

*Anche dopo la legge Balduzzi, la responsabilità medica
è contrattuale*

Trib. Brindisi, sentenza 18 luglio 2014 (es. Antonio Ivan Natali).

**Decreto Balduzzi - colpa lieve - responsabilità ex 2043 c.c. -
contrasto con orientamento interpretativo consolidato**

Se anche il Legislatore, con il decreto Balduzzi, ha voluto suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana, nondimeno è indubbio che tale scelta si pone in contrasto con l'univoco orientamento interpretativo in materia che, muovendo le mosse da Cass. 589 del 1999, ricostruisce come contrattuale - seppur non da contratto ma da contatto - la responsabilità dei medici e della struttura ospedaliera.

**Decreto Balduzzi - interpretazione costituzionalmente
orientata al rispetto del principio di effettività ex art. 24
Cost. - necessità**

Il decreto Balduzzi che inerisce alle condotte di colpa lieve - per così dire penalmente "scusabili", perché conformate dalla comune prassi medica e per le quali si introduce la non sanzionabilità sul piano penale, ma provviste di permanente rilevanza dal punto di vista civilistico - deve essere oggetto di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost..i

**Opzione per la responsabilità ex art. 2043 c.c. - previsione
espressa ed esplicita - necessità**

Con l'uso della locuzione con valenza eccettuativa, "fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", il legislatore - il cui intento era quello di regolamentare i soli profili penali - non ha espressamente e univocamente limitato i rimedi risarcitori esperibili, prevedendo, cioè, che, a fronte delle suddette condotte, fosse esperibile solo il rimedio aquiliano, per contro, l'eventuale adesione ad un modello di responsabilità (quello ex art. 2043 c.c.) diverso da quello consacrato, in via interpretativa, ovvero quello contrattuale, richiedendo una previsione espressa ed esplicita (del tipo.: "il medico risponde solo ex art. 2043 c.c.")

Decreto Balduzzi - lesioni colpose lievi - cumulo dell'azione extracontrattuale e di quella contrattuale da contatto sociale – ammissibilità

Nonostante la novella legislativa di cui al Decreto Balduzzi, nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica - anche per colpa lieve - siano tutt'ora esperibili l'azione extracontrattuale, da sola, o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona.

Decreto Balduzzi - lesioni colpose lievi – responsabilità civile - applicazione retroattiva – inammissibilità

In ogni caso, al Decreto Balduzzi non può riconoscersi una valenza retroattiva con conseguente inidoneità della stessa a regolamentare fattispecie perfezionatesi nella vigenza del previgente quadro normativo.

Decreto Balduzzi - responsabilità medica per colpa grave o dolo – non – applicazione - non ammissibile - responsabilità della struttura sanitaria – applicazione - non ammissibile

L'ipotetica opzione legislativa per il modello aquiliano, dato il carattere circoscritto dell'intervento normativo, varrebbe con riguardo alla sola responsabilità medica per colpa lieve e non anche per colpa grave o dolo e non sarebbe, a fortiori, estendibile alla responsabilità della struttura sanitaria.

(Massime a cura di Antonio Ivan natali - Riproduzione riservata)

omissis

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione, notificato in data 13 settembre 2006, parte attrice evocava in giudizio, dinanzi a questo Tribunale, la ASL di B. n. 1, per ivi sentir accogliere nei suoi confronti le seguenti conclusioni: “1. Condannare l'Azienda Unità Sanitaria Locale BR/1, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218, 1223, 2049 c.c. e comunque, in via residuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., a risarcire l'attore tutti i danni morali e materiali, ivi compresi quello biologico, esistenziale ed alla vita di relazione subiti a causa dell'imprudenza, imperizia e negligenza del personale sanitario da essa dipendente, col pagamento in suo favore della complessiva somma di € 225.712,00 di cui € 160.000,00 per danno patrimoniale, € 19.175,00 per danno morale ed € 46.537,00 per danno biologico esistenziale ed alla vita di relazione, o di quell'altra somma anche maggiore che sarà accertata e quantificata in corso di causa, anche con ricorso al criterio equitativo e di cui all'art. 1226 cod. civ., oltre interessi e rivalutazione

monetaria dalla dell'infortunio al di del completo soddisfo; 2) Condannare altresì la medesima Azienda Unità Sanitaria Locale BR/1 a versare ad O. F. la somma di € 1.710,60 per rimborso di spese mediche, trasporto, assistenza, consulenza e cure fisioterapeutiche; 3) condannala infine alla rifusione delle spese e competenze del giudizio.”

A sostegno delle proprie richieste l'attore esponeva:

- che, in data 31 gennaio 2004, sarebbe stato colto improvvisamente da una crisi convulsiva con perdita di coscienza, sicchè si sarebbe reso necessario l'intervento del servizio sanitario d'urgenza e d'emergenza 118;
- che il personale sanitario del 118 intervenuto sul posto, nel trasferire il paziente dal suo letto per stenderlo sul pavimento, onde procedere alla sua rianimazione, non sarebbe riuscito a sorreggerlo, causandone la caduta al suolo, e in conseguenza di ciò, la frattura e la lussazione della testa dell'omero destro della spalla;
- che i sanitari del nosocomio convenuto avrebbero diagnosticato erroneamente solo la frattura della testa dell'omero destro, omettendo di rilevarne la lussazione ed avrebbero pertanto prescritto l'immobilizzazione con reggibraccio per 30 gg e, successivamente, un trattamento con tutore ortopedico;
- che, all'esito delle dimissioni, l'attore, persistendo la forte sintomatologia algica e la limitazione funzionale dell'arto, si sarebbe sottoposto ad ulteriori accertamenti dai quali sarebbe emersa la lussazione posteriore della testa omerale della spalla destra, che avrebbe comportato la necessità di un intervento chirurgico di riduzione;
- che tale intervento sarebbe stato eseguito il 6 maggio 2004 presso il Centro Ortopedico di Perugia.

Da ciò la responsabilità dell'Azienda Sanitaria Locale B./1 nei propri confronti per la lesione riportata alla spalla destra a cagione dell'urto contro il pavimento, così come la responsabilità del personale sanitario del nosocomio convenuto, per avere colpevolmente omesso di diagnosticare la lussazione della spalla destra, essendosi limitati a diagnosticare la frattura dell'omero destro e quindi il suo mancato trattamento.

Si costituiva, ritualmente, in giudizio e l'AUSL di B. n. 1 impugnando e contestando quanto ex adverso dedotto ed eccepito, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni “Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, “contrariis reiectis”, 1 accertare e dichiarare la nullità dell'atto di citazione introduttivo del presente giudizio per mancanza e/o assoluta indeterminazione dell'oggetto della domanda; 2 nel merito: rigettare le domande di parte attrice perchè infondate in fatto e in diritto e, comunque, non provate; 3 in via subordinata: nella denegata ipotesi di accoglimento, anche solo parziale, delle domande attorea, a accertare con rigore i danni effettivamente subiti dall'istante evitando ingiustificate duplicazioni delle voci di danno; b negare il riconoscimento di interessi e rivalutazione monetaria, stante il divieto del loro cumulo sancito dalla Giurisprudenza della Suprema Corte.

La domanda è fondata in parte qua.

Qualificazione della dedotta responsabilità della convenuta

Preliminarmente, non può aderirsi alla qualificazione prospettata dalla convenuta.

A tal riguardo, l'ente convenuto ricorda come l'art. 3, 1° comma, d.l. 158/2012, convertito dalla legge 189/2012, c.d. “Decreto Balduzzi”,

stabilisca che: “L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

Orbene, se non è priva di suggestioni la riflessione secondo cui “il Legislatore sembr(erebbe) (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana” (Trib. Varese, n. 1406 del 26.11.12), nondimeno è indubbio come tale scelta si ponga in contrasto con l'univoco orientamento interpretativo in materia che, muovendo le mosse da Cass. 589 del 1999, ricostruisce come contrattuale - seppur non da contratto ma da contatto - la responsabilità dei medici e della struttura ospedaliera.

Proprio tale ordine di considerazioni, deve indurre a ritenere che tale novella legislativa che inerisce alle condotte di colpa lieve - per così dire penalmente “scusabili”, perché conformate dalla comune prassi medica e per le quali si introduce la non sanzionabilità sul piano penale, ma provviste di permanente rilevanza dal punto di vista civilistico - debba essere oggetto di un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost..

In primis, deve ritenersi che l'inciso “fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile” costituisca un implicito riconoscimento, da parte del legislatore, del fatto che, in tale materia, non è prefigurabile un vincolo inter partes dal quale far discendere le obbligazioni di protezione che si assumono violate.

D'altronde, sotto altro profilo, con l'uso della suddetta locuzione con valenza “eccettuativa”, il legislatore - il cui intento era quello di regolamentare i soli profili penali - non ha espressamente e univocamente limitato i rimedi risarcitori esperibili, prevedendo, cioè, che, a fronte delle suddette condotte, fosse esperibile solo il rimedio aquiliano.

L'eventuale adesione, pure paventata in dottrina, ad un modello di responsabilità (quello ex art. 2043 c.c.) diverso da quello consacrato, in via interpretativa, ovvero quello contrattuale, avrebbe, per contro, richiesto una previsione espressa ed esplicita (del tipo.: “il medico risponde solo ex art. 2043 c.c.”) che, nel caso di specie, appunto, difetta.

Dunque, nonostante la suddetta novella legislativa, nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica - anche per colpa lieve - siano tutt'ora esperibili l'azione extracontrattuale, da sola, o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona. Anche a non voler accedere a tale ricostruzione “correttiva”, che questo Giudice predilige, è indubbio che non possa riconoscersi alla norma de qua una valenza retroattiva con conseguente inidoneità della stessa a regolamentare fattispecie, come quella di specie, perfezionate nella vigenza del previgente quadro normativo.

In ogni caso, l'ipotetica opzione legislativa, dato il carattere circoscritto dell'intervento normativo, varrebbe con riguardo alla sola responsabilità medica per colpa lieve e non anche per colpa grave o dolo e non sarebbe, a fortiori, estendibile alla responsabilità della struttura sanitaria.

Natura contrattuale della responsabilità medica

Dunque, il medico, anche dopo il decreto Balduzzi, continua a rispondere sulla base delle regole della responsabilità contrattuale, e ciò, quand'anche, come già evidenziato, difetti un vero e proprio contratto quale momento genetico del rapporto professionista-paziente.

Ciò, in virtù del c.d. contatto sociale che s'instaura tra il paziente ed il medico, chiamato ad adempiere nei confronti del primo la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria.

In tale contatto rinviene la propria fonte un rapporto il cui contenuto non consiste nella «protezione» del paziente, bensì in una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale e alla quale il medico è tenuto, in virtù dell'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente ospedaliero.

Ne consegue che, data l'assenza di un contratto formale, il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico.

Nondimeno, qualora il medico in qualche modo intervenga (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero), l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente, nei contenuti, da quella che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589).

Peraltro, il suindicato principio può essere esteso a qualunque soggetto che eserciti una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), specie, quando l'esercizio della stessa incida su beni costituzionalmente garantiti, come accade in relazione all'attività medica, che incide sul bene "salute" tutelato ex art. 32 Cost..

Nell'ipotesi del contatto sociale, deve escludersi la configurabilità di una responsabilità di tipo aquiliano, prefigurandosi, invece, una responsabilità di tipo contrattuale. Infatti, la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero derivano eziologicamente dall'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c. .

Quanto alla diligenza cui è tenuto il professionista, dal combinato disposto di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2236 c.c. si desume che "la diligenza richiesta è non già quella ordinaria, del buon padre di famiglia (cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583) bensì quella ordinaria del buon professionista (v. Cass., 31 maggio 2006, n. 12995), e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione" ⁽¹⁾.

Viene, dunque, in rilievo un modello standard di condotta che implica (al di là della veste specifica del professionista) il ricorso ad un adeguato sforzo tecnico, con conseguente impiego di tutte quelle energie e di quei mezzi abitualmente ed obiettivamente necessari o, anche solo semplicemente utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata; ciò, al duplice fine di soddisfare l'interesse creditorio e di evitare possibili eventi dannosi.

¹ Cass., civ., ult. cit.

Quanto ai limiti operativi di tale responsabilità, operano quelli tipici della responsabilità contrattuale ⁽²⁾, essendo sufficiente al fine del riconoscimento della stessa, anche la colpa lieve del debitore, ovvero il difetto dell'ordinaria diligenza. Infatti, la limitazione di responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. opera limitatamente alle ipotesi che presentano problemi tecnici di particolare difficoltà, in ogni caso attenendo esclusivamente all'imperizia e non anche all'imprudenza e alla negligenza.

L'inadempimento della struttura e la natura contrattuale della responsabilità.

In primis, quanto alla natura giuridica della responsabilità de qua – come evidenziato, non incisa dal Decreto Balduzzi - quella dell'ente convenuto è da ascrivere al paradigma contrattuale, in quanto "l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dalla L. n. 132 del 1968, art. 2, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere" (cfr. Cass., civ., 19 ottobre 2006, n. 22390; Cass., civ., 24 maggio 2006, n. 12362).

D'altronde, la previsione di cui al Decreto Balduzzi, non ha in alcun modo disciplinato tale profilo di responsabilità, intervenendo esclusivamente in materia di responsabilità medica, con gli esiti ermeneutici già illustrati.

Ciò premesso, la responsabilità dell'ente ospedaliero ricorre 1) sia, ex art. 1218 c.c., in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carenza o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero), 2) sia, ex art. 1228 c.c., per quanto concerne il comportamento specifico dei medici dipendenti, dal momento che il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, per quanto non siano alle proprie dipendenze. Ovviamente, si tratta di una responsabilità per fatto dell'ausiliario o preposto dalle caratteristiche peculiari in quanto "prescinde dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, laddove fondamentale rilevanza assume viceversa la circostanza che dell'opera del terzo il debitore originario comunque si avvalga nell'attuazione del rapporto obbligatorio" (Cass., civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.).

Da ciò la configurabilità di una responsabilità contrattuale della struttura per il fatto non solo del personale medico, dipendente, ma anche di quello meramente ausiliario.

Ciò spiega l'abituale richiamo del principio generale – tipico della responsabilità delle strutture organizzative – cuius commoda eius etiam

² Si veda Cass., civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

incomoda; la responsabilità dell'ente traendo origine non già da un profilo di colpa nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza, bensì dal rischio insito nell'utilizzazione di terzi, nell'adempimento delle obbligazioni, gravanti sulla propria sfera giuridica (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 30 dicembre 1971, n. 3776. Si veda anche Cass., civ., 4 aprile 2003, n. 5329).

Né la responsabilità dell'ente incontra il limite del fatto doloso del soggetto agente, quale fatto idoneo a interrompere il rapporto in base al quale l'ente è chiamato a rispondere, dal momento che, ai fini della responsabilità dell'ente, non si richiede un nesso di causalità in senso stretto, ma è sufficiente una mera occasionalità necessaria (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 15 febbraio 2000, n. 1682).

In origine, la responsabilità della struttura ospedaliera era modulata su quella del medico-paziente, ragione per cui si considerava indefettibile presupposto della stessa l'accertamento di un comportamento, imputabile (colposo o doloso), del medico operante presso la stessa.

Più recentemente, invece, il rapporto intercorrente fra il paziente e la struttura ospedaliera è stato ricostruito, in via autonoma, da quello paziente-medico, individuandosi il fondamento giustificativo dello stesso, in un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (il già menzionato contratto di ospedalità, in virtù del quale, la struttura deve fornire al paziente una prestazione "articolata", definita genericamente di "assistenza sanitaria", ricomprensiva, oltre che della prestazione principale medica, anche di una serie di obblighi di protezione ed accessori che rinvengono, nella buona fede oggettiva, ex artt.1375-1175 c.c., la propria ragion di essere).

Da ciò l'affermarsi di un modello di responsabilità che prescinde dall'accertamento di un condotta negligente dei singoli operatori e che trova, invece, la propria fonte, nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

Questo revirement interpretativo ha trovato un autorevole avallo nella citata sentenza delle Sezioni Unite (1.7.2002 n. 9556, seguita poi da altre delle sezioni semplici: Cass. 571 del 2005; Cass. n. 1698 del 2006).

Ricostruita in termini contrattuali la responsabilità della struttura sanitaria, nel rapporto con il paziente, il riparto dell'onere probatorio risponde ai criteri, enucleati al riguardo dalle Sezioni Unite, con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento (vedasi anche SS.UU. 28.07.2005, n. 15781), secondo cui, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale e per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Ciò premesso, l'inadempimento rilevante ai fini dell'azione risarcitoria, almeno in relazione alle obbligazioni c.d. di mezzo, non è qualunque

inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno; competerà poi al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Nel caso de quo, parte attrice ha provato il solo inadempimento della struttura che risponde per il fatto dei suoi ausiliari o dipendenti.

Infatti, l'espletata istruttoria ha confermato, solo in parte, la fondatezza dell'assunto attoreo, evidenziando profili di colpa a carico degli operatori sanitari del 118, intervenuti in loco a seguito di richiesta della moglie, ma non anche dei medici onerati dell'attività terapeutica e diagnostica.

Deve ritenersi accertato che l'attore verso le ore 20,30 del 31 gennaio 2004, presso la propria abitazione, veniva colto - come peraltro documentalmente attestato dal referto medico del pronto soccorso dell'ospedale di Ostuni - da "episodio convulsivo con perdita di coscienza" che ne aveva comportato "irrigidimento degli arti inferiori, serramento delle mascelle, occhi sbarrati e bava alla bocca" (cfr. testimonianze di M. A. e M. V. all'udienza del 18 gennaio 2008).

Egli, pertanto, non era in grado di spostarsi autonomamente.

In via preliminare, sul posto interveniva - come attestato dalla dottoressa A. V. nella dichiarazione sottoscritta il 6 marzo 2006 - non una postazione con personale medico ed infermieristico, bensì una "postazione non medicalizzata di S.", mentre, solo successivamente, allorquando il paziente era "già barellato", veniva preso in carico dalla postazione medicalizzata del 118 di Ostuni.

Già tale profilo fattuale sarebbe idoneo a radicare una responsabilità diretta della struttura sanitaria da carente organizzazione, avendo fatto intervenire, nonostante la gravità della sintomatologia manifestata dal F., personale non accompagnato da un medico, non in grado di fornire quelle prestazioni sanitarie che la denunciata patologia richiedeva.

Al di là di ciò, deve ritenersi che l'intervento degli operatori della postazione non medicalizzata sia stato causa della lussazione subita dall'attore.

Al riguardo, la teste A. M., moglie del F., ha riferito che all'arrivo del 118 "gli operatori <hanno> ritenuto di doverlo spostare dal letto al pavimento", ma "nell'effettuare detta operazione, l'operatore che teneva mio marito per le braccia se lo è lasciato sfuggire e mio marito è caduto rovinosamente per terra, battendo violentemente la spalla".

Tale circostanza veniva, altresì, confermata, alla medesima udienza da V. M.

Anche i testi I. C. e V., che si trovavano in casa del F. all'arrivo del 118, sentiti all'udienza del 13 luglio 2010, hanno rispettivamente riferito che "il personale del 118, nel trasferire O. F. dal letto sul pavimento, non riuscendo a sorreggerlo, ne causò la caduta a terra, facendogli urtare la spalla destra" e che "il personale del 118 tentava di posizionare sul pavimento il sig. F. per tentare di rianimarlo, all'operatore che lo aveva afferrato per le braccia, sfuggì la presa. Il sig. F. battè la spalla destra a terra".

Dunque, deve ritenersi provato che la frattura omerale conseguì esclusivamente all'impatto al suolo provocato dagli operatori sanitari.

Deve, pertanto, escludersi la fondatezza dell'assunto attoreo per cui "è probabile che il F. sia caduto da solo a causa dell'attacco epilettico".

Dalla testimonianza resa dal farmacista dott. P. F. all'udienza del 27 novembre 2009, è emerso che "nel tardo pomeriggio del 31/1/04", aveva accertato che l'attore presentava "tremore e difficoltà nell'articolare la

parola”, precisando che “nella occasione, il F. da solo si (era) seduto a letto e si (era) sottoposto alla misurazione della pressione e non aveva difficoltà nell’uso delle braccia né accusava dolore alle stesse”.

Il teste I. C., all’udienza del 13 luglio 2010, ha, tra l’altro, riferito che il 31 gennaio 2004 si era recato a fare visita al F. e che lo stesso “lamentava febbre e dolori alla testa e muoveva normalmente le 2 braccia”.

Anche l’altro teste V. L., alla medesima udienza, ha fatto presente che, nel pomeriggio del 31 gennaio 2004, si era recato a casa del F., ricordando che lo stesso, pur avendo “febbre e pallore al viso”, non presentava “alcun problema nei movimenti del braccio destro”.

Tali risultanze istruttorie devono indurre a ritenere che, fino all’arrivo della postazione non medicalizzata del 118, il F. non presentasse problemi di alcun genere agli arti e che, pertanto, solo all’esito dell’impatto al suolo, riconducibile eziologicamente al personale sanitario, si sia determinata la frattura della testa omerale. Tale assunto ha, peraltro, trovato conferma anche nella consulenza tecnica d’ufficio, che, a pagina 6, riconosce un rapporto di stretta dipendenza fra la frattura della testa omerale e la “caduta nel corso delle manovre di soccorso”.

Non può revocarsi, in dubbio, dunque, il rapporto di causalità tra condotta ed evento lesivo, così come la riferibilità di tale condotta all’Azienda Sanitaria convenuta.

A tal proposito, e con specifico riferimento alle attività sanitarie prestate in situazioni di emergenza, va evidenziato come in questi casi, non potendo l’utente scegliere a chi affidarsi, le stesse debbano essere di livello adeguato al bisogno rappresentato, e, dunque, l’organizzazione del servizio deve garantire prestazioni professionali qualitativamente idonee, con qualunque équipe disponibile, onde consentire una continua ed idonea attività di soccorso. Sicché grava sull’Azienda Sanitaria, a partire dal momento della segnalazione dell’evento alla centrale operativa 118, la responsabilità di garantire un intervento di soccorso qualificato ed un trasporto protetto fino al ricovero nel presidio ospedaliero.

Nel caso de quo, tale intervento di soccorso qualificato ed adeguato alla sintomatologia rappresentata e segnalata al servizio di 118 è mancato, né parte convenuta, pur gravata del relativo onere, ha provato il contrario; nè ha provato la non imputabilità dell’evento traumatico al comportamento tenuto dal personale intervenuto nel prestare soccorso all’attore.

Né, a tal riguardo, può riconoscersi valenza dirimente ai fini dell’esclusione della responsabilità della convenuta, alla dichiarazione postuma sottoscritta dalla dott.ssa Adriana Villani il 6 marzo 2006, anche perché nulla dice in merito alle operazioni di primo soccorso eseguite dal personale della postazione non medicalizzata, limitandosi a riferire che “dal momento della presa in carico del paziente O. F., già barellato, non si è verificata alcuna caduta al suolo”.

Quanto alla dedotta omessa diagnosi da parte dei sanitari ortopedici dell’ospedale “Perrino” di B. della lussazione posteriore della spalla destra dell’attore, è emerso che sia sotto il profilo diagnostico che terapeutico, la prestazione contestata è stata corretta ed improntata alla diligenza e perizia dovute.

Nello specifico il CTU incaricato, all’esito dell’espletata consulenza ha specificato quanto segue:

(a) “correttamente furono indirizzati gli atti sanitari urgenti e, sotto questo profilo nessuna censura può essere mossa ai colleghi dell’Ospedale Perrino (cfr. pag 6 CTU);

(b) “già il giorno successivo al ricovero, con certezza a partire dal 2 febbraio, fu rilevata frattura della testa omerale (da rapportarsi casualmente alla caduta nel corso delle manovre di soccorso) nella sua porzione glenoidea e, in funzione di tanto, fu immobilizzato l’arto. Anche sotto questo profilo quindi, atteso quanto documentato, non emergono incongruenze assistenziali”.

Per quanto attiene più specificamente, poi, alla rilevabilità, già nel corso del ricovero, della lussazione/sublussazione dorsale della testa omerale, il CTU riferisce che non ricorrerebbe “alcun elemento di tipo documentale per sostenere che essa fosse presente...in via deduttiva può peraltro ritenersi tuttavia che essa nel corso del ricovero presso l’Ospedale Perrino non fosse presente”.

Il CTU, nonostante abbia ritenuto che la condizione patologica suddetta non fosse presente al momento del ricovero, afferma che “anche a voler ipotizzare che tale condizione fosse presente e che non fu diagnostica, deve segnalarsi che essa non ha prodotto pregiudizio ulteriore al Sig. F.”.

Infatti, “le complicanze correlate alle lussazioni sono di tipo vascolare per lacerazione dei vasi, di tipo nervoso, per neuromesi, ovvero ancora correlate alla eventuale lacerazione delle strutture muscolo-tendinee della cuffia dei rotatori. Ebbene nessuna di queste complicanze si è realizzata”.

In conclusione, il CTU ha accertato quanto segue:

- “non sono ravvisabili profili di negligenza o imperizia nel comportamento tenuto dai sanitari del PO Perrino”;
- “con alto grado di probabilità non era possibile una tempestiva diagnosi. In ogni caso il ventilato (ma nel concreto non esistente) ritardo diagnostico non avrebbe limitato o evitato i postumi attualmente presenti”;
- “non ricorrono postumi riconducibili ad imperizia e negligenza, per assenza delle stesse”.

I danni risarcibili

Peraltro, è ovvio che - dovendo il danno non patrimoniale essere sempre oggetto di accertamento, seppur in via presuntiva - ad essere risarcibile nel caso di specie non è la mera violazione del diritto inviolabile all’autodeterminazione dell’attrice, ma solo il pregiudizio reddituale, riconducibile eziologicamente a tale mancata scelta.

Ciò premesso, è noto come le Sezioni Unite dell’11.11.2008 abbiano degradato il danno biologico a mera componente descrittiva della più ampia categoria del danno non patrimoniale.

Esso va inteso come menomazione dell’integrità psico-fisica in sè e per sè considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione.

Tale voce di danno, come precisato dalla Corte Costituzionale, n. 184/’86, non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza del danneggiato, con il conseguente paradosso, al contempo, dell’irrisarcibilità del danno biologico, subito da chi sia sprovvisto di un’attività lavorativa e della commisurazione del danno all’occupazione del soggetto o, persino - secondo un’inammissibile visione della società, rigidamente ripartita per classi - dei genitori.

Come espressamente affermato anche dall'art. 139 del Codice delle Assicurazioni, per danno biologico deve, invece intendersi "la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Ciò premesso, il danno biologico consistente nella violazione dell'integrità psico-fisica della persona va considerato ai fini della determinazione del risarcimento, sia nel suo aspetto statico (diminuzione del bene primario dell'integrità psico-fisica in sé e per sé considerata) sia nel suo aspetto dinamico (manifestazione o espressione quotidiana del bene salute).

Orbene, l'espletata consulenza medico-legale, ha consentito di acclarare la entità delle lesioni riportate dall'attore.

Il Ctu ha accertato che, in conseguenza dell'inadempimento dei medici l'attore ha subito lesioni permanenti nella misura del 7-10 %.

Le conclusioni del medico legale sul danno non patrimoniale di tipo biologico, sono condivise dal Tribunale, in quanto basate su un completo esame anamnestico e su un obiettivo, approfondito e coerente studio della documentazione medica prodotta, valutata con criteri medico-legali immuni da errori e vizi logici.

Quanto all'ulteriore figura descrittiva di danno non patrimoniale sub specie del danno morale - dalla stessa pronuncia dalle Sezioni Unite del 2008 disancorato dal dato temporale, con conseguente abbandono dello schematismo concettuale per cui il danno morale deve essere necessariamente transeunte - giovino le seguenti considerazioni.

In primis, non può accedersi alla tesi, frutto di un'interpretazione riduttiva delle Sezioni Unite, secondo cui il danno morale, nell'ipotesi di una sua derivazione "biologica" non sarebbe voce autonomamente risarcibile, rispondendo le due figure descrittive alla tutela di beni giuridici distinti, come, peraltro, evincibile anche dalle scelte della legislazione speciale. Tal ultima, spesso, (si pensi, ad esempio, al Decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2009, n. 181 che introduce un Regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'individualità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'articolo 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206) non solo continua a distinguere le due categorie di danno ma contiene una nozione legale di danno morale. Ciò premesso, e affermata l'astratta risarcibilità del danno morale anche quando sia ravvisabile un pregiudizio all'integrità psico-fisica, nel caso concreto nulla può essere riconosciuto a titolo di danno morale.

Non può, infatti, obliterarsi come secondo le Sezioni Unite del 2008, una delle ipotesi in cui il danno non patrimoniale è considerato risarcibile, al di là della lesione di un diritto costituzionalmente garantito, è proprio quella del danno morale da reato (quali sono le lesioni colpose, derivanti da un sinistro stradale). In tale circostanza è risarcibile qualunque pregiudizio reddituale (e, quindi, anche la sofferenza derivante eziologicamente dal non poter più fare), anche se derivante dalla lesione di un interesse privo di rilievo costituzionale, purché suscettibile di superare il generale vaglio di meritevolezza ex art. 2043 c.c.. Infatti, la tipicità, in questo caso - affermano le Sezioni Unite - non è determinata

soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma dalla stessa scelta del legislatore di considerare risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione della rilevanza dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale. Nell'ipotesi di reato assume dignità risarcitoria l'impossibilità (totale o parziale) di svolgere una qualunque delle attività realizzatrici della persona, quand'anche non ne sia possibile un ancoramento costituzionale (attività ludiche, sportive, ricreative.....).

Ciò premesso, nel caso di specie, è ravvisabile, in astratto, la fattispecie del reato di lesioni, con conseguente irrilevanza dell'individuazione di un diritto costituzionalmente rilevante che possa definirsi leso.

Si ritiene opportuno applicare, al caso di specie, ai fini della valutazione del danno individuato dal CTU, le tabelle di Milano, in quanto strutturate e concepite - diversamente dalle attuali Tabelle di Lecce - in funzione del nuovo inquadramento concettuale del danno non patrimoniale, quale categoria unitaria, cui sono approdate le Sezioni Unite dell'11.11. 2008. Né la maggiore o minore diffusione delle stesse presso i tribunali locali - a fronte della prevalenza statistica delle tabelle milanesi sul territorio nazionale - può costituire ragione sufficiente ad impedirne l'applicazione nel caso di specie.

D'altronde, come affermato dalla Suprema Corte, con la sentenza del 2011, n. 12408, alle tabelle milanesi deve riconoscersi "una sorta di vocazione nazionale", anche perché, coi valori da esse tabellati, esprimono il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità.

Ciò, al punto che l'applicazione delle suddette tabelle sarebbe oggetto di un vero e proprio uso normativo.

Le nuove Tabelle - approvate il 28 aprile 2009 e aggiornate nel 2011 - presentano profili di innovatività rispetto alle precedenti tabelle quanto alla liquidazione del danno permanente da lesione all'integrità psico-fisica. Infatti, esse individuano il nuovo valore del c.d. "punto" muovendo dal valore del "punto" delle Tabelle precedenti (connesso alla sola componente di danno non patrimoniale anatomo-funzionale, c.d. danno biologico permanente), aumentato in riferimento all'inserimento nel valore di liquidazione "medio" anche della componente di danno non patrimoniale relativa alla "sofferenza soggettiva" di una percentuale ponderata (dall'1 al 9% di invalidità l'aumento è del 25% fisso, dal 10 al 34 % di invalidità l'aumento è progressivo per punto dal 26% al 50%, dal 35 al 100% di invalidità l'aumento torna ad essere fisso al 50%), e prevedendo inoltre percentuali massime di aumento da utilizzarsi in via di c.d. personalizzazione.

Applicando le predette tabelle, il danno da invalidità permanente subito dall'attore deve essere quantificato in euro:

- € 23.056,00 (che discendono dal valore del "punto", relativo al danno non patrimoniale ovvero € 2.744,81, moltiplicato per il numero dei punti di invalidità (10), applicato il demoltiplicatore correlato all'età, al momento dell'evento lesivo, pari a 33 anni).

Quanto, invece, al calcolo del danno da inabilità temporanea - non specificatamente quantificata dal ctu ma desumibile dall'esame della cartella clinica - in applicazione dei suddetti valori tabellari e considerato

che il risarcimento per ogni giorno di invalidità assoluta è pari ad euro 96,00, si quantifica in:

- a) € 9312,00, l'ITT, giorni 97;
- b) € 1680,00, l'I.T.P. al 50% giorni 35, per complessivi euro 10992,00.

In totale, per i danni su indicati andrebbero liquidati all'attore complessivi € 34048,00 che derivano dalla liquidazione complessiva del pregiudizio.

Le somme rivalutate devono essere gravate degli interessi legali, da computarsi sugli importi devalutati al momento della commissione del fatto illecito e rivalutati d'anno in anno, sino all'effettivo soddisfo.

Il danno patrimoniale

Per quanto concerne il danno patrimoniale, da lucro cessante relativamente all'anno 2004, tale ultimo deve essere risarcito solo in parte qua.

Al riguardo, il prof. Alessandro Dell'Erba, nelle note a chiarimento del 24 giugno 2013, ha precisato che il mancato svolgimento da parte di O. F. dell'attività lavorativa "nel periodo compreso tra aprile e settembre 2004" fu "conseguenza dell'evento", eppertanto dovrà "porsi in rapporto con il trauma e costituirà danno patrimoniale".

Tale danno deve essere quantificato e liquidato in misura proporzionale al reddito percepito dal F. presso la medesima Società per l'anno 2003, determinato, come attestato e riportato nella dichiarazione dei redditi 2004 in atti (cfr. documento n.14 del medesimo fascicolo), in € 9.337,00. Orbene, considerato l'intervallo per cui non ha potuto lavorare, gli deve essere riconosciuto un danno, determinato, in via equitativa ed, in particolare, avuto riguardo al periodo di inabilitazione al lavoro, in euro 4000,00.

A tale importo devono aggiungersi le spese mediche documentale, pari ad € 1.710,60

L'attore ha richiesto anche il risarcimento da perdita dell'attività lavorativa, atteso che l'assenza dal lavoro durante la stagione primaverile ed estiva del 2004 e la grave limitazione funzionale - residua quale postumo permanente della frattura de qua - avrebbero comportato, oltre alla perdita del diritto di precedenza all'assunzione e, quindi, della possibilità di essere inquadrato come lavoratore a tempo indeterminato, anche l'impossibilità di continuare a svolgere una attività di lavoro di tipo stagionale, con le mansioni di "manovale comune" o di "vetturiere".

A tal riguardo, non può dirsi raggiunta la prova di una sufficiente compromissione della capacità lavorativa specifica dell'attore.

In particolare, il CTU prof. A., sentito a chiarimenti sull'incidenza dell'evento traumatico sotto tale profilo (cfr. pagina due delle note di chiarimento del 24 giugno 2013), ha evidenziato come "l'esame clinico (abbia) dimostrato difficoltà fino alla abolizione nella retro posizione con adduzione della spalla di destra.. dolore.. e riduzione della forza, anch'essa clinicamente accertata", nonché come "la guida degli automezzi richied(a) la retro posizione".

Inoltre, nella fase della "anteroproiezione degli arti...è anche richiesta una presa salda (e si è rilevata una riduzione della forza di presa)" e "il mantenimento per lungo periodo della anteroposizione può evocare sintomatologia dolorosa".

Nondimeno, il ctu ha, seppur orientativamente, quantificato la suddetta incidenza in “misura pari alla metà del danno biologico nella precedente relazione quantificato” (10% della totale), ovvero 5 per cento.

Orbene, si deve ritenere che l'accertata incidenza sulla capacità lavorativa specifica non sia tale, per la sua modesta entità, da porsi in correlazione causale con l'eventuale perdita della propria posizione lavorativa da parte dell'attore.

Le spese, comprese quelle di CtU, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da O. F. nei confronti dell'Ausl B./, così provvede:

- 1) dichiara la responsabilità dei sanitari della convenuta Azienda Unità Sanitaria Locale B./1 in persona del Direttore Generale e legale rappresentate pro-tempore nei termini suesposti;
- 2) per l'effetto, condanna la convenuta al risarcimento dei danni patiti dall'attore quantificati nella misura di € 5.710,60, a titolo di danno patrimoniale, oltre interessi legali e rivalutazione dal fatto illecito; nonché di 34048,00, a titolo di danno non patrimoniale, oltre interessi legali, da computarsi sugli importi devalutati al momento della commissione del fatto illecito, ovvero al 31 gennaio 2004 e rivalutati d'anno in anno, sino all'effettivo soddisfo;
- 3) condanna, altresì, la convenuta al pagamento, in favore dell'attrice, delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 3900,00, oltre iva e cap ed esborsi forfettizzati come per legge;
- 4) pone, definitivamente, le spese di CTU a carico della convenuta; condannandola alla rifusione, in favore dell'attore, delle spese di CTU.