vi sarebbe stata nessuna apprezzabile ragione per inserire in sede conversione il richiamo all’art. 2043 ed è ragionevole ritenere che nell’art. 3 comma 1 sarebbe rimasto immutato il richiamo alle diverse norme (art. 1176 e art. 2236) contenuto nel decreto legge”.

Osserva il Tribunale:”.....compito dell’interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all’intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi)”. Il legislatore”... in sede di conversione del decreto e per perseguire le suddette finalità, ha voluto indubbiamente limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale anche attraverso il richiamo all’art. 2043 c.c. - escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve riconducibili al primo periodo, ma facendo salva anche in tali casi la responsabilità civile (da inadempimento nei casi in cui preesiste un contratto concluso dal medico con il paziente e da fatto illecito negli altri casi, come si dirà meglio in seguito) - mentre nel comma 3 del medesimo articolo ha poi introdotto un criterio limitativo dell’entità del danno biologico risarcibile in tali casi al danneggiato (mediante il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass.).

Sembra dunque corretto interpretare la norma nel senso che il legislatore ha inteso fornire una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno.

Così interpretato, l'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente”.

Inoltre il Tribunale si è preoccupato di evidenziare che “il superamento della teoria del “contatto sociale..... non sembra comportare un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale della persona (qual è quello alla salute): in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà infatti ragionevolmente portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria”.

Come detto, tale impostazione appare condivisibile.

8. Può solo ulteriormente notarsi che essa trova ragione nella necessità di dare un effettivo significato operativo ad una disposizione, la quale si è inserita consapevolmente in un contesto, per vero, tutt'altro che “acquisito” o unanimemente “condiviso”, anche sotto il profilo ermeneutico.

Infatti, se l'indirizzo a suo tempo espresso dalla Suprema Corte ha avuto il merito di chiarire i termini della configurazione del contratto di ospitalità tra paziente e struttura – esito indiscusso e stabile -, non può sottacersi che l'elaborazione della responsabilità contrattuale nei confronti del medico dipendente sulla base del contatto è stata oggetto di riesame e approfondimenti che sono rimasti privi di un sicuro esito, permanendo in parte della dottrina e nella pubblicistica, una difficoltà nel ricondurre il “contatto” nell'ambito delle fonti dell'obbligazione ex art. 1173 c.c., giacché, ivi è sicuramente fatto riferimento ad una ipotesi “aperta”, costituita dal richiamo ad “ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo”, ma pretendendosi una riconducibilità di esso ad una previsione ordinamentale, che – nel nostro sistema- non può che essere di diritto positivo.

E proprio rispetto all'individuazione del meccanismo normativo che attribuisca al fatto-contatto l'efficacia obbligatoria di natura contrattuale, da quanto può constatarsi dalla lettura della dottrina e della stessa giurisprudenza di legittimità, non emerge una soluzione evidente o condivisa.

Si è fatto riferimento all'art.28 Cost. e al principio di immedesimazione organica.

Si è argomentato che nei confronti dell'ente è configurabile una responsabilità contrattuale diretta, in quanto è ad esso riferibile, per il principio di immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente

inserito nell'organizzazione del servizio; da ciò si è preteso trarre la conseguenza che della medesima natura non può non essere la responsabilità del medico, in quanto la sua responsabilità avrebbe radice comune (esecuzione negligente della prestazione sanitaria) a quella dell'ente (in definitiva se quest'ultima è di tipo professionale contrattuale, stante l'identità della causa, la responsabilità del medico dipendente non potrà non essere dello stesso tipo). Tesi del tutto abbandonata giacché l'art.28 Costituzione si limita a sancire la responsabilità diretta del dipendente pubblico sulla base delle "leggi penali, civili ed amministrative" e la legge civile, nello specifico, contempla sia una responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

La strada, poi, prevalentemente percorsa si è orientata nell'evocazione dei principi ricavabili dall'art. 1411 c.c. e del contratto in favore di terzo, in quanto l'ente gestore del servizio sanitario - nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico - stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria. Prospettazione ulteriormente articolata con la configurazione del contratto con effetti protettivi a favore di un terzo, pretesamente ricavabile in virtù degli artt. 1175 e 1375 c.c. e 2 Cost.. Elaborazioni, in vero, non condivise dalla stessa giurisprudenza di legittimità (v. la stessa sentenza n. 589/1999), sull'evidente rilievo che in ogni caso il soggetto danneggiato che agisce non aziona il "contratto" esistente tra l'ente ed il medico, di cui egli sarebbe il terzo beneficiario (il "contratto di lavoro") ma aziona il diverso "contratto" (di ospedalità) intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale. Così pure, venendo al contratto con effetti protettivi, l'attività diagnostica e terapeutica, e dunque la prestazione, è dovuta direttamente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, che dunque non è mero beneficiario di obblighi di protezione, ma destinatario degli obblighi di prestazione del contratto da parte del soggetto controparte nel contratto di ospedalità.

Insomma, sinora, la responsabilità contrattuale da "contatto sociale" applicabile al medico (non legato al paziente da alcun rapporto contrattuale) si risolve in una evocazione dell'art. 1173 c.c., nei termini ora ricordati, e ad un richiamo alla legge istitutiva del Sistema sanitario n. 833/1978, che, invero, contempla un obbligo per le strutture sanitarie (pubbliche o private convenzionate) di erogare le prestazioni terapeutiche e assistenziali ai soggetti che si trovano nelle condizioni di aver diritto di usufruire del servizio pubblico, demandando, tra l'altro, a tali enti ogni responsabilità organizzativa e gestionale nell'ambito dei quali il singolo medico dipendente è tenuto ad operare senza alcuna autonomia professionale.

Né appare particolarmente decisivo il richiamo alla qualificazione propria del professionista-medico, quale portatore di un obbligo di prestazione omogeneo, sia nell'ambito del tipico contratto d'opera professionale, sia nella veste di dipendente di struttura ospedaliera. Un tale principio non è revocabile in dubbio, ma ben trova rispondenza nei precetti che regolano sia la responsabilità contrattuale che extracontrattuale, con riguardo alla colpa in attività professionale. Singolare, riguardo a tale profilo, appare poi la motivazione che si legge in una recente sentenza del Tribunale di Milano (n.13574/2014), secondo cui la necessità di mantenere la responsabilità del medico ospedaliero

dipendente nell'ambito contrattuale risponderrebbe ad una esigenza di protezione del suo operare, grazie all'applicabilità della regola di cui all'art.2236 c.c., concernente –si afferma- la disciplina contrattuale del contratto d'opera professionale. Invero, può solo osservarsi che tale indicazione prescinde dal principio, affermato da sempre che “anche in presenza di responsabilità extracontrattuale del medico (nel caso, dipendente ospedaliero) si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui all'art. 2236 cod. civ. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” (v. Cass. sin da sentenze nn. 4152/1995, 11743/1998).

E di tale complessa problematica, tutt'altro che univoca, quasi in maniera didascalica, si trova riscontro nella recente pronuncia n. 7909/2014 dove la Corte di cassazione, chiamata a dare una qualificazione del termine “contratto” in riferimento ad ipotesi responsabilità sanitaria in relazione all'applicazione dell'art. VIII, paragrafo 5, della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 novembre 1955, n. 1335), ha avuto modo di sottolineare, proprio in caso di qualificazione di domanda risarcitoria da errato trattamento medico – ancorchè nell'ambito di interpretazione ancorata al diritto internazionale – che essa non può essere ritenuta contrattuale. Infatti, sottolinea la Corte, tale configurazione “contrattuale” opera “allorché la richiesta di indennità trovi la sua ragione giustificativa nell'applicazione di un contratto, da intendere come accordo bilaterale (o plurilaterale) su singole clausole, che vanno adempiute dalle parti contraenti”, escludendo che possa assumere tale natura il contratto da “contatto sociale” frutto esclusivo della elaborazione giurisprudenziale italiana, a fronte di una riconduzione, per tutti gli altri stati contraenti, della responsabilità del medico ospedaliero nell'ambito extracontrattuale o per tort.

Queste osservazioni valgono ad evidenziare che appare davvero al di fuori dei limiti interpretativi imposti dall'art. 12 delle disposizioni della legge in generale elidere il significato del richiamo all'art. 2043 c.c. (qualunque portata ad esso voglia attribuirsi) assumendo che il legislatore non può che essersi inconsapevolmente confuso, a fronte di una elaborazione della responsabilità da contatto del medico ospedaliero granitica, consolidata universalmente condivisa. Infatti la situazione su cui è intervenuto il legislatore del 2012 deve essere descritta in termini affatto diversi e ben più problematici.

9. Fatta applicazione di tali principi applicativi deve essere senz'altro ritenuta la sussistenza della responsabilità della convenuta ... E infatti non può non considerarsi, sulla base degli esiti della ctu, il riflesso che assume l'omissione - in sede di effettuazione del controllo tramite TAC- alla stessa imputabile, quale medico neurochirurgo che aveva effettuato l'intervento e aveva assunto il compito di seguire il paziente in ogni sua fase operatoria e post-operatoria. Pur nella consapevolezza della delicatezza e difficoltà dell'intervento e della possibile insorgenza della complicità, va affermato – come rilevato dai ctu – che rientrava nella doverosa diligenza ampliare il campo di indagine e di controllo al fine di verificare l'eventuale insorgenza del fenomeno trombotico, come in effetti si manifestò, al fine di contrarre il più possibile i tempi per un idoneo intervento limitativo del danno.

Quanto all'altro convenuto, ..., invero non è dato individuare alcun profilo integrante una sua responsabilità risarcitoria.

Egli, di turno, interviene nella mattina del 12 aprile in sede di rianimazione del paziente, mattina nella quale era prevista la dimissione del paziente. E' un intervento che si situa in un momento in cui l'intero processo causale produttivo del danno si è sviluppato senza alcun atto allo stesso imputabile. Né la somministrazione di Tavor – v. perizia – ha avuto un qualche effetto lesivo o aggravante lo stato patologico riscontrato.

In definitiva si sottrae ad ogni accertamento positivo l'individuazione di una condotta foriera di responsabilità risarcitoria imputabile allo stesso.

10. La ctu ha determinato lo stato di invalidità permanente e inemendabile di . VS nella misura del 95%, individuando un aggravamento della situazione invalidante preesistente nella misura del 75%.

Quindi si ha una situazione caratterizzata da lesioni che si inseriscono su di uno stato pregresso già di patologia.

L'imputabilità risarcitoria di tale "incremento" è tema che incrocia vari profili, riconducibili prevalentemente alla prefigurazione del nesso di causalità materiale e giuridica e, quindi, alle tematiche proprie del danno risarcibile

Come noto, e come già evidenziato in altri casi da questo Tribunale, sul tema la Corte di cassazione si è mossa prevalentemente attraverso un richiamo ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in virtù dei quali se alla produzione dell'evento di danno concorrono la condotta dell'uomo e cause naturali o pregresse, il responsabile non può pretendere nessuna riduzione di responsabilità, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può esservi solo tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una condotta umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile (v. Cass. civ., 28 marzo 2007, n. 7577).

Dopo alcune oscillazioni della giurisprudenza (v. Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in tema di colpa medica, là dove ha evocato la necessità, proprio in caso di concorso tra preesistenti condizioni costituenti fattore causale incidente e condotta imperita dei sanitari la necessità di "procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo"), la Corte di cassazione - v. sentenza 21 luglio 2011 n. 15991 e 20996/2012), ha meglio specificato la differenziazione dei due diversi livelli di causalità da tenere presente: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale, art. 40 c.p.), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica, art. 1223 c.c.:), con la conseguenza che il giudice deve accertare, sul piano della causalità materiale, l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica. Ciò al fine di ascrivere all'autore della condotta, "responsabile tout court" sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze

dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì alla pregressa situazione patologica del danneggiato

Quanto ora esposto vale ad evidenziare che, qualunque impostazione e soluzione voglia darsi alle problematiche proprie del danno iatrogeno incrementativo, comunque si pone la necessità – anche là dove si segua l'indirizzo di cui a Cass. 15991/2011- di procedere , sotto il profilo della causalità giuridica, ad una selezione, nell'ambito della complessiva situazione di invalidità della parte lesa , delle conseguenze considerabili per individuare il danno alla persona oggetto dell'obbligo risarcitorio a carico del medico operante. Principio che inevitabilmente deve riflettersi anche sui criteri liquidatori di esso che non possono prescindere dal rilievo che assume la situazione preesistente sotto due principali profili: a) non può farsi gravare sul medico, in via automatica, una misura del danno da risarcirsi incrementata da fattori estranei alla sua condotta, così come verrebbe a determinarsi attraverso una pedissequa applicazione di tabelle con punto progressivo, computato a partire, in ogni caso, dal livello di invalidità preesistente; b) la liquidazione va necessariamente rapportata ad una concreta verifica, secondo le allegazioni delle parti, delle conseguenze negative "incrementative" subite dalla parte lesa.

Profili che – ad avviso del tribunale – nell'ambito del danno iatrogeno difficilmente sono rapportabili ad uno schema rigido liquidatorio, proprio per la variabilità dei casi: si pensi ai diversi effetti che possono determinarsi a seconda che la complessiva invalidità, sia la risultante della sommatoria di lesioni coesistenti che colpiscono diverse funzionalità, ovvero la condotta del sanitario abbia determinato una concorrente lesione che incide sulla medesima preesistente disfunzionalità. Distinzione, anche questa, certo non risolutiva ove si consideri che anche fatti negativi riguardanti funzionalità diverse possono risolversi non in una mera sommatoria di distinti effetti negativi – da valutarsi in via autonoma ai fini risarcitori - ma possono comportare un effetto pregiudizievole sinergico, tale da incidere sulla concreta conduzione di vita della parte lesa, a seconda dell'età, del tipo di vita , della sua condizione familiare ecc..

Già questo Tribunale ha avuto modo di evidenziare che il dato relativo concernente la misura differenziale , coerentemente con i principi sovra espressi , va considerato nel suo rilievo di base e, quindi, adeguatamente rimodulato in considerazione della vicenda clinica e della situazione concreta della parte lesa, sotto ogni profilo rilevante attinente ai riflessi sulla sua integrità psico-biologica, al condizionamento e al pregiudizio dello svolgimento delle sue attività areddituali, ad ogni ulteriore aspetto morale che concorre a descrivere il danno non patrimoniale. Ciò, necessariamente, sulla base delle risultanze e delle allegazioni anche presuntive offerte dalla parte (va ricordato, infatti, che il danno non patrimoniale anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato, con la conseguenza che la parte lesa dovrà comunque allegare tutti gli elementi idonei a fornire, nella concreta fattispecie, la serie concatenata di fatti che permettano di presumere e individuare i vari profili di danno(Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, n. 9528/2012).

Tale rimodulazione risponde a quella esigenza di "personalizzazione" del danno che la stessa Suprema Corte, pur riaffermando l'utilità-in difetto di criteri di legge- dell'applicazione delle Tabelle, specificatamente del

Tribunale di Milano , pur tuttavia pone ripetutamente quale operazione imprescindibile.

11. Ciò premesso, appare indubitabile che il sostanziale azzeramento di ogni possibilità di estrinsecazione delle attività della persona per un giovane dell'età di quattordici anni è danno la cui gravità si situa ai massimi livelli. L'influenza che deve essere comunque riconosciuta alla pregressa situazione invalidante nella misura del 20%, è –rispetto al complesso della situazione esistenziale dell'attore – di relativa marginalità, giacchè l'aggravamento del 75% ha eliso ogni possibilità di espressione della personalità e della vita di relazione.

Sulla base delle tabelle equitative milanesi, l'invalidità del 95% per un giovane dell'età di vs individua un danno base di circa 1.070.000 euro.

In considerazione della diminuzione da riconoscersi per la autonoma e pregressa situazione di invalidità del 20% e in riferimento alla situazione sovra ricordata, che impone di procedere ad una adeguata personalizzazione che tenga conto dello stato determinatosi, ritiene il tribunale che può riconoscersi l'importo ulteriore - già dedotta la provvisoria di € 1.000.000,00- di € 240.000,00. Importo complessivo di € 1.240.000,00, che tiene conto di ogni profilo del danno reddituale, anche sotto il profilo della valutazione affettiva morale soggettiva.

Devono riconoscersi, altresì, le spese e i costi come individuati e descritti nella ctu (v. terz'ultima pagina ctu 25/9/2013): € 70.720,00 per gli interventi già effettuati di riadattamento logistico dell'abitazione; € 38.000,00 per le spese mediche e l'acquisto dei presidi medici , comprendendosi e quelle già sostenute e quelle da rinnovarsi nel futuro (sostituzione carrozzina ecc., v. ctu).

La ctu ha illustrato come VS avrà bisogno di assistenza di tipo generico per ventidue ore e di due ore di tipo infermieristico giornaliero per la inevitabile "ospedalizzazione domiciliare". L'attore risulta beneficiare di assegno di accompagnamento pari a € 498,25.

Sulla base di tali dati, dovendo procedere ad una figurazione presuntiva, in difetto di specifiche e riscontrate deduzioni (l'unico dato offerto dagli attori è il costo di € 1.016,00, oltre contributi indicato in atto di citazione, che poi è modificato in presumibili ore 21.170 di assistenza per € 140,00 costo giornaliero, v. comparsa concl. pag. 28) deve ritenersi, con riguardo alla durata media della vita, che VS potrà contare, come sinora e per alcuni anni, anche sull'ausilio dei familiari; le sue esigenze di assistenza, sotto il profilo economico, aumenteranno nel progredire del tempo. Vi è quindi una obiettiva difficoltà di parametrare il risarcimento a dati fattuali certi. In tale contesto, il costo per assistenza ulteriore, già computato l'importo riveniente dal contributo regionale, può essere indicato in € 620.000,00 già operata l'anticipata capitalizzazione dell'importo dei presumibili costi mensili, secondo le regole attuariali.

La ctu ha accertato, con motivazioni che si condividono, che il danneggiato ha subito una menomazione della capacità lavorativa, da intendersi quale riduzione dell'attitudine al lavoro e della futura capacità di guadagno, nella misura totale.

Ai fini della liquidazione del risarcimento da lucro cessante, da attuarsi mediante la capitalizzazione del danno futuro, è necessario considerare che il soggetto danneggiato non è percettore di reddito, poiché minore di età. Deve procedersi, pertanto, all'individuazione di un reddito presuntivo da assumere quale base di calcolo, che potrà essere quello di cui all'art. 4 L. 39/77 (triplo della pensione sociale), non essendovi in

concreto elementi oggettivi – quali ad es. le inclinazioni manifestate – per effettuare una valutazione prognostica sul tipo di attività lavorativa che la minore potrebbe svolgere in futuro (v. Cass. 2335/01). Va detto che, in difetto anche di specifiche ulteriori allegazioni e prospettazioni riscontrabili, la menomazione naturale pregressa di VS, pari al 20%, rende difficile ipotizzare che lo stesso avrebbe potuto svolgere un'attività reddituale analoga al padre (gli attori propongono un reddito di € 100.000,00 annuo). Deve quindi procedersi per via presuntiva normativa. Assunto, quindi, il dato di € 17.456,79 (triplo pensione sociale) quale reddito presuntivo, si moltiplica il suddetto importo per la percentuale corrispondente al grado di invalidità (75%). Il risultato ottenuto viene quindi moltiplicato per il coefficiente corrispondente all'età presumibile nella quale inizierà l'attività lavorativa (26 anni), desunto dalle tabelle di capitalizzazione delle rendite vitalizie di cui al R.D. 9.10.1922 n. 1403 (coeff.).

Il risultato ottenuto è pari ad € 242.959,23.

Il riferimento alle tabelle di capitalizzazione del 1922 viene utilizzato, nonostante da allora sia aumentata la vita media e sia diminuito il tasso di interesse legale, essendo possibile “attualizzare” il criterio con il correttivo di non praticare la diminuzione percentuale per lo scarto tra la vita fisica e la vita lavorativa (v. Cass. 1215/06; id. 4186/04).

12. Riguardo alla liquidazione del danno non patrimoniale a favore dei genitori, jure proprio, essi prospettano richieste eccedenti, che non trovano riscontro nei criteri ricavabili dalla disciplina suggerita nelle regole applicative delle tabelle milanese e obiettivamente si muovono in ambiti privi di riscontro nei precedenti giurisprudenziali di questo tribunale. E' indubbio che si sia determinato lo sconvolgimento della vita a causa dall'evento lesivo: la modifica peggiorativa della condizione di convivenza familiare , anche sotto il profilo morale, la situazione affittava che da ciò permanentemente deriva, impongono un adeguato riconoscimento che, per altro, non può attestarsi nei parametri invocati dai convenuti, richiamando recente giurisprudenza della Corte d'appello di Milano, (sez. IV, sent. 1/2/2013 n. 521).

Appare rispondente ai criteri equitativi applicabili , in relazione ai profili tutti di lesività non patrimoniale, riconoscere un risarcimento nella misura di € 125.000,00 per ciascun genitore, già dedotta la provvisionale ricevuta di € 75.000,00..

Anche per la sorella convivente va riconosciuto il danno derivato non patrimoniale. Infatti si tratta di stretto legame tra familiari conviventi, con un riflesso afflittivo immediato e permanente. Può liquidarsi tale nocumento nella misura di € 80.000,00.

Per quanto concerne le ulteriori richieste avanzate dai nonni non conviventi, in assenza anche di specifiche articolate deduzioni e allegazioni, non appare riconoscibile alcun risarcimento. Giova ricordare che perchè possa ritenersi risarcibile la lesione del rapporto parentale subita da soggetti estranei al ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero, o la nuora) è necessario che sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela, anche allargate, contraddistinte da reciproci legami affettivi, pratica della solidarietà e sostegno economico: solo in tal modo assume rilevanza giuridica il collegamento tra danneggiato primario e secondario, nonché la famiglia intesa come luogo in cui si esplica la personalità di ciascuno, ai sensi dell'art. 2 Cost.

(4253/2012). Principio di diritto che – in difetto, come detto, di particolari prospettazioni che consentano una valutazione nel concreto – determinano il rigetto della domanda.

13. Va, altresì, riconosciuto il danno derivante dal mancato tempestivo godimento dell'equivalente pecuniario che, in difetto di diversi elementi probatori, si ritiene di compensare adottando quale parametro quello degli interessi legali da calcolarsi, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n.1712/95), sulla somma via via rivalutata dalla produzione dell'evento di danno sino a oggi, tempo della liquidazione. Così, tenuto conto di questo criterio, - previa devalutazione alla data del fatto della somma espressa in moneta attuale - vanno aggiunti alla somma rivalutata annualmente gli interessi compensativi nella misura legale dall'evento fino alla data odierna. Da oggi, giorno della liquidazione, all'effettivo saldo decorrono gli interessi legali sulla somma sopra liquidata complessivamente.

14. Gli attori deducono, altresì, quale ulteriore voce di responsabilità risarcitoria la violazione dei principi del consenso informato.

Invero, circa l'aspetto contenutistico, quanto emerge dalla documentazione prodotta dà adeguatamente conto dell'adempimento di tali obblighi da parte della struttura sanitaria, con specifico riferimento alla grave situazione riscontrata e alle prospettive terapeutiche da individuarsi.

In atto di citazione è fatto riferimento alla circostanza che il consenso non sarebbe stato dato contestualmente da entrambi i genitori. Ma, invero, il dato è irrilevante, avendo ciascuno la potestà genitoriale, né essendo stato dedotto un qualche contrasto tra i due. Va detto che in comparsa conclusionale non è svolto alcun argomento particolare ad illustrazione della pretesa per violazione del consenso informato. In definitiva, ritiene il Tribunale che non sia riscontrabile il presupposto per questa ulteriore richiesta risarcitoria.

15. Insurance sarà tenuta alla manleva assicurativa a favore di .., per quanto eccedente il massimale prestato da .. Assicurazioni, che – ciò è riconosciuto da tutte le parti- copre il rischio risarcitorio verso terzi della Fondazione ... (la compagnia assicurativa, nelle more, ha già erogato l'importo di € 1.150.000,00).

Le considerazioni esposte rendono evidente la superfluità di ogni ulteriore attività istruttoria, articolata su prove costituenti o non pertinenti o irrilevanti ai fini del decidere, tenuto conto degli esiti della ctu e dei dati acquisiti attraverso la documentazione prodotta.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo, tenuto conto degli importi riconosciuti e del parziale rigetto delle domande proposte, nonché dell'unicità della difesa per più parti. Il procuratore degli attori si è dichiarato antistatario.

Le spese inerenti il rapporto processuale concernente la richiesta di manleva assicurativa possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, disattesa o assorbita ogni diversa domanda o eccezione: ritenuta la responsabilità medico-sanitaria dei convenuti Fondazione ...e ... condanna gli stessi in solido al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni a favore di VS, già dedotto l'importo di € 1.000.000,00 versato, dei seguenti ulteriori importi:

€ 240.000,00 per danno non patrimoniale;

€ 971.679,23 per danno patrimoniale.

Condanna, inoltre, i predetti convenuti, già dedotto l'importo versato di € 150.000,00, al pagamento a favore di V e R, per ciascuno, di € 125.000,00 e a favore di .. di € 80.000,00.

Condanna i convenuti al pagamento degli interessi compensativi nella misura legale sulla somma riconosciuta, via via rivalutata annualmente dal 6 aprile 2007 alla data della sentenza e gli interessi legali dalla sentenza al saldo.

Condanna altresì i predetti convenuti alla rifusione delle spese processuali liquidate a favore degli attori ..., .., .. e .. liquidate in € 32.400,00 oltre accessori e € 1.121,00 per rimborso contributo unificato.

Condanna altresì i convenuti alla rifusione delle spese di ctu, così come liquidate dal giudice.

Rigetta le domande proposte nei confronti di .. e ogni ulteriore domanda risarcitoria degli attori.

Condanna gli attori alla rifusione delle spese sostenute da .. liquidate in € 16.750,00.

Dispone la distrazione delle spese a favore del procuratore degli attori avv. .. che si dichiara antistatario.

Dichiara .. Insurance .. a tenere manlevata .., nei limiti indicati nella polizza, per ogni esborso dipendente dall'esecuzione della sentenza.

Dichiara compensate le spese inerenti il rapporto di manleva assicurativa.