

omissis

FATTO E DIRITTO

All'odierno giudizio è applicabile l'art. 58, comma II, legge 18 giugno 2009 n. 69 e, per l'effetto, la stesura della sentenza segue l'art. 132 c.p.c. come modificato dall'art. 45, comma 17, della legge 69/09, con omissione dello "svolgimento del processo" (salvo richiamarlo dove necessario o opportuno per una migliore comprensione della ratio decidendi).

1. FATTO STORICO E ACCERTAMENTO PERITALE

I fatti storici che fanno da sfondo alla lite risultano provati alla luce della ampia documentazione medica versata in atti che ricostruisce, in modo dettagliato, l'iter clinico-ospedaliero della paziente per cui è chiesto (dalla stessa e dal marito) ristoro del danno. Essi sono anche fotografati dalla Consulenza tecnica d'ufficio acquisita in corso di giudizio.

Secondo questo giudice, pertanto, è in via preliminare opportuno ricostruire la "storia" clinico-operatoria dell'attrice, nei limiti in cui rileva per l'odierno giudizio, attraverso la lente dei documenti versati e le considerazioni dei CTU. Ciò al fine di partire dal "fatto", come emerso dalla piattaforma probatoria, onde declinare il regime della responsabilità civile nella controversia sub iudice.

In questa opera ricostruttiva, questo giudice intende avvalersi della consulenza tecnica d'ufficio acquisita in corso di causa, a firma dei consulenti dott. CC e dott. AA, di Milano. La relazione peritale succitata costituisce apprezzamento tecnico-scientifico che questo giudice intende recepire ai fini della decisione e che, invero, è stato confezionato attingendo dalla documentazione medica in atti e da rigorosa metodologia obiettiva.

Giova rilevare, infatti, che il Consulente ha adottato un metodo di indagine serio e razionale, provvedendo a rilievi cartolari e fotografici e con esame clinico e diagnostico della situazione-evento, secondo le direttive di cui al quesito formulato dal magistrato: ha anche esaminato la paziente e, quindi, tratto elementi di giudizio attingendo direttamente dall'oggetto dell'illecito. Trattasi, pertanto, di indagine tecnica che questo giudice reputa di dovere condividere e fare propria e dal quale trarre elementi per la formazione del proprio convincimento (in generale, v. Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 1990, n. 9863 in *Mass. Giur. It.*, 1990; v. anche Cass. civ., 5 agosto 1982, n. 4398). Il motivo che conduce all'adesione alla risposta tecnica del consulente è da individuare nei diversi snodi che sono stati seguiti dall'ausiliario, in particolare il raccordo anamnestico - clinico, così come il contenuto delle operazioni di consulenza nonché, infine, le ricche argomentazioni svolte nelle osservazioni conclusive.

Vi sono, poi, invero ulteriori ragioni: ed, infatti, da un lato le oggettive risultanze precostituite, dall'altro la documentazione medica in atti, confortano le conclusioni del CTU. Orbene, l'inserimento dell'elaborato peritale, nel quadro di tutti gli elementi disponibili così illustrati, induce questo giudice a formare il proprio convincimento sul punto da decidere secondo le osservazioni conclusive rassegnate dai periti (su cui, v. Cass. civ., 6 marzo 1984, n. 1567)¹.

Le critiche severe rivolte all'elaborato d'Ufficio vanno disattese in quanto il contestatore tende a volere imporre le conclusioni del proprio CTP di parte, senza però che le argomentazioni dello stesso siano condivisibili, secondo il prudente apprezzamento di questo giudice, in quanto non oggettive come le conclusioni rassegnate dal CTU.

Ciò detto, può passarsi al fatto storico.

BB, all'epoca del fatto di anni 44, veniva ricoverata presso l'ospedale di XX (riferibile all'azienda

¹ Mass. Giur. It., 1984

ospedaliera convenuta) per il trattamento terapeutico di una cisti ovarica. L'intervento veniva eseguito in data 14 gennaio 2004, con una incisione a livello ombelicale e l'introduzione di un ago (di Verres) per la visualizzazione dell'utero in sede mediana: esso durava dalle ore 10,40 alle ore 10,55 come indicato nel verbale di intervento. Il successivo 15 gennaio 2004, veniva iscritta una annotazione di "regolare decorso" e, quindi, la paziente veniva dimessa. L'intervento del 14.1.2004 veniva eseguito correttamente e in modo tale da sottrarsi a qualunque tipo di censura o critica (così il CTU: perizia dell'11 luglio 2008, pag. 20).

In data 28 gennaio 2004 la BB veniva nuovamente ricoverata accusando utero fibromiomaso (e, per l'effetto, l'utero veniva asportato). Come risulta dalla cartella clinica venivano usati: 8 aghi da sutura, 30 batuffoli, 2 lame da bisturi, 1 bendarella ginecologica e 30 garze con filo RX. Veniva eseguito un intervento demolitore di laparosterectomia totale. In data 6 febbraio 2004, la BB veniva dimessa ma il decorso post-operatorio non era fisiologico: la paziente accusava "addome dolorabile" e altri sintomi anomali. Seguivano interventi diagnostici deputati ad accertare le cause delle anomale conseguenze post-operatorie: all'esito di una tomografia computerizzata (del 30 marzo 2004) e di un esame RX dell'addome (in data 2 aprile 2004) si accertava che nell'addome della paziente (nella zona interessata dall'intervento) era presente una formazione compatibile con "residuo di matassa di garza". Seguiva un nuovo ricovero presso l'Ospedale di XX in conseguenza dell'insorta "peritonite da ritenzione di corpo estraneo". Da qui un nuovo intervento chirurgico stavolta di "asportazione del corpo estraneo", eseguito il 7 aprile 2004, iniziato alle 12.30 e terminato alle 15.30. Successivamente all'intervento, il traumatico decorso post-operatorio provocava, da un lato, ripetuti episodi di subocclusione intestinale (per cui nuovi ricoveri: tra il 2004 e il 2005) e dall'altro, una risonanza psicopatologica caratterizzata da depressione (v. relazione del dr. ... del 25 gennaio 2006). Il complesso quadro clinico incideva anche negativamente sulla vita sessuale con il marito, DD.

In corso di giudizio, il Tribunale disponeva procedersi a Consulenza tecnica d'Ufficio onde accertare la sussistenza di eventuali responsabilità e danni da ascrivere ai sanitari e all'ospedale.

Quanto al primo intervento chirurgico, il CTU diagnosticava l'assenza di errori medici o profili di responsabilità e, in particolare, asseriva che la convenuta dr.ssa YY, operatore della laparoscopia, aveva tenuto "un comportamento improntato a perizia, diligenza e prudenza", per il quale non dovevano ravvisarsi "elementi possibili di critica e/o censura" (CTU, perizia dell'11 luglio 2008, pag. 20).

Quanto al secondo intervento, il Ctu precisava che questi aveva avuto una durata non inferiore a quella prevista ordinariamente (e, infatti, durò di più: in genere, durata fino a 120 minuti, durata effettiva: 155 minuti). L'equipe medica interveniva così composta: MM (primo operatore), FF (assistente), GG (strumentista), oltre al personale paramedico di sala (cd. equipe di sala). Il secondo intervento, rispetto al primo, era fonte di danno iatrogeno: venivano dimenticate delle pezze laparotomiche nell'addome della paziente, al momento della chiusura della cavità addominale.

Il Ctu rendeva una integrazione di perizia in data 26 novembre 2009 onde verificare l'eventuale peggioramento delle condizioni della paziente rispetto a quelle diagnosticata l'11 luglio 2008, posto che l'attrice produceva un documento, del 29 marzo 2007, ritenuto idoneo a modificare l'assetto della perizia. Il consulente precisava che tale documento era già stato considerato nella pregressa indagine e, peraltro, denunciava, in sede di nuovo esame, un contegno della attrice e del di lei marito "per nulla consono per un accertamento consulenziale". Tale contegno, come tenuto dalla parte, costituisce motivo di oggettiva valutazione ex art. 116, comma II, c.p.c.

All'udienza del 16 luglio 2010, esaurito il contraddittorio tecnico sulle perizie, il giudice chiudeva l'istruttoria per tenere la causa in decisione.

2. QUADRO GIURIDICO GENERALE DEI PRINCIPI DA APPLICARE

In via preliminare, va osservato quanto segue in ordine ai Principi che questo Giudice è tenuto a seguire nell'accertamento dell'eventuale errore medico fonte di pregiudizio, onde illustrare, per opportuna comprensione della *ratio decidendi*, anche il riparto degli oneri probatori, qui richiamando anche i sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.², la giurisprudenza di questo Tribunale già espressa nella sentenza 488/2010 (in www.altalex.com e in [www.tribunale.varese.it/Giurisprudenza Varesina](http://www.tribunale.varese.it/Giurisprudenza/Varesina)) e di recente confermata nella sentenza Trib. Varese, sez. I civ., 9 gennaio 2011.

2.1. RAPPORTO MEDICO ED OBBLIGAZIONI. ONERI PROBATORI

La responsabilità del medico ha natura negoziale, sussistendo un rapporto contrattuale, quand'anche fondato sul solo contatto sociale (Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362). La contrattualizzazione della responsabilità medica ha delle ricadute dirette sul riparto degli oneri probatori: essa, infatti, rende operativa la clausola generale di cui all'art. 1218 c.c.³, come interpretata dalle Sezioni Unite n. 13533 del 2001. Orbene, la giurisprudenza, sgretolando la costruzione dell'obbligazione medica di mezzo, ha applicato i principi espressi dalle SS.UU. 13533/2001 alla responsabilità professionale del sanitario, inaugurando un nuovo orientamento, secondo il quale *“il paziente che agisce in giudizio deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento”*⁴.

In pratica, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto (o del 'contatto' sociale) e allegare l'inadempimento consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento; mentre resta a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (id est, l'alea terapeutica). Con la conseguenza che, la prova liberatoria gravante sul medico si sostanzia in una prova di tipo 'causale', ovvero nella dimostrazione che l'evento dannoso si è verificato per l'intervento di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva e non ricollegabile casualmente al suo operato⁵.

² Come riformato dalla Legge 69/2009 ed immediatamente applicabile ai processi pendenti in primo grado

³ Come noto, la sentenza n. 13533 del 2001 delle Sezioni unite della Cassazione ha affermato che, in materia di responsabilità contrattuale, poiché il presupposto fattuale (l'inadempimento) è il medesimo, non può che essere identico il criterio di riparto dell'onere della prova sia che il creditore agisca per la risoluzione contrattuale e/o per il risarcimento del danno, che per l'adempimento; in tutti e tre i casi, egli sarà tenuto solo a provare la fonte negoziale o legale del suo diritto (e il relativo termine di scadenza, se previsto), 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 o dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Eguale principio, chiariscono le Sezioni unite, trova applicazione anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento: al creditore istante sarà comunque 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.

⁴ Cfr. Cass., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in Giust. civ. 2005, 6 I, 1601 e più di recente Cass., n. 9085 del 2006, n. 8826 del 2007, confermate da Cass., sez. I, 10 ottobre 2007, n. 21140, in Giust. civ. Mass. 2007, 10, e da Cass., s.u., n. 577 e 584 del 2008 cit.; nonché da ultimo, Cass., sez. III, 14 febbraio 2008, n. 3520, in Dir. e Giust. 2008, secondo la quale “spetta al medico/debitore la prova della mancanza di colpa (sub specie della sopravvenienza, nella serie causale che dall'intervento ha condotto all'evento di danno, di un fatto inevitabile o imprevedibile), mentre il paziente è tenuto soltanto a provare il rapporto (nella specie, contrattuale) con il professionista e la riferibilità a quest'ultimo dell'intervento, allegando il risultato peggiorativo conseguito”.

⁵ In questa nuova prospettiva, “la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà” (Cass. civ. 10297/2004)

Di medesima opinione le recenti Sezioni Unite: “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 adempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante” (cfr. s.u. 11 gennaio 2008, n. 577)⁶.

Alla luce delle argomentazioni giuridiche sin qui svolte, deve rilevarsi come sia stata fornita in atti, dal paziente: 1) la prova del rapporto negoziale, in realtà, non oggetto di contestazione; 2) la prova del danno/peggioramento e, cioè, l'esito infausto dell'evento addirittura gravemente compromettente.

Il nesso causale tra tale esito negativo ed un negligente comportamento dei medici è, dunque, il “cuore” dell'odierno accertamento.

Quanto, in particolare, al nesso causale, sempre in forza dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità, cui questo giudice ritiene di aderire, sussiste nesso causale tra il comportamento del sanitario e il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico - cd. regola della preponderanza dell'evidenza o “del più probabile che non”, cioè probabilità logica desumibile dagli elementi di conferma disponibili nel caso concreto e dalla contemporanea esclusione di possibili elementi alternativi (Cass. un. 11.1.08, n. 584 582, 581 e 576) - si ritenga che l'opera del professionista abbia causato o concorso a causare il danno verificatosi oppure, in caso di condotta omissiva, se quell'opera, ove correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi (Cass. 23.9.04, n. 19133; 4.3.04, n. 4400).

E, infatti, la Corte regolatrice ha, di recente, avuto modo di rimeditare *funditus* il problema della causalità civile, per affermare, prima con la sentenza 21619/2007 della terza sezione, poi con la pronuncia 581/2008 delle sezioni unite, che la regola probatoria in *subiecta materia* non può essere considerata quella dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, bensì quella già citata del “più probabile che non” (v. Cass. civ., sez. III, sentenza n. 23676 del 15 settembre 2008). Il nesso di causalità, dunque, in ambito civilistico, consiste nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del «più probabile che non» (Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975). Viene recepita, in effetti, la prassi legale statunitense che applica, ai fini della causalità, il principio “*preponderance of the evidence*” ossia il già citato criterio del “più probabile che non” (puntuale applicato dalle Sezioni Unite civili nella sentenza 11 gennaio 2008, n. 576, con la enunciazione del principio probabilistico e della causalità adeguata), risultando conforme al *favor victimae* che qualifica la funzione sociale della responsabilità civile da illecito, in relazione al diverso principio del *favor rei*, che concernendo il valore della libertà, esige maggiori garanzie nel campo della repressione penale (così: Cass. civ., 13513/2009).

2.2. RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA

Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi,

⁶ esiti letali/infausti siano dipesi da evento impreveduto ed imprevedibile.

Tali oneri probatori, come chiarito dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791), restano fermi anche ove l'intervento sia stato di speciale difficoltà, in quanto l'esonero di responsabilità di cui all'art. 2236 cod. civ. non incide sui criteri di riparto dell'onere della prova ma costituisce soltanto parametro della valutazione della diligenza tenuta dal medico o dalla struttura sanitaria nell'adempimento, in forza del combinato disposto con l'art. 1176, comma 2, c.c. Costituisce, quindi, onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà, avendo egli osservato, nell'esecuzione della prestazione sanitaria, la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione. Inoltre, la limitazione della responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, prevista dall'art. 2236 c.c. quando la prestazione comporti la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, non trova applicazione se la condotta del medico è stata negligente o imprudente (Cass. 1.3.07, n. 4797; 19.4.06, n. 9085).

ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria (Cass. 25.2.2005, n. 4058). Ai fini della natura giuridica della responsabilità occorre qualificare il tipo di rapporto giuridico che si instaura tra casa di cura/ospedale e paziente. In argomento, le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 577/2008), da ultimo, hanno ribadito quanto già ripetutamente affermato dalla giurisprudenza più recente: l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, 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 dall'art. 2 L. n. 132 del 1968, 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 (Cass. civ. 8826/2007). Ecco perché la Suprema Corte ha costantemente qualificato la responsabilità della struttura sanitaria come contrattuale, proprio sul rilievo suaccennato e cioè che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 1316). La responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'art. 1228 codice civile, secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze (Cass., 19 ottobre 2006, n. 22390; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698).

3. CASO CONCRETO: PRIMO INTERVENTO

DR.SSA YY

In ordine al primo intervento, il CTU esclude che sussista nesso causale tra questo e il danno lamentato dall'attrice cosicché, sul piano costitutivo del diritto, la domanda difetta di uno dei suoi presupposti. Il CTU, infatti, ha accertato: 1) la corretta esecuzione dell'intervento; 2) l'assenza di colpa medica in capo alla dr.ssa YY

Nei confronti della convenuta YY la domanda va, dunque, rigettata, posto che il primo trattamento chirurgico va "stralciato" di fatto dal giudizio, in quanto estraneo al danno lamentato dagli attori a cui non si ricollega né sul versante soggettivo (difetta l'elemento soggettivo) né sul versante oggettivo (difetta l'elemento oggettivo della causalità). In altri termini, la convenuta ha offerto la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.

4. CASO CONCRETO: SECONDO INTERVENTO

4.1. OSPEDALE DI XX

Quanto al secondo intervento, il CTU individua nello stesso una responsabilità oggettivamente apprezzabile: venivano dimenticate delle pezze laparotomiche nell'addome della paziente, al momento della chiusura della cavità addominale.

Una circostanza del genere, quale quella assolutamente provata e sopra descritta, costituisce gravissimo inadempimento dell'ospedale alle obbligazioni contrattuali su di esso gravanti. Il fatto di dimenticare materiale chirurgico nel ventre di una paziente è comportamento che si tinge dei tratti univoci della negligenza e deve essere ritenuto sorretto da colpa da qualificare come "grave". Deve dunque essere dichiarata la responsabilità del nosocomio convenuto per il fatto descritto in premessa, relativo al secondo intervento chirurgico.

Vi è, quindi, da verificare se la responsabilità si estenda al primo operatore.

4.2. RESPONSABILITÀ MEDICA D'ÉQUIPE

MM

Il Ctu, sul piano astratto – non collocato nel contesto dello specifico intervento *sub iudice* – ricostruisce la dinamica dell'intervento d'équipe precisando che

“al termine dell'atto operatorio, l'infermiere strumentista coadiuvato dall'infermiere addetto al servizio di sala verificano: il numero dei ferri chirurgici, l'integrità dei ferri chirurgici, il numero delle garze, comprese batuffoli. L'operazione di conteggio deve sempre essere documentata su apposita scheda in entrata e in uscita. Nel caso il conteggio non sia esatto (non corrispondenza tra quantitativo consegnato all'assistente di sala e quantitativo presente prima della chiusura) l'assistente di sala e la ferrista avvisano gli Operatori che decidono gli interventi da mettere in atto”. Le misura da mettere in atto in caso di non esattezza del numero dei presidi utilizzati prevedono la ripetizione della conta e la ricerca (...) anche mediante esame radiografico”.

Che, effettivamente, ogni procedura interna all'intervento fu rigorosamente eseguita, si trae dalla durata dello stesso: il Ctu precisa (sulla base dei verbali di intervento) che questi ebbe una durata non inferiore a quella prevista ordinariamente ma, anzi, durò di più: in genere, una operazione quale quella di specie, dura al massimo 120 minuti; nel caso di specie durò 155 minuti. L'équipe medica intervenne così composta: MM (primo operatore, odierna convenuta), FF (assistente), GG (strumentista).

Il Ctu precisa che il personale medico ha la responsabilità del personale paramedico di sala (cd. équipe di sala) e ciò si trae pure sul terreno giuridico. Vi è, però, che, come questo giudice ha già rilevato nella sentenza 488/2010, responsabilità d'équipe non può voler dire responsabilità “oggettiva” non essendo questa la conformazione data dall'art. 1218 c.c. al rapporto obbligatorio.

Ebbene, il consulente stesso precisa che l'anello di scambio tra personale medico e paramedico è nella fase terminale dell'operazione: il ferrista e l'operatore addetto effettuano la conta (nel caso di specie) delle garze e comunicano al medico se vi è corrispondenza o non corrispondenza. Si ricordi, che ciò avviene in una fase delicatissima dell'operazione chirurgica: il paziente ha appena sostenuto l'intervento chirurgico e deve essere immediatamente assistito per la fase conclusiva e di uscita dalla sala operatoria.

Ebbene, *quid juris* dove, come nel caso di specie (v. verbali di intervento), gli addetti alla conta non segnalino la non corrispondenza tra garze usate e garze residue dopo l'intervento? Secondo questo giudice occorre distinguere.

1) Dove gli operatori non effettuino la conta o dove effettuandola dichiarino dubbi o non corrispondenza, il medico è senz'altro responsabile in quanto l'omesso compito del subordinato impone al medico di intervenire e la comunicazione di una non corrispondenza impone di provvedere immediatamente ai compiti di accertamento e verifica (se del caso ecografica). Vi è, allora, **responsabilità per culpa in vigilando da parte del medico.**

2) Dove gli operatori effettuino la conta e effettuandola dichiarino senza dubbio la corrispondenza, il medico non può essere ritenuto responsabile, in quanto la dichiarazione del paramedico impone al medico di intervenire immediatamente per la conclusione dell'intervento, nel senso che ha davanti l'obbligo sanzionabile di portare a termine l'operazione, tenuto conto del fatto che tutti gli intervenuti hanno svolto il loro ruolo. Vi è, allora, che, in questi casi vi è **responsabilità per culpa in eligendo da parte dell'ospedale**, per avere affiancato al medico un paramedico negligente.

In tal modo, così ragionando, non si svilisce il concetto unitario di "responsabilità di equipe" ma, anzi, si valorizza funditus la responsabilità nel contratto con cooperazione creditoria in un settore così delicato come quello della responsabilità medica.

La Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite penali, nella sentenza n. 2437 del 18 dicembre 2008, depositata il 21 gennaio 2009, mutando giurisprudenza, ha recepito in sede penale la tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinviene, dunque, il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 cod. pen., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito.

L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ed attuare – in tal modo – la prescrizione, non meramente enunciativa, dettata dall'art. 2 della Carta, ha base di legittimazione (fino a potersene evocare il carattere di attività, la cui previsione legislativa, deve intendersi come "costituzionalmente imposta"), direttamente nelle norme costituzionali, che, appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale dell'individuo.

Entro tali Principi si "scopre" che l'attività medica è "costituzionalmente imposta" nel senso che il medico realizza e attua un compito della Repubblica verso i cittadini. D'altra parte, non è senza significato la circostanza che l'art. 359 cod. pen. inquadri fra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità proprio i privati che esercitano la professione sanitaria.

Il chirurgo, dunque, non potrà rispondere (...) per il solo fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente, salvo ipotesi teoriche di un intervento "coatto"; "sibbene, proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte". Il succitato principio, espresso dalle Sezioni Unite nella menzionata sentenza, non può non essere collocato anche nel contesto della responsabilità d'équipe proprio alla luce dei rilievi svolti e onde evitare che la responsabilità di tutti i membri dell'équipe tragga linfa sempre e comunque dall'errore di uno dei medici/paramedici così dando la stura ad una Medicina che va a scivolare verso i lidi difensivi e verso un regime giuridico che ricollega il danno al responsabile sulla base di un mero fatto oggetto, senza indagare il terreno della partecipazione psicologica.

Peraltro, il tema della responsabilità medica in caso di lavoro multidisciplinare, quale quello d'équipe, trova un corpus iuris giurisprudenziale, penale e civile, che dà ragione ai rilievi sin qui svolti.

Il comune punto di partenza è che la cooperazione multi-disciplinare nell'ambito dell'attività medico-chirurgica importa il concorso di apporti tecnico-scientifici di più soggetti ai quali sono attribuiti obblighi c.d. divisi di diligenza, cioè differenziati in funzione delle specifiche norme cautelari di riferimento. Di qui la necessità di stabilire, nel caso di esito infausto del trattamento sanitario, se e in che limiti il singolo medico possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ad altri componenti dell'équipe e, dunque, fino a che punto si estendano i suoi obblighi di diligenza, perizia e prudenza laddove si trovi ad operare unitamente ad altri soggetti. La questione è stata affrontata e risolta in dottrina e dalla giurisprudenza penale in base al duplice e speculare principio: 1) del corretto comportamento proprio, rispettoso, cioè, delle regole cautelari adottabili da un agente modello di quel settore specialistico (nel caso di specie la MM, per la sua parte di intervento, non ha commesso alcuna violazione); 1) dell'affidamento nel corretto comportamento altrui.

Tale soluzione si fonda sul principio di autoreponsabilità, per cui ciascuno è tenuto a rispondere solo del proprio operato, che dovrà naturalmente essere improntato al rispetto delle regole di diligenza, prudenza e perizia, senza che il singolo sia gravato dell'obbligo di sorvegliare altresì l'operato altrui.

La tesi presenta l'indubbio pregio di assicurare al singolo medico la possibilità, soprattutto in pratiche particolarmente impegnative, di focalizzare la propria attenzione sullo specifico ruolo che è chiamato a svolgere, senza doversi occupare anche del corretto adempimento dei compiti altrui. Riconosciuta, allora, l'operatività del principio di affidamento nell'ambito dell'attività medica multi-disciplinare, occorre puntualizzarne il contenuto, i presupposti e i limiti. Quanto al contenuto, nelle pronunce della Cassazione il principio di affidamento viene definito come il "principio secondo il quale ciascuno può contare sull'adempimento, da parte degli altri, dei doveri su di essi incombenti" (Cass. Pen., Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568) o, ancora, come il "principio secondo il quale ogni consociato può confidare che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio dell'attività che di volta in volta è in esame" (Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006).

La Suprema Corte, nello specifico caso della dimenticanza di corpi estranei nel corpo del paziente è particolarmente rigorosa. Nel caso specifico di garze laparotomiche (v. Cass. Sez. IV, n. 15282 dell'11 aprile 2008) afferma essere esigibile dal chirurgo capo èquipe il controllo concreto da parte sua che l'incombente della conta delle garze sia stato espletato in concreto da parte del ferrista e che di ciò vi sia traccia documentale. Ebbene: nel caso di specie, di tanto di è prova documentale, avendo anche il CTU ricostruito il conteggio e il materiale usato nell'intervento.

Alla luce delle considerazioni espresse, la responsabilità della convenuta MM va esclusa.

5. DANNO NON PATRIMONIALE

L'ospedale deve rispondere verso gli attori per il danno loro arrecato in conseguenza della condotta negligente dei paramedici addetti alla conta delle garze.

Il danno non patrimoniale è senz'altro risarcibile nel caso di specie, tenuto conto dei principi che governano la materia, come di recente riepilogati dalla Corte Costituzionale nella sentenza Corte cost. 15 dicembre 2010 n. 355 (Pres. De Siano, est. Quaranta). Come è noto, nelle prime interpretazioni che sono state fornite dell'art. 2059 cod. civ. – nella parte in cui prevede tale forma di risarcimento soltanto nei casi previsti dalla legge – si riteneva che la legge richiamata fosse esclusivamente quella penale. In questa prospettiva, diretta a valorizzare il profilo sanzionatorio del danno non patrimoniale – inteso come danno morale subiettivo (sentenza n. 184 del 1986) – era, pertanto, necessario che la condotta posta in essere integrasse gli estremi di un fatto penalmente illecito (quando, invero, nel caso di specie è possibile affermare *in concreto*). La successiva giurisprudenza della Corte delle Leggi (sentenza n. 233 del 2003) e anche della Corte di Cassazione (Cass., Sezioni unite, sentenza 11 novembre 2008, n. 26972) – dopo avere spostato il centro dell'analisi sul danneggiato, e dunque sui profili restitutori, e dopo avere identificato l'esatta natura del danno non patrimoniale come avulsa da qualunque forma di rigidità dogmatica legata all'impiego di etichette o fuorvianti qualificazioni – ha allargato le maglie del risarcimento del danno non patrimoniale, affermando che esso deve essere riconosciuto, fermo restando la sussistenza di tutti gli altri requisiti richiesti ai fini del perfezionamento della fattispecie illecita, oltre che nei casi specificamente previsti dal legislatore, quando viene leso un diritto della persona costituzionalmente tutelato. In definitiva, l'attuale sistema della responsabilità civile per danni alla persona, fondandosi sulla risarcibilità del danno patrimoniale ex art. 2043 cod. civ. e non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., è, pertanto, essenzialmente un sistema bipolare. La Corte di Cassazione, riconducendo ad organicità tale sistema, ha, inoltre, elaborato taluni criteri, legati alla gravità della lesione, idonei a selezionare l'area dei danni effettivamente risarcibili (citata sentenza n. 26972 del 2008). Di significativo rilievo, in particolare, sono le considerazioni che le Sezioni unite hanno espresso in ordine al fatto: che la lesione deve riguardare un interesse di rilievo costituzionale; l'offesa deve essere grave, nel senso che deve superare una soglia minima di tollerabilità; il danno deve essere risarcito quando non sia futile, vale a dire riconducibile a mero disagio o fastidio. Nel caso di specie, lo strappo al diritto alla salute è senz'altro risarcibile, ma pure risarcibile è il danno subito dal marito della attrice.

Quanto al risarcimento del danno subito dal DD, quale vittima secondaria dell'illecito, è noto che il fenomeno della propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito⁷ consente di poter affermare che il trauma ingiusto che colpisce la vittima primaria è idoneo ad arrecare un *vulnus* anche alla sfera dei soggetti a questa vicini, soggetti che divengono vittime secondarie. Ciò, invero, si verifica, non solo ove per la vittima primaria intervenga il decesso ma pure ove questa venga semplicemente ad essere offesa da lesioni.

La chiave di volta utilizzata per affermare la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai prossimi congiunti del soggetto che ha subito lesioni personali/morte è costituita da una rivisitazione del nesso di causalità ai fini dell'individuazione dei danni risarcibili e dall'inquadramento del danno non patrimoniale sofferto dai prossimi congiunti del soggetto leso, nel danno riflesso o di rimbalzo (Cass. civ. 8305/96 – 12195/98 – 8828/03; v. Cass. civ., SS.UU., 22.05.2002 n. 9556).

Il criterio indicato dalla più recente dottrina per la selezione delle c.d. vittime secondarie aventi diritto al risarcimento del danno, pur nella varietà degli approcci, è quello della titolarità di una situazione qualificata dal contatto con la vittima che normalmente si identifica con la disciplina dei rapporti familiari, ma non li esaurisce necessariamente, dovendosi anche dare risalto a certi particolari legami di fatto. Questa situazione qualificata di contatto, la cui lesione determina un danno non patrimoniale, identifica dunque la sfera giuridica di coloro che appaiono meritevoli di tutela e al tempo stesso costituisce limite a tale tutela.

Non è superfluo aggiungere che questa conclusione appare in sostanziale sintonia con la risoluzione adottata dal Consiglio di Europa il 14 marzo 1975 (Resolution (75) 7 "relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès"), che ha indicato, per gli Stati che ammettono questa forma di risarcimento e al fine di uniformare i principi, i criteri per il riconoscimento dei danni da lesione corporale del prossimo congiunto.

Va, tuttavia, precisato che il danno non patrimoniale di cui si discute è, comunque e pur sempre, un danno conseguenza che, dunque, va provato. La Suprema Corte, infatti, afferma che in tema di risarcimento del danno ai prossimi congiunti di persona che abbia subito lesioni, a causa di fatto illecito altrui, spetta anche il risarcimento del danno morale che, comunque, deve essere provato in concreto da colui che lo invoca, sia pure sulla base di indizi che consentano di pervenire ad una sua prova presuntiva (Cass. civ., Sez. III, 8 novembre 2006, n.23865). Quanto alla prova, ai fini di tale valutazione, l'intensità del vincolo familiare può già di per sé costituire un utile elemento presuntivo su cui basare la ritenuta prova dell'esistenza del menzionato danno morale, in assenza di elementi contrari (v. Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n.1203).

Nel caso in esame, pare assolutamente certo ritenere che il marito della vittima abbia patito uno sconvolgimento della sua stessa esistenza, per la privazione improvvisa e non attesa del legame coniugale nella sua "integrità": quanto basta a ricavare da un fatto noto (il rapporto di coniugio) un fatto non noto (il danno).

Il giudizio conclusivo è in sintonia con il costume giurisprudenziale ormai consolidato della Suprema Corte. Secondo Cass. Civ., Sez. III, sent. 5 ottobre 2010 n. 20667 (Pres. Varrone, rel. Filadoro), ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa del fatto illecito altrui, lesioni personali/morte, spetta anche il risarcimento del danno non patrimoniale, concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto dell'art. 1223 c.c., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire "iure proprio" contro il responsabile (Cass. 9556 del 2002).

Vi è, quanto in specie, al danno non patrimoniale come richiesto dagli attori che vanno fatte delle precisazioni, recependo la più recente giurisprudenza. Il pregiudizio, infatti, è uno solo (v. Sezioni unite civili, sentenza n. 557/09; depositata il 14 gennaio) seppur nel suo polimorfismo che contraddistingue ogni danno da lutto, come noto idoneo a violare il superstite nella sua dimensione più intima.

⁷ Cass. civ., Sez. III, 19 agosto 2003, n.12124

Certo è che sussiste un preciso onere a carico del danneggiato di fornire elementi utili e ulteriore rispetto a quelli presuntivi per potere ottenere una modulazione del danno e una sua personalizzazione, circostanza che, nel caso di specie, induce ad applicare in via equitativa una somma calcolata con prudente apprezzamento. E infatti, al di là degli elementi in fatto illustrati, il danneggiato non fornisce ulteriori spunti per un incremento della voce risarcitoria.

Per tali motivi è errata la proposta dell'attore di liquidare, in via di cumulo, sia il **danno morale che il danno esistenziale**: il fatto di Lesione che vi sta alla base è lo stesso anche se il danneggiato utilizza etichette diverse per descriverlo. E allora, il danno è uno solo e, semmai, con elementi da provare, il danneggiato può chiedere un incremento anche in misura esponenziale. Nella piattaforma probatoria manca qualunque elemento per tale aumento che, dunque, viene negato.

Il danneggiato lamenta, infatti, come detto un **danno non patrimoniale anche esistenziale**. Quanto a tale voce di pregiudizio, va precisato – come si è autorevolmente scritto in dottrina – che le sentenze gemelle delle Sezioni Unite, dell'11 novembre 2008, nel tentativo di estirpare la *"gramigna risarcitoria esistenzialista (...) allargatasi a dismisura"*, hanno, però, mantenuto in vita *"il pregiudizio (o danno) esistenziale, collegato però al filtro dei diritti costituzionali inviolabili"*. La battaglia terminologica combattuta sul terreno giurisprudenziale non ha, cioè, condotto ad una rimozione dei concetti radicatisi sul terreno risarcitorio e, seppur sotto altre spoglie e in una nuova accezione lessicale, il (presunto) defunto danno esistenziale è, in realtà, risarcibile ogni qual volta il

danneggiato allega un pregiudizio ad un interesse giuridico diverso dall'integrità psico-fisica e morale e germinato da norme di rango costituzionale.

Come ha scritto la più autorevole Dottrina della Scuola esistenzialista, "sotto il profilo pratico niente cambia (...) per il danno esistenziale (come le prime reazioni giurisprudenziali già confermando): - in più passaggi si insiste, da parte delle S.U., sul principio del risarcimento integrale: "È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione"; - viene rimarcato ogni tanto, in modo esplicito, che oltre al danno biologico e oltre alla sofferenza morale vanno risarciti i "pregiudizi di natura esistenziale".

Ad ogni modo, nella sua accezione di danno autonomo ovvero in quella di componente del danno onnicomprensivo, nel caso di specie la domanda va rigettata. Il danneggiato, per ottenere il ristoro del pregiudizio esistenziale, deduce un peggioramento della vita dell'attore, con indicazioni generiche. Ma si tratta di mere dichiarazioni rimaste statiche in atto di citazione e che non disegnano un danno diverso da quello onnicomprensivo non patrimoniale.

Come ha da tempo insegnato la Dottrina, il danno esistenziale *"consiste nelle ripercussioni negative dell'illecito sulla vita quotidiana del danneggiato"* e va inteso quale peggioramento dell'assetto degli interessi facenti capo alla vittima dell'illecito. Si tratta di conseguenze "oggettivamente rilevabili e che sussistono a prescindere dalla situazione personale del soggetto leso. "Il punto, quindi, non è quello di dare rilevanza a stati psicologici o emotivi della vittima: occorre semplicemente stabilire fino a che punto la vita dell'interessato è cambiata rispetto a quella che veniva condotta precedentemente all'illecito".

E' chiaro, dunque, se queste sono le coordinate entro cui si traccia la vita del danno esistenziale, che si tratta di un pregiudizio dinamico e vitale che si apprezza nel raffronto fra una condizione precedente all'illecito ed una condizione successiva all'illecito stesso. Il danno esistenziale, cioè, va provato ed emerge sul terreno probatorio. Nel caso di specie, l'attore, anche mediante la prova di fatti secondari in funzione probatoria di fatti principali posti a fondamento della domanda, avrebbe potuto offrire un minimo indice fattuale a supporto della tesi, rimasta lettera morta nel libello introduttivo.

Come hanno insegnato le Sezioni Unite (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 24 marzo 2006, n. 6572) il danno esistenziale - da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore,

ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - *va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) - il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico - si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.*

La domanda, carente di prova, va dunque rigettata.

6. LIQUIDAZIONE: ATTRICE BB

La liquidazione del danno non può che avvenire in via equitativa, con una valutazione complessiva del danno non patrimoniale, potendosi ricorrere a presunzioni sulla base di elementi obiettivi, forniti dal danneggiato o ricavabili dalle prove documentali.

Dovendo sperimentare uno strumento di quantificazione del danno non patrimoniale confacente a tali conclusioni, possono dirsi adeguate le nuove tabelle del danno non patrimoniale elaborate dall'Osservatorio per la Giustizia civile del Tribunale di Milano. Ed, infatti, tali tabelle descrivono i criteri liquidatori del danno, consolidati nella prassi, con un adeguamento alla situazione economica e sociale attuale e si distinguono per diffusione sul territorio.

La scelta dell'uso della tabella milanese è consentita a questo Giudice. La Suprema Corte, infatti (cfr. la recente decisione Cass. civ., sez. III, sentenza 26 gennaio 2010 n. 1524) ha affermato, in materia di risarcimento del danno non patrimoniale, che il parametro di liquidazione tabellare è un mero criterio di stima e di calcolo tendente ad uniformare l'attività liquidatoria a casi che tra di loro prospettano similitudini e che presuppone il determinante ragguaglio delle tabelle medesime alle peculiarità del caso concreto: ed, allora, *“non pare potersi ritenere sussistente alcun diritto del danneggiato ad ottenere la liquidazione del danno in oggetto in base a tabelle in uso presso un determinato Ufficio Giudiziario piuttosto che in un altro”*. Ciò perché, il Giudice, nella scelta di una determinata tabella, ha un suo potere discrezionale con il solo limite di dovere esaustivamente rendere edotte le parti del pregio di tale scelta: al riguardo, valga quanto sin qui detto in ordine alla opportunità delle tabelle adottate da questo Ufficio (quelle milanesi).

Quanto alle coordinate per la liquidazione, si attinge al bacino dei dati della consulenza tecnica d'ufficio.

La DD ha subito un danno permanente biologico pari al 25% oltre a ITT per 20 giorni, ITP al 75% per 60 giorni; ITP al 50% per 90 giorni. La somma ricavata dall'applicazione delle tabelle milanesi va maggiorata degli accessori.

L'importo globale è comprensivo di: a) danno biologico e danno morale; b) ITT e ITP; c) spese mediche come riconosciute dal CTU a pag. 25 della perizia.

Costituendo l'obbligazione di risarcimento del danno un'obbligazione di valore sottratta al principio nominalistico, la rivalutazione monetaria è dovuta a prescindere dalla prova della svalutazione monetaria da parte dell'investitore danneggiato ed è quantificabile dal giudice, anche d'ufficio, tenendo conto della svalutazione sopravvenuta fino alla data della liquidazione. È altresì risarcibile il nocumento finanziario (lucro cessante) subito a causa del ritardato conseguimento della somma riconosciuta a titolo di risarcimento del danno, con la tecnica degli interessi computati non sulla somma originaria né su quella rivalutata al momento della liquidazione, ma sulla somma originaria rivalutata anno per anno ovvero sulla somma rivalutata in base ad un indice medio.

Il danno biologico, alla data della sentenza, è pari a: 179.020,00.

Tale danno richiede, però, necessariamente un'opera di personalizzazione, tenuto conto dei seguenti indici: 1) l'incidenza del danno sull'attività lavorativa della danneggiata (essendo ininfluente che questa svolga il lavoro di casalinga, Cass. civ. 16986/2010); 2) gli esiti cicatriziali riportati); 3) la particolare gravità dell'illecito e, quindi, l'intolleranza soggettiva verso tale illecito da parte del danneggiato; 4) gli effetti diretti patologici riverberatisi sul piano psicologico, per l'insorgenza degli esiti depressivi; 5) l'incidenza sulla vita sessuale.

Alla luce di tali indici, questo giudice, applicato il criterio equitativo pure, reputa che vada applicata una ulteriore somma, già attualizzata, corrispondente a ¼ dell'importo base.

Il danno è, così, maggiorato dell'importo di Euro 44.755,00 e il pregiudizio complessivo è di Euro 223.775,00.

7. LIQUIDAZIONE: ATTORE DD

La liquidazione del danno non può che avvenire, anche in questo caso, in via equitativa, con una valutazione complessiva del danno non patrimoniale, potendosi ricorrere a presunzioni sulla base di elementi obiettivi, forniti dal danneggiato o ricavabili dagli atti. In particolare è indice primario il rapporto di coniugio e la particolare incidenza negativa che sul rapporto hanno avuto le cicatrici, la specifica allocazione del danno iatrogeno, l'incidenza negativa sulla vita sessuale.

Al DD spetta, all'attualità, un danno che si stima equo riconoscere in complessivi Euro 20.000,00.

Per tutti i motivi esposti, in via equitativa, si riconoscono le seguenti somme, liquidate all'attualità (e, dunque, già rivalutate e con interessi legali).

DANNEGGIATO	LIQUIDAZIONE ALL'ATTUALITÀ
BB	€ 223.775,00.
DD	€ 20.000,00
TOTALE	EURO 243.775,00

8. REGOLAMENTAZIONE DELLE SPESE DI LITE

In tutti i rapporti processuali diversi da quello Attori – Ospedale, le spese vanno compensate. Come ha affermato la giurisprudenza di merito (Trib. Lamezia Terme, ordinanza 12 luglio 2010) la compensazione ricorre in ipotesi di istruttoria particolarmente problematica caratterizzata dalla sovrapposizione ed incompatibilità tra elementi fattuali in parte favorevoli ad una parte ed in parte all'altra (c.d. complessità in fatto); ovvero in ipotesi di controversia specialmente complessa perché vertente in materia interessata da ius superveniens oppure oggetto di oscillanti orientamenti giurisprudenziali (c.d. complessità in diritto). Anche le Sezioni Unite della Suprema Corte (v. Cass. civ., Sez. Un., 3 settembre 2008, n. 20598) hanno indicato quali sino le ipotesi nelle quali l'istituto della compensazione può trovare spazio nella sentenza del giudice e, tra di essi, rientrano: 1) la presenza di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisiva; 2) la presenza di oggettive difficoltà di accertamenti in fatto sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti; 3) la presenza di una palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa e il costo delle attività processuali richieste; 4) la presenza di un comportamento processuale ingiustificatamente restio a proposte conciliative

plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali. Ebbene, nel caso di specie, sicuramente è ricorrente l'ipotesi sub 2.

Nei rapporti tra ospedale e attori, va applicato il principio della soccombenza. Le spese di lite vanno liquidate giusta la natura ed il valore della controversia, l'importanza ed il numero delle questioni trattate, nonché la fase di chiusura del processo. Come hanno insegnato le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, il principio di adeguatezza e proporzionalità impone *"una costante ed effettiva relazione tra la materia del dibattito processuale e l'entità degli onorari per l'attività professionale svolta"* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 11 settembre 2007, n. 19014). Ad atti, risulta prodotta, nota spese del difensore della parte vittoriosa ex art. 75 disp. att. c.p.c., che appare calcolata in modo congruo ma che – per i principi sin qui illustrati - va adeguata, negli onorari, al decusum, diverso dal disputatum tenuto conto dell'esito del giudizio (SSUU 19104/2007). Vanno aggiunti, il rimborso dell'iva e del Cpa giusta l'art. 11 legge 20 settembre 1980, n. 576.

9. SPESE DI CTU

Pur consapevole di un indirizzo pretorile di contrario avviso (invero, risalente: Cass. civ., sez. 2, sentenza n. 1247 del 18 febbraio 1983), questo giudice, aderendo all'orientamento di Cassazione più recente, reputa che il compenso dovuto al C.T.U. abbia il suo fondamento nella peculiare natura della prestazione, effettuata a favore di tutti i partecipanti al giudizio in funzione del superiore interesse di giustizia (art. 61 c.p.c.), ponendosi così su un piano diverso da quello della soccombenza che presiede la regolazione delle spese fra le parti (Cass. civ., sez. I, sentenza n. 28094 del 30 dicembre 2009). E', dunque, ben possibile che, a prescindere dalla soccombenza, le spese di consulenza vengano poste a carico solidale delle parti. Nel caso di specie, la regolamentazione delle spese di CTU così come liquidate in corso di causa, va posta a carico dei parti principali (attori – ospedale), in solido, poiché comune è stato l'interesse all'accertamento della verità.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE DI VARESE,
SEZIONE PRIMA CIVILE,

in composizione monocratica, in persona del giudice dott. Giuseppe Buffone, definitivamente pronunciando nel giudizio civile iscritto al n. ... dell'anno 2006, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e difesa, così provvede:

■ □ ■

DICHIARA la responsabilità dell'ospedale convenuto per le lesioni riportate dalla sig.ra BB e per l'effetto **ACCOGLIE**, nei limiti di cui in parte motiva, la domanda degli attori.

RIGETTA la domanda degli attori nei confronti delle convenute YY e MM, per le ragioni esposte in parte motiva.

CONDANNA l'Ospedale convenuto al pagamento, in favore della parte attrice (BB e DD), della somma di €. 243.775,00, calcolata all'attualità, oltre interessi ulteriori, al saggio legale, dalla sentenza e sino al soddisfo. La somma è comprensiva del danno non patrimoniale e di quello patrimoniale.

CONDANNA l'Ospedale convenuto al pagamento delle spese di lite in favore della parte attrice che

LIQUIDA

come segue, ai sensi dell'art. 91 c.p.c.

Spese	€. 462,70
Diritti	€. 7.229,00
Onorari	€. 8.120, 00

Vanno aggiunti il rimborso forfetario ex art. 14 D.M. 8 aprile 2004 n. 127, il rimborso dell'Iva e del Cpa giusta l'art. 11 legge 20 settembre 1980, n. 576.

COMPENSA tra tutte le altre parti le spese del giudizio

PONE a carico della parte attrice e dell'Ospedale le spese della consulenza tecnica d'ufficio, così come liquidate in corso di giudizio, in solido, condannando l'Ospedale alla restituzione delle somme versate a tale titolo dall'attrice in corso di giudizio, in conseguenza del decreto provvisorio di pagamento. L'ospedale, pertanto, è tenuto a versare la propria quota agli attori.

MANDA alla cancelleria per i provvedimenti di competenza

SENTENZA IMMEDIATAMENTE ESECUTIVA COME PER LEGGE

Varese, li 12 gennaio 2011

DOTT. GIUSEPPE BUFFONE

CASO.it
Il giudice