

N. R.G. 383/2011



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di ROVERETO
CONTENZIOSO ORDINARIO CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Riccardo Dies
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **383/2011** promossa da:

ARMAND CUPA (C.F.), con il patrocinio dell'avv. CANESTRINI NICOLA, elettivamente domiciliato in PIAZZA PODESTÀ 10 38068 ROVERETO presso il difensore.

ATTORE

contro

CASA DI CURA EREMO DI ARCO (C.F. 00681710224), con il patrocinio dell'avv. TABARELLI DE FATIS ANDREA e dell'avv. ZAMPICCOLI CINZIA (ZMPCNZ60L70A372B), elettivamente domiciliato in Arco, via SAI, 14 38062 presso i difensori.

e

OSPEDALI RIUNITI DI BERGAMO (C.F. 00837210160), con il patrocinio dell'avv. SAIANI PAOLA e dell'avv. MUNAFÒ DIEGO (MNFDGI76A11F2050) PIAZZA GUASTALLA 3 20122 MILANO; , elettivamente domiciliato in VIA MATTEO DEL BEN, 3/B 38068 ROVERETO, presso il difensore avv. SAIANI PAOLA

CONVENUTI

CONCLUSIONI

Conclusioni delle parti.

Per l'attore: **"NEL MERITO In via principale** ACCERTARE e DICHIARARE la responsabilità dei convenuti nella causazione dell'evento dannoso sopra meglio specificato cagionato al sig. Armand Cupa e, per l'effetto, condannare gli stessi in solido tra loro al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria. **In subordine** ACCERTARE e

pagina 1 di 30



DICHIARARE la responsabilità dei convenuti nella causazione del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente alla perdita di chance cagionato al sig. Armand Cupa e, per l'effetto, condannare gli stessi in solido tra loro al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria. **In ogni caso**, con vittoria di spese, competenze ed onorari, oltre ad Iva, Cpa, rimborso forfetario e accessori di legge; con salvezza di ogni diverso ed ulteriore diritto; con sentenza munita di provvisoria esecutività come per legge”.

Per il convenuto Ospedali Riuniti di Bergamo: “Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, rigettata ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così giudicare:

NEL MERITO In via principale, rigettare la domanda svolta dall'attore nei confronti degli Ospedali Riuniti di Bergamo, poiché infondata in fatto ed in diritto. Con vittoria di spese, diritti ed onorari. In via subordinata, nella denegata ipotesi in cui venisse accertata qualsiasi responsabilità degli Ospedali Riuniti di Bergamo in relazione ai fatti per cui è causa, limitare il risarcimento dovuto all'attore ai soli importi che ne risultassero conseguenza all'esito dell'istruttoria. **IN VIA ISTRUTTORIA** Si chiede di essere ammessi a prova per testi, delegata al Tribunale di Bergamo, con la sig.ra Bruna Tacchini, c/o Ospedali Riuniti di Bergamo, L.go Barozzi n. 1, 24128, Bergamo, sui seguenti capitoli di prova:

1. vero che lei provvide alla sterilizzazione degli strumenti chirurgici utilizzati per l'intervento cui venne sottoposto il sig. Cupa Armand il 23.10.07.
2. vero che il controllo biologico relativo alla presenza di bacilli infettivi risultò negativo.

Per il convenuto Casa di cura Eremo di Arco: “*“contrariis reiectis*, rigettate le avverse domande tutte, Voglia l'Ill.mo Tribunale di Rovereto: - **in via preliminare**: accertare e dichiarare la nullità dell'atto di citazione per mancanza dei requisiti di cui all'art. 163 n. 3) c.p.c., ovvero per essere l'oggetto della domanda assolutamente indeterminato, con ogni consequenziale provvedimento; - **in via principale**: rigettare le domande tutte formulate dal signor Cupa Armand, siccome infondate sia in fatto che in diritto, sia in punto *an* che *quantum debeatur*, per le ragioni tutte dedotte nella presente comparsa di costituzione e risposta; - **in via subordinata**: nella denegata ipotesi in cui venisse accertata una qualche



responsabilità di Casa di Cura Eremo di Arco s.r.l. in relazione ai fatti per cui è causa, graduare l'importo risarcitorio dovuto dall'odierna convenuta in relazione all'effettivo grado di responsabilità accertato in corso di causa e limitarlo ai soli importi che ne risultassero diretta conseguenza all'esito dell'istruttoria. Spese di causa integralmente rifuse”.

OGGETTO: risarcimento danni da responsabilità medica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Premessa: individuazione dell'oggetto del processo.

Omesso lo svolgimento del processo, ai sensi del nuovo testo dell'art. 132, comma 2 nr. 4 c.p.c. introdotto dall'art. 45, comma 17 legge nr. 69 del 2009, è pur tuttavia opportuno precisare preliminarmente l'oggetto del processo, consistente in una richiesta di risarcimento di danni da responsabilità medica per l'infezione settica sviluppatasi durante l'intervento chirurgico “*di legamento-plastica con semitendinoso e gracile per lesione inveterata del legamento crociato posteriore*” eseguito presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo al ginocchio sinistro in data 23.10.2007, con dimissione in data 26.10.2007, senza alcuna prescrizione di terapia antibiotica di copertura. L'attore poi subiva un ricovero dal 29.10 al 15.11.2007 presso la casa cura Eremo di Arco (TN), per sottoporsi a cure riabilitative, ed un'ulteriore visita presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo in data 25.11.2007, nel corso della quale veniva eseguita un'artrocentesi. Anche in riferimento a queste ulteriori prestazioni sanitarie viene allegato un inadempimento contrattuale per ritardata diagnosi dell'infezione in atto. Il corretto sospetto diagnostico fu posto infatti solo durante la visita del 06.12.2007 presso l'Ospedale di Rovereto, con prescrizione finalmente di una terapia antibiotica, tanto che alla successiva visita del 17.12.2007 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo veniva eseguita un'artrocentesi e prescritto un esame culturale con esito negativo sul liquido articolare ma positivo sulla vite tibiale.

In ordine alla *causa petendi* l'attore invoca un inadempimento contrattuale dei convenuti e, pertanto, la conseguente ripartizione dell'onere secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale “...il 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" (cfr. Cass. Sez. un., 11.01.2008, nr. 577, rv. 600903).

Questo indirizzo costituisce diretta conseguenza, da un lato, del riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, non importa se pubblica o privata nella quale la prestazione è resa, per effetto del c.d. "*contatto sociale*" (a partire da Cass., 22.01.1999, nr. 589 rv 522538) e, dall'altro, dei principi invalsi in tema di onere della prova in caso di inadempimento dell'obbligazione, secondo i quali il creditore deve solo provare la sussistenza del contratto ed allegare l'inadempimento di controparte, spettando poi al debitore fornire la prova dell'esatto adempimento ovvero che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile a norma dell'art. 1218 c.c. (cfr. Sez. Un. civ. 30.10.2001, nr. 13533).

Sul piano del *petitum*, l'attore chiede il risarcimento di tutti i danni conseguenti all'infezione contratta durante l'intervento chirurgico del 23.10.2007 nonché alla ritardata diagnosi dell'infezione medesima.

Sul versante patrimoniale chiede il risarcimento del danno da diminuzione della capacità lavorativa specifica per non essere più in grado di svolgere le mansioni in precedenza svolta di autista di mezzi pesanti ma solo quelle, meno remunerative, di magazziniere presso il medesimo datore di lavoro ovvero da perdita di *chances* rispetto alle prospettive lavorative future.

Sul versante non patrimoniale chiede il risarcimento del danno biologico e morale, sottolineando che la contrazione dell'infezione e poi la sua ritardata diagnosi ha determinato conseguenze aggravanti, rispetto alla lesione di base al legamento crociato posteriore del ginocchio sinistro, sia rispetto all'invalidità permanente che all'inabilità temporanea. Allega inoltre un danno non patrimoniale da c.d. *cenestesi* lavorativa ossia di maggiore usura per poter svolgere l'attività lavorativa. In subordine, anche qualora non fosse ravvisato un qualsiasi presupposto della domanda principale, ha avanzato anche una domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* di guarigione.



Oppongono entrambi i convenuti l'assenza di un qualsiasi inadempimento da parte dei sanitari da loro dipendenti intervenuti nella cura dell'attore, evidenziandosi, in particolare dagli Ospedali Riuniti di Bergamo, come l'infezione settica si è sviluppata nonostante l'osservanza scrupolosa delle migliori precauzioni previste in materia (profilassi antibiotica) e dovendosi escludere che l'insorgenza della malattia, anche quella in realtà riconducibile ad eventi imprevedibili ed inevitabili, possa essere sempre ascritta alla struttura sanitaria, pena la trasformazione della relativa responsabilità in una responsabilità di natura oggettiva, tra l'altro in riferimento ad un risultato, ossia l'effettiva guarigione assai spesso purtroppo non perseguibile concretamente nonostante le migliori cure praticate. La casa di cura Eremo di Arco, per canto suo, ha anzitutto sollevato un'eccezione di nullità della domanda per genericità della *causa petendi* e del *petitum*, con particolare riferimento alla quantificazione del danno richiesto e alla sovrapposizione con le patologie di base, pacificamente riconducibili al gravissimo sinistro stradale subito dall'attore in data 06.03.2006 e, nel merito, ha opposto che durante tutto il limitato periodo di ricovero, peraltro finalizzato alla sola riabilitazione, non sono emersi segni clinici di evidenza del processo infettivo in atto, non essendo pertanto imputabile a colpa dei propri sanitari l'omessa diagnosi. Così precisato l'oggetto del processo e le posizione delle parti, ancora preliminarmente va ulteriormente ribadita la manifesta infondatezza delle eccezioni di nullità della domanda sulle quali la difesa della casa di cura Eremo di Arco ha insistito negli scritti conclusivi. In effetti non sussiste alcuna nullità della domanda per eccessiva genericità essendo chiaro che l'attore chiede il risarcimento del danno per l'aggravamento dei postumi invalidanti permanenti e dell'inabilità temporanea che gli allegati inadempimenti contrattuali dei convenuti avrebbero determinato. Anche sotto il profilo del *petitum* la domanda appare sufficientemente precisata, pur non essendo quantificata in un preciso ammontare, perché sono state enunciate le singole voci di danno patrimoniale e non patrimoniale di cui si chiede il risarcimento, previa liquidazione giudiziale, secondo gli usuali criteri. La pretesa sovrapposizione con le patologie di base riconducibili al grave sinistro del 06.03.2006 poi, in tutta



evidenza, nulla ha che fare con la nullità della domanda ma costituisce a tutti gli effetti già una difesa di merito.

2. Le risultanze della CTU e i dati clinici rilevanti per la decisione.

Venendo finalmente al merito, la domanda proposta dall'attore è solo parzialmente fondata e va, pertanto, accolta nei termini di seguito precisati.

Sul piano fattuale vi sono dati che possono essere assunti come pacifici e che, del resto, emergono chiaramente sia dalla CTU che dai documenti clinici versati i causa.

In particolare, è pacifico e certo che: l'attore ha subito in data 06.03.2006 un grave sinistro stradale che gli ha procurato trauma cranico con fratture alle ossa facciali, ferite al volto, fratture costali con pneumotorace a destra, frattura tibia sinistra, lesioni contusive al fegato e milza con emoperitoneo, per il quale era ricoverato in via d'urgenza presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo ove era sottoposto ad interventi chirurgici maxillo-facciale e per la frattura alla tibia, trattata con fissatori esterni; nell'ottobre 2006 subiva un ulteriore sinistro stradale all'esito del quale subiva un ricovero ed un intervento chirurgico, nel marzo 2007, sempre presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo per rottura del legamento crociato posteriore del ginocchio destro; la lesione al legamento al crociato posteriore del ginocchio sinistro è stato invece curata con l'intervento chirurgico oggetto di contestazione nell'ottobre 2007, con ricovero dal 23 al 26 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo e successivo ricovero presso la casa di cura Eremo di Arco dal 29.10 al 15.11.2007.

La CTU, affidata ad un cattedratico di chiara fama (il prof. Paolo Benciolini di Padova), immune da vizi logici e di motivazione ed in tutto congruente con i documenti clinici in atti e che, pertanto, merita di essere in questa sede interamente condivisa ha accertato che:

- le lesioni al ginocchio sinistro sono verosimilmente riconducibili al grave sinistro stradale del 06.03.2006, in cui l'arto inferiore sinistro ha subito un importante traumatismo contusivo-fratturativo con frattura tibiale trattata chirurgicamente.



- Viceversa la lesione al ginocchio destro subito durante l'ulteriore sinistro stradale dell'ottobre 2006 non è né concausa delle lesioni al ginocchio sinistro né delle successive menomazioni.
- L'artrite settica al ginocchio sinistro è stata causata da stafilococchi, isolati all'esame culturale della vite tibiale posizionata chirurgicamente agli Ospedali Riuniti di Bergamo il 23.10.2007 e successivamente rimossa artroscopicamente il 21.12.2007. La porta d'ingresso dell'infezione è costituita, assai verosimilmente, nell'intervento di artroscopia del 23.10.2007, come avvalorato dal congruo intervallo temporale tra l'inizio dell'infezione e la successiva evoluzione clinica. L'artrite settica può pertanto ritenersi di origine nosocomiale.
- La profilassi antibiotica somministrata nel corso dell'intervento chirurgico, come riportata nella scheda anestesiologicala d'intervento e dal foglio unico di terapia, è in tutto conforme alle Linee guida nazionali dell'Istituto Superiore di Sanità sulla profilassi antibiotica in chirurgia dell'adulto e, in assenza di evidenze del caso singolo che consigliassero interventi aggiuntivi, si deve ritenere del tutto adeguata al caso. Dopo l'intervento sono registrate 3 ulteriori somministrazioni nelle 24 ore, pur in assenza di evidenze che giustificassero la prosecuzione della terapia antibiotica. L'immediato decorso post-operatorio non registra anomalie di sorta.

Alla luce dei rilievi che precedono il CTU esclude qualsiasi inadempimento da parte dei sanitari degli Ospedali Riuniti di Bergamo sino a questo momento, perché l'infezione contratta durante l'intervento chirurgico si è sviluppata nonostante la scrupolosa osservanza di tutti gli obblighi di diligenza, prudenza e perizia imposti dall'arte medica.

Ravvisa invece il CTU specifici rimproveri colposi in ordine alla ritardata diagnosi dell'infezione contratta, sia in riferimento al ricovero dal 29.10 al 15.11.2007 presso la casa di cura Eremo di Arco, sia in riferimento alla visita del 26.11.2007 presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, *“per la presenza di elementi clinici che, se correttamente e globalmente considerati, avrebbero dovuto porre il sospetto diagnostico di un processo infettivo articolare in atto a carico del ginocchio sinistro”* (cfr. CTU, pg. 15).



In particolare, in riferimento al ricovero ad Arco, gli elementi clinici in questione sono:

- Il versamento endoestraarticolare di natura siero-ematica protrattasi durante tutto il ricovero.
- Gli esiti degli esami bioumorali eseguiti il 30.10.2007, con valori di fibrinogeno pari a 556 mg/dl e di PRC (proteina C reattiva) di 9,6 mg/dl. In particolare il valore di PRC permaneva elevato anche alle dimissioni (con valore di 5,6), oltre il *range* di riferimento ed è un indice di flogosi acuta che *“se da un lato può essere attendibilmente mossa nel post-operatorio, qualora sia concomitante alla presenza di un versamento articolare di tipo siero ematico avrebbe dovuto far porre il sospetto di un importante processo, se non infettivo, quantomeno flogistico”*.
- La temperatura di 37,1 registrata nel diario infermieristico del 04.11.
- Il dolore al ginocchio, con necessaria somministrazione di Contramal il 29.10, il 30.10, il 02.11 ed il 14.11.2007. Anche questo dato *“seppur reperto comune dopo interventi cruenti come l’artroscopia al ginocchio, qualora protrattosi fino a 20 giorni dopo l’intervento con necessità di terapia antidolorifica consistente, avrebbe dovuto suggerire, integrato ovviamente con gli altri dati disponibili, che l’evoluzione clinica era anomala*.

Questo complessivo quadro clinico *“avrebbe dovuto meritare una maggiore attenzione diagnostica soprattutto negli ultimi giorni del ricovero (...)”* e *“il provvedimento più opportuno sarebbe stata una artrocentesi, con esame culturale e microbiologico del liquido sinoviale aspirato, sia a scopo diagnostico che terapeutico (...) seguita da accertamenti strumentali, in particolare la RMN che risulta essere molto specifica e molto sensibile nell’individuazione dei processi infettivi articolari”* (cfr. CTU, pg. 16).

Anche con riferimento alla visita del 26.11.2007 svolta presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo, nel corso della quale si è segnalato un versamento articolare e non si è eseguita una semplice artrocentesi ma uno svuotamento di un versamento cospicuo (50 cl.) di incerta natura, non essendo specificato nella documentazione clinica se ematico o purulento, si è ritenuto imputabile a colpa del sanitario l’omesso inizio di una terapia antibiotica, l’omessa RMN al ginocchio per valutare strumentalmente la situazione



ed eventualmente procedere al drenaggio ed alla pulizia chirurgica dell'articolazione. Anche in tal caso si è pertanto *“verificato un errore di valutazione diagnostica, sottovalutando l'entità e la natura del versamento che chiaramente dovevano orientare verso il sospetto di un processo infettivo, e conseguentemente un mancato indirizzo terapeutico per la cura dell'artrite in atto”* (cfr. CTU, pg. 17). Poiché il corretto sospetto diagnostico d'infezione è stato posto solo alla visita del 06.12.2007 presso l'Ospedale il Rovereto, il CTU ha stimato il ritardo diagnostico, imputabile a colpa dei sanitari intervenuti in circa 1 mese, considerando che perlomeno ai primi di novembre, presso la casa di cura Eremo di Arco, vi erano già sufficienti elementi clinici per porlo. Prosegue quindi il CTU osservando come *“in caso di artrite settica è fondamentale la tempestività della diagnosi in quanto il trattamento deve essere impostato il più velocemente possibile in ambiente ospedaliero, essendo necessario somministrare terapia antibiotica ed eventualmente procedere a drenaggio chirurgico dell'articolazione”*. Ciò considerato *“... sarebbe stato certamente più importante porre il sospetto diagnostico all'insorgenza dei primi sintomi, e quindi durante il ricovero alla casa di cura Eremo, mentre all'epoca del controllo ortopedico del 26.11.2007, essendo il processo infettivo già in atto da qualche settimana, l'evoluzione successiva avrebbe potuto beneficiare solo parzialmente di una diagnosi tempestiva”*. Per questo motivo, benché non rientrante nell'oggetto del quesito (non essendo stata proposta da alcuno dei convenuti domanda di regresso) il CTU ha proposto di ascrivere un ruolo causale prevalente a carico della casa di cura Eremo di Arco, indicativamente pari a 2/3 del danno globale.

Quanto alla valutazione del danno conseguente alla ritardata diagnosi e terapia, il CTU ha premesso che la visita dell'attore ha evidenziato una deambulazione nella norma su punte e talloni e un accosciamento incompleto per reazione antalgica con prevalente carico a destra, con esiti invalidanti, costituiti da lieve deficit della flessione, lieve lassità in varo ed in antero-posteriore, complessivamente pari all'8%, che però non può essere tutto ritenuto di origine iatrogena, perché la lesione originaria avrebbe comunque comportato esiti invalidanti stimabili in circa 3-4%, pur in assenza di complicanze



settiche ovvero di tempestiva diagnosi e cura dell'artrite settica. Il ritardo della diagnosi dell'artrite settica ha quindi comportato un danno del 4-5%, quale danno differenziale tra il 3-4% e l'attuale globale dell'8%, come correttamente precisato dal CTP di parte attorea.

Se bene si è inteso la precisazione del CTP, fatta propria dal CTU, ciò sta a significare che il danno da invalidità permanente oggetto di risarcimento non può essere stimato come se si trattasse di un danno del 4-5% ma occorre fare la differenza tra il danno globale oggi esistente pari all'8% ed il danno che sarebbe esitato pur in presenza di una corretta cura, pari al 3-4%. Le due situazione non sono omologhe perché, come è noto, qualunque sia il criterio di liquidazione del danno, il valore del punto di invalidità permanente aumenta con l'aumentare dell'invalidità globale e, pertanto, i 4-5 punti di invalidità permanente “differenziale” rispetto ad un danno globale dell'8% sono “più pesanti” rispetto ad un danno “semplice” del 4-5%.

Riguardo all'inabilità temporanea, considerando il successivo evolversi della malattia, il CTU ha ritenuto che la ritardata diagnosi dell'infezione ha comportato una maggiore inabilità di 83 giorni di totale, di 40 giorni di parziale al 75%, di 253 giorni di parziale al 50% e di 340 giorni di parziale al 25%. Ha infine escluso qualsiasi incidenza sulla capacità lavorativa specifica di autista di mezzi pesanti.

3. L'inquadramento della responsabilità alla luce della riforma c.d. Balduzzi.

Prima di passare alle conclusioni occorre a questo punto affrontare il nodo spinoso dell'interpretazione dell'art. 3, commi 1 decreto legge nr. 158/2012 c.d. Balduzzi, convertito con modificazioni in legge 08.11.2012, nr. 189, onde verificare se la riforma non abbia significativamente modificato il quadro concettuale di riferimento della responsabilità professionale del medico e, conseguentemente, l'individuazione delle norme applicabili.

Com'è noto la norma, che non brilla per precisione tecnica e che ha dato luogo a contrastanti interpretazioni, sia in dottrina che nelle prime applicazioni giurisprudenziali, testualmente prevede che *“l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle 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'art. 2043 c.c. del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo."

Come ha avuto modo di sottolineare la più approfondita lettura giurisprudenziale, compiuta dalla Cassazione penale (cfr. Cass. pen., 29.01.2013, nr. 16237, rv. 255105), si tratta di una norma di notevole importanza con due tratti di nuova emersione, in funzione delimitativa della responsabilità penale: da un lato la distinzione tra colpa lieve e colpa grave e, dall'altro, la valorizzazione delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. In particolare la norma prevede che il medico che si sia attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde più a titolo di omicidio o lesioni colpose (cfr. artt. 589 e 590 c.p.) per colpa lieve, ma solo per colpa grave.

Dopo aver precisato come le linee guida costituiscano *"sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare (...) le scelte terapeutiche"* che, tuttavia, per la loro natura di strumento di indirizzo ed orientamento dal contenuto essenzialmente elastico che necessita sempre un adeguamento al caso clinico specifico, non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica (per violazione di discipline, a norma dell'art. 43, comma 3 c.p.), la Cassazione precisa la necessità di una loro attenta selezione in funzione della loro natura, struttura e scopo, perché solo le linee guida accreditate dalla comunità scientifica e con prevalente scopo di individuare la migliore cura possibile per il paziente, potranno assumere rilievo, con esclusione invece delle linee guida improntate *"all'esclusivo soddisfacimento di esigenze di economia gestionale"*, come già la giurisprudenza penale precedente alla riforma aveva avuto modo di precisare (cfr., per tutte, Cass. pen. 23.11.2010, nr. 8254, rv. 249750 in Cass. pen., 2012, 2, 542 e Cass. pen., 11.07.2012, nr. 35922, rv. 254618, ivi, 2013, 5, 1887).



Il fatto poi che le linee guida, a differenza dei protocolli e delle *cheek list*, non indichino una tassativa modalità di comportamento, una analitica, automatica successione di adempimenti, limitandosi a proporre direttive generali riferibili al caso astratto, istruzioni di massima, orientamenti, che vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole a ciascun caso clinico, rende ipotizzabile una colpa, persino grave, pur in caso di loro osservanza, che si verificherà appunto quando il caso clinico concreto consigliasse, per le sue peculiarità (ad es. patologie concorrenti, decorso clinico atipico, ecc ...), di discostarsene.

Infine, dopo aver ripercorso la problematicità della distinzione tra colpa grave e colpa lieve, che assume ora rilievo non solo sulla determinazione della pena (crf. art. 133, comma 1 nr. 3 c.p.) ma sull'esistenza stessa della responsabilità penale del medico, con necessità di tracciare una linea di confine quanto più possibile netta e definitiva, la Corte di Cassazione risolve la questione di diritto temporale sottoposta al suo vaglio, giungendo a riconoscere una parziale *abolitio criminis*, attuata attraverso due passaggi: *“l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte aderenti ad accreditate linee guida; e l'attribuzione di rilevanza penale, in tale ambito, alle sole condotte connotate da colpa grave ... Insomma, nell'indicata sfera fattuale, la regola d'imputazione è ora quella della (sola) colpa grave, mentre la colpa lieve è penalmente irrilevante”*. Come ha avuto modo di sottolineare autorevole dottrina, ciò si è verificato attraverso la successione di una norma integratrice della legge penale, a contenuto definitorio, perché la nuova disposizione concorre a definire, nell'ambito considerato, il concetto di colpa penalmente rilevante, unitamente all'art. 43 c.p. Sul piano penalistico, pertanto, la riforma avrebbe comportato una ridefinizione, in senso delimitativo, del fatto tipico punito.

Così ripercorsi i più accreditati approdi dell'interpretazione della norma sul piano penalistico, è evidente che ciò che più interessa in questa sede è piuttosto il riferimento all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. e la necessità di tenere conto nella liquidazione del danno dell'osservanza da parte del medico delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, evidentemente in senso delimitativo.



In proposito, quanto al primo aspetto, le prime interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno posto una stringente alternativa.

Secondo alcuni si tratterebbe di una scelta consapevole del legislatore intesa a qualificare in senso extracontrattuale la responsabilità del medico che imporrebbe pertanto l'abbandono della consolidata giurisprudenza che, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, la qualifica sempre come contrattuale eventualmente in forza del "*contatto sociale*" (in questo senso cfr. Trib. Varese 26.11.2012 e Trib. Torino 26.02.2013, entrambe in *Danno e Resp.*, 2013, 373 ss., le quali peraltro desumono diverse conseguenze, perché per la prima la riforma suggerisce "*l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999*" che, come è noto, discriminava i casi in cui sia ravvisabile un contratto in senso tecnico, mentre per la seconda l'art. 2043 c.c. sarebbe ora applicabile sempre e non solo nei confronti del medico ma anche della struttura ospedaliera).

Secondo altri, invece, si tratterebbe di una svista del legislatore, un errore involontario nella formulazione della norma, inidoneo in quanto tale a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico, con una soluzione che tende giustamente a prevalere (cfr. Cass., 19.02.2013, nr. 4030 e Trib. Arezzo 14.02.2013 entrambe in *Danno e Resp.*, 2013, 367 ss.).

In effetti, come autorevolmente è stato evidenziato, il legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni e, in particolare, sull'art. 1173 c.c. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche "*ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*" e non è minimamente discutibile, da un lato, che anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. e, dall'altro, che, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (legge nr. 833 del 1978) sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico. Sotto questo profilo la giurisprudenza del c.d. "*contatto sociale*" si giustifica perfettamente



senza la necessità di avvallare finzioni in ordine alla conclusione di un contratto, in realtà inesistente, perché l'obbligazione di cura ha comunque fonte legale.

Sotto altro profilo non può sfuggire che il richiamo all'art. 2043 c.c. è preceduto dall'espressione "*in tali casi*" ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate. Si tratterebbe, pertanto, a tutto voler concedere, di un riferimento che potrebbe valere non sempre ma solo nei casi in cui si ponga una questione di osservanza di linee guida accreditate ed il medico vi sia in concreto attenuto in base ad una scelta qualificabile in termini di colpa lieve, non invece in tutti gli altri casi che certamente devono ritenersi la stragrande maggioranza, perché normalmente la colpa si fonda proprio sull'inosservanza delle linee guida accreditate ovvero sia ravvisabile una colpa grave ovvero ancora non si ponga proprio un problema di osservanza di linee guida. La portata necessariamente circoscritta ai soli casi di accertata esclusione della responsabilità penale per un reato commesso con colpa lieve preclude a priori l'effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito aquiliano. Oltre a ciò si deve rimarcare l'impraticabilità di un sistema che riconosca marcate differenze di tutela dei pazienti come conseguenza di sottili distinzioni fattuali.

Evidenziate le gravi disfunzioni che la contraria interpretazione pone, non si può, tuttavia, fare a meno di notare la debolezza dell'argomento di fondo della tesi alla quale qui si intende aderire per spiegare il richiamo all'art. 2043 c.c. – la svista del legislatore – che, se da un lato, in tempi di tumultuosa legislazione speciale, costituisce sempre più spesso l'unica spiegazione possibile di norme poco ponderate e dalla discutibile formulazione tecnica, dall'altro, sul piano della corretta interpretazione normativa, presuppone sempre un attento esame che escluda plausibili ragioni alternative, che è quello che si tenterà di fare di qui a poco, non prima di aver sottolineato l'importanza della diversa qualificazione della responsabilità del medico in senso contrattuale ovvero extracontrattuale, non tanto e non solo sul piano teorico ma anche e soprattutto sul piano pratico e operativo. Basti considerare la diversa disciplina della prescrizione, il diverso riparto dell'onere probatorio, con sicuro riferimento



all'elemento centrale della colpa ma con significative incursioni anche all'elemento, non meno centrale, del nesso di causalità nonché la differenza dei presupposti e dell'estensione stessa della responsabilità, essendo chiaro che l'applicazione del generale principio del *neminem leadere* presuppone sempre un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente che possa configurarsi quale lesione del suo diritto alla salute, mentre la responsabilità contrattuale può sorgere anche nei casi in cui l'intervento colposo del medico non ha procurato il risultato migliorativo che una corretta terapia avrebbe ragionevolmente determinato, lasciando inalterate le condizioni del paziente.

Ciò posto, va anzitutto osservato come l'interpretazione incline a ravvisare un'applicazione generalizzata dell'art. 2043 c.c. alla responsabilità medica sembra costituire emersione di un forte disagio nella giurisprudenza di merito per l'eccessiva estensione di questo tipo di responsabilità che il modello "contrattualistico" garantirebbe, con specifico riferimento alla ritenuta generalizzata inversione dell'onere probatorio in punto di nesso di causalità (cfr. oltre alla pronunzia delle Sez. Un. nr. 577 del 2008 sopra citata, anche Cass., 29.09.2009, nr. 20806, rv. 610445; Cass., 21.07.2011, nr. 15993, rv. 619504 e, da ultimo, Cass., 26.02.2013, nr. 4792, rv. 625765), che finirebbe col configurare irragionevolmente una responsabilità di tipo essenzialmente oggettivo e relativa ad un risultato, quale l'effettiva guarigione, assai spesso non raggiungibile nonostante le migliori cure a disposizione. Al riguardo preme osservare, da un lato, come molte affermazioni giurisprudenziali sull'inversione dell'onere probatorio riguardo al nesso di causalità siano in realtà riconducibili a peculiarità del caso concreto, con specifico riferimento all'allegazione d'inadempimenti contrattuali particolarmente pregnanti rispetto all'evento dannoso che, in quanto tali, legittimano un accertamento in forza di presunzioni semplici ovvero all'omessa o irregolare tenuta della cartella clinica e, dall'altro, come non manchino pronunzie di legittimità che fanno ancora oggi gravare sul danneggiato il relativo onere probatorio relativo (cfr. Cass., 16.01.2009, nr. 975, rv. 606129; Cass., 11.05.2009, nr. 10743, rv. 608087; Cass., 13.07.2010, nr. 16394 rv. 614280; Cass., 09.10.2012, nr. 17143, rv. 623987; massimata in questo senso anche Cass., 09.06.2011, nr. 12686, rv. 618137 che però sembra aver in realtà accolto



l'opposta interpretazione, a dimostrazione dell'incertezza che regna su questo punto). Considerando la naturale elasticità che nel processo civile assume la ripartizione dell'onere probatorio in relazione alle singole circostanze processuali del caso concreto, non mancano in realtà strumenti volti a ottenere un ragionevole contemperamento degli opposti interessi, pur nell'ambito del modello contrattualistico (per un argomentato tentativo in tal senso, anche allargando le maglie della prova liberatoria cfr. Trib. Rovereto, 08.02.2011 Garau c. APSS di Trento in *De Jure*) e, pertanto, simili preoccupazioni, pur per certi versi condivisibili, non dovrebbero incidere sull'interpretazione della nuova norma.

Per risolvere la questione interpretativa conviene allora partire dal rilievo che la norma in vigore è significativamente diversa da quella approvata in sede di decretazione d'urgenza perché l'originario art. 3, comma 1 testualmente recitava: *"Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate della comunità scientifica nazionale e internazionale"*. Evidente anzitutto la differenza di oggetto, perché la norma originaria disciplinava la sola responsabilità civile, confermandone espressamente la natura contrattuale, mentre quella attuale disciplina principalmente la responsabilità penale. Scarne sono le indicazioni provenienti dai lavori preparatori sulle ragioni di un così profondo cambiamento che, tuttavia, sembrano da doversi ricercare nei rilievi mossi dal relatore in sede di Commissione Giustizia della Camera all'originaria formulazione, volti ad evidenziare l'incoerenza di un sistema che ammetta che per uno stesso fatto un soggetto possa rispondere penalmente ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso. Ecco allora che si è deciso di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, riportando in coerenza il sistema con previsione di un illecito civile avente un'estensione maggiore e non minore di quello penale. In questa prospettiva il richiamo all'art. 2043 c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più



semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti.

Già in questo modo la norma sembra trovare una più ragionevole giustificazione, ma si può azzardare, sviluppando le indicazioni che precedono, un'interpretazione ancora più "rivoluzionaria" che attribuisca un senso sul piano strettamente tecnico, oltre che sul piano sistematico e teorico, al richiamo all'art. 2043 c.c. In particolare l'espressione d'esordio della norma "*in tali casi*" potrebbe essere intesa non solo sul piano sostanziale, riferita cioè ai casi in cui il medico non risponda penalmente per colpa lieve per essersi attenuto ad accreditate linee guida ma, in modo ben più pregnante, anche sul piano processuale, ossia riferita ai casi in cui l'azione civile sia stata in concreto esercitata in sede penale, l'imputato sia stato prosciolto dall'accusa, in applicazione della nuova norma, ammettendo il risarcimento del danno senza obbligare la parte civile ad instaurare un nuovo autonomo giudizio civile. Insomma, in base a questa lettura, la norma prevede una deroga di particolare rilievo ed operante già in primo grado, all'accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale, come è noto desumibile dall'art. 538, comma 1 c.p.p. che legittima il giudice penale a decidere sulla domanda di risarcimento sul presupposto della condanna penale, ulteriore a quelle già previste dagli artt. 576 e 578 c.p.p. per i casi rispettivamente dell'impugnazione della parte civile ai soli fini della responsabilità civile e di declaratoria di estinzione del reato per amnistia e prescrizione in grado di appello dopo una condanna in primo grado (per la prima Cass. pen. Sez. un., 19.07.2006, nr. 25083 rv. 233918 l'ha definitivamente sganciata dal presupposto della pronunzia di una condanna in primo grado). In effetti questa interpretazione riposa sulla semplice presa d'atto che esiste un caso in cui la responsabilità civile del medico è tecnicamente azionata obbligatoriamente a norma dell'art. 2043 c.c., costituita proprio dalla domanda di risarcimento danni proposta nel processo penale attraverso la costituzione di parte civile che, essendo una domanda di risarcimento danni conseguenti ad un reato, non può giovare dei più favorevoli presupposti della responsabilità contrattuale.



Per corroborare una soluzione che certo può apparire avventata vale la pena di osservare come il proscioglimento dell'imputato in applicazione della nuova norma riposa necessariamente sul positivo accertamento di una colpa lieve del medico, oltre che di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità e, in particolare, del nesso di causalità e, pertanto, il giudice penale ha modo di procedere alla condanna del risarcimento del danno in favore della parte civile ed in forza dell'art. 3, comma 1 seconda parte cit., senza necessità di procedere ad alcun approfondimento istruttorio ulteriore, almeno in punto *an debeatur*. Sul piano più generale va poi ricordato come il presupposto della condanna penale previsto dall'art. 538, comma 1 c.p.p. sia stato da più parti criticato perché difficilmente armonizzabile col principio di piena autonomia tra giudizio civile e giudizio penale accolto nel vigente codice di procedura penale (sul quale cfr. da ultimo Cass. pen. Sez. un. 26.01.2011, nr. 768, rv. 616366), tanto da consigliarne l'abbandono almeno tutte le volte in cui la sentenza di proscioglimento implichi necessariamente l'accertamento di tutti i fatti costitutivi della responsabilità civile, esattamente come si verifica nel caso in esame. Imporre in tali casi un distinto giudizio civile, dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, comporta inevitabilmente un inutile dispendio di attività processuale.

L'indicata interpretazione può determinare significative ricadute anche sul versante penalistico, oltre ad agevolare l'individuazione del senso e della giustificazione dell'ultima parte dell'art. 3, comma 1 cit., relativo alla liquidazione del danno.

Sotto il primo profilo e pur dovendosi ammettere la plausibilità e l'autorevolezza dell'interpretazione sopra riportata tendente a riconoscere una modifica, in senso delimitativo, della tipicità del fatto punito dagli artt. 589 e 590 c.p. (omicidio e lesioni colpose), non si può fare a meno di notare l'anomalia di un simile effetto ad opera di una norma speciale che non solo non incide direttamente né sul precetto delle norme incriminatrici né sulle norme di parte generale pertinenti (in particolare l'art. 43 c.p.), ma che omette persino di descrivere in positivo gli elementi costitutivi della responsabilità. In effetti la norma non dice che in tali casi il medico risponde per colpa grave ma che non risponde per colpa lieve. Un



simile tenore letterale sembra piuttosto meglio riferibile ad una causa di non punibilità in senso stretto, che consentirebbe di far ritenere sussistente un vero e proprio reato, in tutti i suoi presupposti, che tuttavia non risulta punibile per mere ragioni di opportunità politica riconducibili alla necessità di limitare la c.d. medicina difensiva e a garantire al medico la necessaria tranquillità nell'eseguire le proprie delicate e spesso difficili scelte, sgravandolo dalla preoccupazione di una possibile responsabilità penale, almeno tutte le volte in cui si attenga alle accreditate linea guida, salvo la colpa grave.

Così interpretata la norma, il riferimento all'art. 2043 c.c., lungi dal costituire una svista del legislatore, è pienamente condivisibile perché riferibile ad una tipica responsabilità civile da reato, benché non punibile sul piano penale. Infatti, il giudice penale che proscioglie l'imputato applicando la nuova causa di non punibilità, sulla base dell'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 589 (o 590) c.p., può accogliere la domanda di risarcimento del danno proposta dalla parte civile solo a norma dell'art. 2043 c.c., non certo a titolo di responsabilità contrattuale.

Infine, l'indicata interpretazione consente di attribuire un senso compiuto e coerente anche all'ultimo inciso della norma sulla determinazione del risarcimento del danno, che altrimenti resterebbe privo di qualsiasi plausibile giustificazione ed in insanabile contrasto con la prevalente funzione riparatoria comunemente riconosciuta alla responsabilità civile da atto illecito. Infatti, la necessità di tenere debitamente conto a questi fini del fatto che il medico in colpa si sia attenuto ad accreditate linee guida, se ricondotta nell'ambito di una ben circoscritta fattispecie di responsabilità civile da reato, può essere agevolmente spiegata come un'apertura da parte del legislatore alla possibile funzione sanzionatoria che, come è noto, trova proprio in quest'ambito la sua applicazione privilegiata, con superamento dell'ingiustificata totale chiusura talvolta espressa nella giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass. 19.01.2007, nr. 1183, rv. 596200 e Cass., 08.02.2012, nr. 1781, rv. 621332). In effetti se la gravità del reato è anche desumibile *“dalla intensità del dolo o dal grado della colpa”* (cfr. art. 133, comma 1 nr. 3 c.p.) è del tutto ragionevole immaginare che questo stesso elemento possa svolgere un suo ruolo



anche sulla misura del risarcimento, almeno nei casi in cui abbia ad oggetto un danno non patrimoniale (cfr. art. 185, comma 2 c.p.), privo come tale di sicuri criteri di determinazione di tipo patrimoniale. Né questo tipo di impostazione, a ben vedere, appare inconciliabile con la prevalente funzione riparatoria tradizionalmente assegnata alla responsabilità civile, considerando che anche il sentimento di avvilitamento, la sofferenza ed il patema d'animo della persona offesa ben possono essere condizionati, anche in misura rilevante, dalla pregnanza dell'elemento psicologico dell'autore del reato e persino dai moventi dell'azione.

Resta infine da sottolineare come la funzione sanzionatoria sia qui utilizzata in senso delimitativo dell'obbligo risarcitorio e non, come tradizionalmente avviene, in senso estensivo, sulla base di una concorrente evidente *ratio* di contenimento dei costi dei servizi sanitari. Infatti, il risarcimento del danno viene contenuto in considerazione della ritenuta ed accertata lievit  della colpa del medico che si sia attenuto ad accreditate linee guida, mentre la limitazione non si applica non solo alle ipotesi di colpa per violazione delle linee guida ma neppure quando la colpa per osservanza sia valutata come grave. A questa conclusione sembra potersi pervenire attraverso lo stretto collegamento col periodo precedente testualmente riferito ai casi di colpa per violazione ritenuti di lieve entit  e, come tali escludenti la responsabilit  penale. A ben vedere la norma finisce cos  col costituire un ulteriore disincentivo, oltre ai numerosi gi  previsti, alla costituzione di parte civile nel processo penale per responsabilit  medica, perch  il danneggiato in quella sede non solo non pu  giovare degli indiscutibili vantaggi offerti dalla responsabilit  contrattuale, soprattutto in riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, ma si espone anche al rischio di ottenere un risarcimento diminuito pur in presenza di un positivo accertamento della colpa del medico e di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilit .

4. Il giudizio sulla responsabilit .

Precisato come la riforma fa salva tutta la precedente elaborazione giurisprudenziale sulla natura contrattuale ovvero da inadempimento che occorre riconoscere alla responsabilit  del medico, con conseguente piena applicazione al caso di specie dell'art. 1218 c.c. e passando al giudizio sulle



responsabilità, occorre sottolineare come l'attore abbia assolto all'onere di allegazione di un inadempimento qualificato rispetto al danno lamentato. Precisamente ha allegato un duplice profilo di inadempimento, imputabile il primo ai soli Ospedali Riuniti di Bergamo ed il secondo ad entrambi i convenuti. Da un lato ha infatti allegato un inadempimento relativo alle concrete modalità di esecuzione dell'intervento chirurgico eseguito a Bergamo in data 23.10.2007 che avrebbero reso possibile l'infezione che ha poi procurato l'artrite settica e, dall'altro, l'omessa e ritardata diagnosi dell'infezione ormai sviluppatasi.

Come già si è anticipato analizzando la CTU il primo profilo deve ritenersi infondato, mentre fondato è il secondo.

Infatti, il CTU, quanto al primo profilo, pur accertando l'origine nosocomiale dell'infezione in questione, individuando come verosimile porta d'ingresso proprio l'intervento chirurgico del 23.10.2007, ha pur tuttavia escluso qualsiasi inadempimento da parte degli Ospedali Riuniti di Bergamo in merito, precisando che la profilassi antibiotica somministrata nel corso dell'intervento chirurgico risulta in tutto conforme alle Linee guida nazionali dell'Istituto Superiore di Sanità sulla profilassi antibiotica in chirurgia dell'adulto. A ciò si aggiunga che il convenuto ha dimostrato a mezzo di documenti di aver predisposto un adeguato protocollo operativo in ordine alla sterilizzazione a vapore dei dispositivi medici utilizzati per la cura e l'assistenza del malato (cfr. doc. 2) e di aver in concreto proceduto ad adeguata sterilizzazione dello strumento chirurgico utilizzato per l'intervento in questione (cfr. doc. 5).

L'assenza di evidenze cliniche che imponessero o consigliassero nel caso concreto misure aggiuntive di prevenzione, rispetto a quelle imposte in via astratta dalla linee guida che sono state scrupolosamente osservate, rende evidente come non sia possibile predicare nella specie un inadempimento a carico del convenuto in ordine alla complicanza sviluppatosi, che deve pertanto più correttamente ritenersi imputabile al fortuito. E' noto, infatti, che non tutte le complicanze sono scongiurabili mediante le opportune misure di prevenzione e quando esse si manifestano nonostante sia accertato che i sanitari



hanno posto in essere tutto quanto è dalla scienza medica messo loro a disposizione per scongiurarle, come accaduto nel caso di specie, deve senz'altro escludersi l'inadempimento all'obbligazione di cura nei confronti del paziente. Imputare alla struttura sanitaria anche le complicità inevitabili ed imprevedibili, nonostante l'apprestamento delle misure di prevenzione disponibili, significherebbe trasformare irragionevolmente l'obbligazione di cura in un vero e proprio contratto di assicurazione contro gli infortuni.

Neppure in riferimento ai giorni immediatamente successivi all'intervento è possibile muovere rimproveri di sorta al convenuto, tenuto conto che il CTU non ha ravvisato anomalie nell'immediato decorso post-operatorio e che risultano ben 3 somministrazioni di antibiotico nelle 24 ore, pur in assenza di evidenze cliniche che le imponessero.

La domanda per questa parte deve pertanto essere respinta atteso che il convenuto, a mezzo della documentazione clinica e della CTU, ha adeguatamente dimostrato come l'inadempimento allegato dall'attore in realtà è inesistente.

Quanto al secondo profilo di inadempimento allegato, invece, come pure già si è visto, il CTU ha ravvisato uno specifico ritardo colposo nella diagnosi dell'infezione in atto, alla luce delle evidenze cliniche, sopra dettagliatamente riportate, che se adeguatamente apprezzate nel loro complesso avrebbero dovuto portare ad avanzare perlomeno il sospetto diagnostico sin dai primi di novembre 2007. Né la circostanza che le evidenze cliniche non erano in grado di formulare senz'altro una diagnosi di infezione in atto assume alcun rilievo esimente da responsabilità dei convenuti, perché il CTU ha giustamente precisato che se fosse stato posto il sospetto diagnostico si sarebbero dovuti eseguire i necessari approfondimenti diagnostici e terapeutici (artrocentesi con esame culturale e microbiologico del liquido aspirato ed accertamenti strumentali, in particolare la RMN) che avrebbero senz'altro consentito di superare lo stato di dubbio e di impostare la corretta terapia, come in effetti poi avvenuto a partire dal 06.12.2007.



Il rimprovero, come pure già si è visto, è imputabile anzitutto alla Casa di Cura Eremo di Arco, dove l'attore è rimasto ricoverato dal 29.10 al 15.11.2007 e poi anche agli Ospedali Riuniti di Bergamo in riferimento alla visita del 26.11.2007 nel corso della quale veniva eseguita un'artrocentesi con uno svuotamento di un cospicuo versamento (50 cl.), ancora senza minimamente porre il sospetto diagnostico di infezione, posto alla fine solo il 06.12.2007 presso l'Ospedale di Rovereto, con prescrizione di immediata copertura antibiotica e definitivamente confermato a mezzo degli esami culturali eseguiti a Bergamo il 17.12.2007.

Pertanto, per questa parte, non solo i convenuti hanno fallito la prova dell'insussistenza dell'inadempimento da parte loro ma dai documenti clinici in atti e dalla CTU è emersa in positivo la prova dell'inadempimento, certamente a loro imputabile a titolo di colpa, con conseguente accoglimento della domanda di risarcimento.

Il ritardo nella diagnosi ha determinato, secondo le condivisibili valutazioni del CTU, che sono rimaste significativamente prive di rilievi critici da parte dei CTP, sia un grave ritardo nella guarigione sia maggiori esiti invalidanti permanenti residuati, come sopra dettagliatamente precisati.

Il relativo danno non patrimoniale da lesione al diritto della salute costituirà oggetto del risarcimento del danno, restando assorbita la domanda per lesione delle *chances* di guarigione, essendo stata accolta la domanda proposta in via principale.

Invece la domanda deve essere rigettata in ordine al danno patrimoniale, perché il CTU ha escluso qualsiasi danno da lesione alla capacità lavorativa specifica dalla minima invalidità permanente residuata. La valutazione merita pieno accoglimento considerando che: a) l'invalidità permanente oggetto di risarcimento è minima (5%) ed è ben nota la presunzione che per i lavori manuali non sussiste alcuna lesione alla capacità lavorativa specifica in caso di invalidità permanente inferiori al 10%; b) in sede di visita medico legale lo stesso attore ha manifestato un mero disagio alla guida di mezzi pesanti, mentre ha ammesso di guidare regolarmente l'autovettura (cfr. CTU, pg. 8) e deve pertanto escludersi la ricorrenza dell'allegata impossibilità a guidare mezzi pesanti; c) in ogni caso va



ricordato che l'attore ha subito il 06.03.2006 un gravissimo incidente stradale che ha comportato gravi lesioni in numerosi distretti corporali e, pertanto, si deve ritenere che l'eventuale difficoltà a svolgere le mansioni lavorative in precedenza svolta siano in realtà riconducibili non al danno di origine iatrogena, oggetto del presente processo, ma alle ben più gravi lesioni in questione.

Per analoghe ragioni va anche escluso l'allegato danno da lesione di *chances* lavorative ed il danno non patrimoniale da c.d. *cenestesi* lavorativa.

5. La liquidazione del danno.

Venendo alla liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, va premesso che nel caso in esame non viene in considerazione l'ultimo inciso del comma 1 dell'art. 3 d.l. nr. 158 del 2012, perché l'inadempimento accertato posto a fondamento della domanda (la ritardata diagnosi dell'infezione articolare in atto) non ha comportato alcuna questione di osservanza di accreditate linee guida. Viceversa una questione di questo tipo si è posta in riferimento al primo profilo di inadempimento dall'attore allegato, relativo all'infezione sviluppatasi durante l'intervento chirurgico al ginocchio eseguito a Bergamo il 23.10.2007 in riferimento al quale, però, la domanda è stata respinta.

Precisato quindi che la liquidazione del danno deve avvenire secondo gli usuali criteri, l'attore ha invocato le più favorevoli tabelle milanesi, mentre i convenuti, anche attraverso l'espresso richiamo del cit. art. 3, comma 3 d.l. nr. 158 del 2012 (che dispone: *"il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tenere conto della fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo"*) hanno ritenuto applicabili le meno generose tabelle per le c.d. micro permanenti previste dall'art. 139 cod. ass.

Ritiene questo Giudice di dover aderire a questa seconda soluzione, pur dovendosi convenire, con la difesa dell'attore, che il cit. art. 3, comma 3 non può trovare in senso proprio applicazione al caso in esame *ratione temporis* perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di



applicazione retroattiva (cfr. art. 11, comma 1 delle preleggi) e, pertanto, a danni verificatisi prima della sua entrata in vigore.

Sennonché costante è l'interpretazione di questo Tribunale che ritiene applicabile in via analogica il cit. art. 139 cod. ass. anche al di fuori dai casi in essi previsti (danni determinati da circolazione stradale), perché il criterio legale previsto di liquidazione del danno da micropermanenti trova applicazione nella maggioranza statistica dei casi, considerando la grande diffusione dei danni da circolazione stradale e, come tale, può assumersi come parametro di riferimento generale per la liquidazione equitativa di danni analoghi, pur aventi diversa causa (per una concreta applicazione in caso di responsabilità medica cfr. Trib. Rovereto del 24.09.2010, Bais c. Gorga). Questa conclusione si giustifica sui rilievi che le varie tabelle in uso presso i tribunali ed elaborate dalla prassi non costituiscono criteri di liquidazione vincolanti per il giudice ma solo dei criteri guida per la liquidazione equitativa del danno e che in presenza di criteri legali fissati dal legislatore, sia pure per una tipologia di danni individuata in ragione del tipo di illecito che ne costituisce la causa, appare conforme al principio di uniformità di trattamento applicare quei criteri in via analogica, anche ai casi non strettamente rientranti nell'ambito di applicazione della legge, non potendosi tollerare che una liquidazione equitativa del danno comporti discipline tanto diverse per danni sostanzialmente analoghi. E' infatti evidente che una micropermanente comporta per il danneggiato le medesime conseguenze pregiudizievoli a prescindere dal tipo di illecito che l'ha causata.

Da questo punto di vista l'art. 3, comma 3 d.l. cit. si è limitato a prevedere espressamente un'estensione già operante a livello interpretativo, in un settore in cui l'obiettivo di riduzione dei costi assume un rilievo di particolare rilevanza analogo a quanto si verifica nel settore della r.c. auto. Naturalmente si è ben consapevoli che sono possibili, e sono state date nella giurisprudenza di merito, letture diverse sulla base del rilievo che proprio l'espressa previsione in un settore distinto da quello originario della r.c. auto, giustifica la conclusione che nei casi non previsti il criterio legale di liquidazione delle c.d. micro permanenti non può trovare applicazione, essendo altrimenti la nuova norma inutile, ma si tratta



di rilievi che si ritiene allo stato non sufficienti a mutare la consolidata giurisprudenza di questo Tribunale nei termini sopra indicati (analogamente deve dirsi per le contrarie argomentazioni contenute in Cass., 07.06.2011, nr. 12408, rv. 618047, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 10, 2018 che sul punto devono ritenersi meri *obiter dicta*, perché il caso deciso dalla S.C. era relativo ad una c.d. macropermanente).

Del pari costante nella giurisprudenza di questo Tribunale è il riferimento ai valori vigenti al momento in cui il danno si verifica, spesso convenzionalmente individuato al momento del sinistro. Nel caso di specie, considerando la lunga evoluzione clinica della malattia può assumersi come data convenzionale dell'intero danno il 17.12.2007 che è la data di diagnosi certa dell'infezione in atto, attraverso l'esame colturale del liquido articolare eseguito presso gli Ospedali Riuniti di Bergamo.

Considerando pertanto l'aggiornamento degli importi di cui al d.m. 12.06.2007 (in G.U. nr. 141 del 20.06.2007) e l'età di 23 anni dell'attore (nato il 24.05.1984), il danno da invalidità permanente dell'8% è pari ad € 11.921,55 ($= 697,92 \times 8 \times 2,1 - \text{il } 6\%$). Considerando che il danno da invalidità permanente del 3% (assumendo il valore più favorevole al danneggiato tra quelli indicati in alternativa dal CTU) che comunque sarebbe conseguita dalla patologia di base al legamento crociato pur in assenza di responsabilità professionale, ammonta ad € 2.361,76 ($= 697,92 \times 3 \times 1,2 - 6\%$), ne segue che il danno differenziale, imputabile alla responsabilità medica, è pari ad € 8.659,79 ($= € 11.021,55 - 2.361,76$), corrispondente al 5% di invalidità, calcolata sui 5 punti "superiori" rispetto all'invalidità globale dell'8%.

Viceversa, il danno da inabilità temporanea, liquidato mediante il valore di € 40,72 al giorno, previsto dal suddetto d.m. per l'inabilità temporanea assoluta, ammonta a complessivi € 13.213,64 (€ 3.379,76 per gli 83 gg. di inabilità temporanea assoluta, € 1.221,60 per i 40 gg. di parziale al 75%, € 5.145,08 per i 253 gg. di parziale al 50% ed € 3.461,20 per i 340 gg. di parziale al 25%).

Il danno non patrimoniale da lesione al diritto alla salute (c.d. danno biologico) è pertanto pari complessivamente ad € 21.873,43 (€ 8.659,79 per l'invalidità permanente ed € 13.213,64 per l'inabilità temporanea).



In ragione della sofferenza morale che deve ritenersi accertata a mezzo di presunzione, in considerazione dei normali patemi che una patologia protrattasi per un così lungo lasso temporale e che ha reso necessari ripetuti interventi terapeutici e ricoveri ospedalieri (per la descrizione dettagliata cfr. CTU), il danno non patrimoniale complessivo deve essere stimato in complessivi € **27.000,00**.

A tal fine, ancora in applicazione di una costante giurisprudenza di questo Tribunale, non si è ritenuto di fare applicazione del limite legale del quinto previsto dall'art. 139, comma 3 cod. ass., formatasi all'esito del noto intervento in materia delle Sezioni Unite della Cassazione, con le quattro sentenze gemelle del 28 novembre 2008 (dal nr. 26972 al nr. 26975), in base alla quale: *“a) le tabelle normalmente in uso per la liquidazione del danno biologico hanno ad oggetto non la lesione del diritto alla salute in sé e per sé considerata, come si affermava in passato, ma le conseguenze pregiudizievoli che, nella normalità dei casi, si promanano dalla lesione all'integrità psico-fisica sul piano esistenziale, ossia sul piano delle attività realizzatrici e relazionali, nessuna esclusa; b) ciò esclude che possa essere aggiunta una somma ulteriore a titolo di “danno esistenziale”, avendo questo ad oggetto le medesime conseguenze pregiudizievoli, mentre è possibile ottenere un adeguamento ove si alleggi e si dimostri che, nel caso concreto, quella lesione ha provocato nella vita del danneggiato conseguenze pregiudizievoli superiori alla normalità dei casi; c) dai valori tabellari restano, invece, escluse le sofferenze fisiche e psichiche, in passato ricondotte alla categoria del danno morale, la cui sussistenza, da allegare e provare nel caso concreto, anche a mezzo di semplici presunzioni, impone l'adeguamento del valore tabellare in relazione alla loro effettiva pregnanza, senza alcun automatismo ma neppure alcun limite precostituito...”* (cfr. Trib. Rovereto, 30.06.2009 Holfeld/Masiero/Chemini/Fondiaria-Sai/UCI, alla quale si rimanda per l'analitica motivazione dei singoli punti).

Nel caso si faccia applicazione di criteri legali di determinazione del danno biologico, come l'art. 139 cod. ass., si impone una precisa identificazione dell'oggetto del risarcimento, al fine di adeguare la corretta liquidazione equitativa del danno al mutato contesto concettuale di riferimento. Da questo punto di vista non può sfuggire che l'art. 139 cod. ass. (e l'art. 138 cod. ass.), come emerge con



chiarezza dal tenore letterale della definizione del c.d. danno biologico offerta nel comma secondo, considera unicamente gli aspetti “esterni” (o esistenziali) quali conseguenze pregiudizievoli della lesione al diritto alla salute, con esclusione degli aspetti “interni” (sofferenza psichica, in passato qualificata in termini di danno morale, che non a caso si era soliti aggiungere alla valutazione del danno biologico), con la conseguenza che i limiti di adeguamento personalizzato dalla norma previsti non possono che essere riferiti appunto ai medesimi aspetti e non anche alla sofferenza interna. Per l’adeguamento del danno non patrimoniale al caso concreto, al fine di considerare anche la sofferenza psichica, non può quindi ritenersi operante il limite legale del quinto, previsto dall’art. 139, comma 3 cod. ass., che trova invece applicazione all’adeguamento reso necessario quando la lesione abbia procurato nel caso concreto conseguenze pregiudizievoli “esistenziali” significativamente maggiori di quanto si verifica nella normalità dei casi.

Questo tipo di adeguamento nel caso di specie non è dovuto perché l’attore non ha allegato, prima ancora di non aver provato, che per lui quelle minime lesioni hanno procurato conseguenze esistenziali maggiori dall’ordinario.

L’attore ha pertanto diritto ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, come sopra liquidato in € 27.000,00.

A titolo di rivalutazione monetaria ed interessi per il ritardato pagamento, sulla base dei criteri suggeriti dalla nota sentenza a Sezioni Unite nr. 1712/95 ed in base ad una valutazione equitativa, fondata sull’andamento nel periodo in considerazione degli interessi legali, da un lato, e della svalutazione monetaria, dall’altro, appare equo riconoscere un 4% in ragione annua dal 17.12.2007, momento che si è assunto convenzionalmente di produzione del danno, al saldo effettivo.

Poiché il danno complessivo è stato determinato dalla concorrente colpa dei convenuti, entrambi i convenuti vanno condannati in solido tra loro ed in favore dell’attore la somma sopra indicata, oltre al 4% annuo dal 17.12.2007 al saldo effettivo, essendo giuridicamente infondate le pretese dei convenuti di graduare la condanna nei loro confronti in relazione all’effettivo grado di responsabilità accertato. A



norma dell'art. 2055, comma 1 c.c., infatti, *“se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno”*.

Benché non appartenga all'oggetto del presente giudizio la ripartizione interna delle responsabilità tra corresponsabili, non avendo nessuno dei due convenuti proposto domanda di regresso, al solo fine di scongiurare inutili liti future, va precisato che la ripartizione proposta dal CTU di 2/3 a carico della casa di cura Eremo di Arco e di 1/3 a carico degli Ospedali Riuniti di Bergamo deve ritenersi del tutto condivisibile, con ciò dovendosi dichiarare infondate le contrapposte difese dei convenuti, perché adeguatamente motivata e conforme al criterio legale di cui all'art. 2055, comma 2 c.c. (norma applicabile anche in materia di concorso di responsabilità contrattuali, sulla base dell'unico presupposto dell'unitarietà del fatto dannoso: cfr, per tutte, Cass., 25.05.2005, nr. 11081, rv. 581534), secondo il quale la ripartizione del danno tra corresponsabili avviene *“nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate”*. Nel caso di specie il CTU ha spiegato che *“in caso di artrite settica è fondamentale la tempestività della diagnosi in quanto il trattamento deve esser impostato il più velocemente possibile”*, con ciò adeguatamente argomentando il giudizio di maggior rilievo causale riconosciuto all'omessa diagnosi imputabile alla casa di cura Eremo di Arco, che già ai primi di novembre 2007 avrebbe dovuto porre il sospetto di infezione in atto. L'omessa diagnosi ascrivibile agli Ospedali Riuniti di Bergamo durante la visita del 26.11.2007 è meno rilevante perché i trattamenti terapeutici che a quel punto si sarebbero potuto porre in essere avrebbero scongiurato il danno poi verificatosi in misura minore e con minori probabilità di successo. D'altra parte va disatteso il rilievo difensivo della totale irrilevanza del ritardo in questione, non superiore ai 10 giorni (considerando che il sospetto diagnostico fu poi posto il 06.12.2007 durante la visita presso l'Ospedale di Rovereto), sulla base, da un lato, della valutazione del CTU che, evidentemente, ha ritenuto rilevante anche il ritardo di questi 10 giorni e, dall'altro, del rilievo che agli Ospedali Riuniti di Bergamo è ascrivibile una colpa più grave, ancorché di minore rilevanza causale, dal momento che l'omessa diagnosi è avvenuta in un momento in cui i segni clinici dell'infezione



erano più evidenti e durante un intervento sanitario di natura terapeutica (e non riabilitativa come quelli posti in essere ad Arco).

All'accoglimento della domanda, sia pure in via solo parziale, consegue la condanna dei convenuti, in via solidale tra loro, alla rifusione delle spese processuali in favore dell'attore, liquidate come da dispositivo, tenendo in considerazione le sole attività necessarie ai fini del decidere, oltre alle spese di CTU liquidate provvisoriamente in corso di causa a carico dell'attore.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Rovereto definitivamente pronunciando sulle domande proposta da Armand Cupa contro Ospedale Riuniti di Bergamo e Casa di cura Eremo di Arco così provvede:

1. in parziale accoglimento della domanda condanna gli Ospedali Riuniti di Bergamo e la Casa di cura Eremo di Arco al pagamento, in solido tra loro ed in favore dell'attore Armand Cupa della somma di € 27.000,00 oltre al 4% annuo dal 17.12.2007 al saldo effettivo.
2. Condanna gli Ospedali Riuniti di Bergamo e la Casa di cura Eremo di Arco alla rifusione, in solido tra loro ed i favore dell'attore Armand Cupa, delle spese processuali che liquida in € 4.000,00 per competenze, oltre IVA e CPA come per legge nonché in € 2.590,00, oltre IVA e Cassa Previdenza per spese di CTU.

Rovereto, 29.12.2013.

IL GIUDICE

(dott. Riccardo Dies)

