

FATTO¹

L'excurus diagnostico-clinico oggetto di lite non è contestato e i soli profili di contesa riguardano la configurabilità, nel caso di specie, di un danno iatrogeno essendo fonte di divergenti opinioni la sussistenza o meno, nella materia del giudizio, di una ipotesi di responsabilità medico-sanitaria. Ve ne è conferma nella comune decisione dei difensori delle parti di ritenere opportuna e necessaria, ai fini dell'istruttoria, una CTU medico-legale disposta ad hoc dal Tribunale in corso di giudizio.

L'attore M accusava, quale sintomatologia prima dell'intervento, cefalea in sede frontale, algie in regione fronto-etmoidale destra, fotofobia, senso di pressione in regione frontale destra. In data 04/05/2005 il M eseguiva una TAC seni paranasali presso "Day Hospital" Srl di Marsala: in cui si evidenziava la "presenza di discreta quota di tessuto flogistico nel seno frontale destro ove si apprezza anche una formazione cistica che rimodella il tavolato cranico. Necessario studio con mezzo di contrasto. Normale normostruttura e grado di pneumatizzazione delle restanti cavità aeree nasali e paranasali. Setto nasale in asse. Bilateralmente normale aspetto delle strutture orbitali".

Il Paziente in data 17/05/2005 veniva, quindi, ricoverato presso l'Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi di Varese. La cartella clinica (n°MMM) riporta testualmente: da alcuni mesi cefalea frontale gravativa persistente, non secrezioni endonasali, non anosmia. Venivano eseguiti diversi esami strumentali: esami ematochimici, markers epatite, HIV, ECG, Rx Torace, Rx cranio, RMN Encefalo e Massiccio-facciale, con e senza mdc. Quest'ultimo, eseguito in data 18/05/2005, rilevava: "alterazione di segnale in corrispondenza del comparto frontale di destra. Si associa un rimodelling delle pareti anteriori e posteriori del seno frontale destro senza evidenti segni di discontinuità di queste stesse ed invasioni intracraniche. L'alterazione di segnale appare più verosimilmente compatibile con mucoccele". Veniva conseguentemente impostata terapia antibiotica, cortisonica con copertura gastrica.

In data 24/05/2005 il paziente veniva stato sottoposto ad intervento chirurgico di senotomia frontale Draf tipo 2° per empiema frontale destro. Descrizione dell'intervento: asportazione guscio frontale IV° tipo destro, revisione e regolarizzazione del dotto naso-frontale destro, si tampona il seno frontale destro a dito di guanto. Nei giorni successivi venivano eseguite delle medicazioni e, in data 30/05/2005, il paziente veniva dimesso con terapia medica e visita di controllo.

Il paziente dopo l'intervento riferiva cefalea persistente con algie in sede fronto-etmoido-mascellare destra. Si rivolgeva pertanto al medico di base il quale prescriveva una TAC massiccio-facciale. In data 28/06/2005: eseguiva visita postoperatoria ORL presso l'Ospedale di Varese, prima con l'aiuto primario poi con il Responsabile dell'Unità Operativa, Prof. MMM. Vista la persistenza della

¹ 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

cefalea il ricorrente veniva ricoverato in data 13/09/2005 presso l'Ospedale S. Giovanni Battista di Torino.

La cartella clinica dell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Battista di Torino (n°MMM) riporta i seguenti dati: dolore in regione frontale destra e regione retro oculare da maggio 2005. Intervento chirurgico in data 14/09/2005. Descrizione intervento: incisione coronale, apertura dello sportello della parete anteriore del seno frontale, aspirazione endosinusale, fresatura e dilatazione dell'ostio del seno frontale, ampia comunicazione del seno con la fossa nasale; posizionato tubicini di drenaggio endosinusale. Decorso regolare senza complicanze maggiori e minori. Eseguita TAC massiccio-facciale in data 21/09/2005. Il referto così recita: "nei confronti del precedente controllo allegato del 28/06/2005 eseguito in altra sede, si evidenzia incremento volumetrico del tessuto della densità delle parti molli localizzato in corrispondenza del seno frontale destro, attualmente estesa ad occupare pressoché totalmente la suddetta cavità pneumatica paranasale, ed interessa le cellule etmoidali anteriori dello stesso lato".

Con la citazione introduttiva del giudizio, depositata in cancelleria in data 9 giugno 2008, l'attore riteneva che il secondo intervento chirurgico fosse stato reso necessario e non altrimenti evitabile in conseguenza della negligenza medica nell'esecuzione del primo, da ritenere, dunque, fonte di responsabilità contrattuale dei soggetti intervenuti, il dott. Castelnuovo e l'Ospedale di Varese. In particolare, secondo l'attore, l'errore medico era da rintracciare nella persistenza, pur dopo il primo intervento, di materiale cistico nei seni nasali dell'attore, segno evidente di un operato chirurgico insoddisfacente per non avere il paziente raggiunto l'esito sperato (evacuazione dei seni dalla formazione cistica). Secondo l'attore, la responsabilità del medico convenuto traeva linfa dalla considerazione per cui "*il mucocele generalmente non si riforma e, comunque, non in un così breve lasso di tempo*" (citazione, pag. 4). Sempre secondo l'attore, inoltre, la tecnica adottata dal medico nel primo intervento (operazione per via endoscopica) pareva inadatta alla luce della tecnica impiegata nel secondo e risolutivo intervento (Ogston-Luc).

I convenuti si costituivano chiedendo il rigetto della pretesa risarcitoria avversaria, ritenendo la domanda infondata i fatto e diritto (comparsa, pag. 5).

In data 16 ottobre 2009, delibando sulle istanze istruttorie ex art. 183, comma VII, c.p.c., il giudice ammetteva la CTU richiesta, nominando un perito esterno al circondario di Varese – su conforme parere del Presidente del Tribunale ex art. 22 disp att. c.p.c. -, in persona del dr. MMM, esperto otorinolaringoiatra, con specializzazione in patologie cervico facciali ed iscritto nell'albo dei consulenti del Tribunale di Brescia (I, 168).

La perizia veniva depositata (tempestivamente) in cancelleria in data 24 giugno 2010 e le parti venivano abilitate, in corso di procedimento istruttorio, a svolgere le rispettive deduzioni difensive sull'elaborato, cui il CTU replicava come da indicazioni del Tribunale impartite all'udienza del giuramento ex art. 193 c.p.c., tenuta in data 22 gennaio 2010.

All'udienza del 9 luglio 2010, successiva al deposito della perizia, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni, in data 22 aprile 2011. I

termini per gli scritti conclusivi, concessi ex art. 190 c.p.c., scadevano l'11 luglio 2011.

DIRITTO

Va preliminarmente rilevato che il difensore di parte attrice non ha eletto domicilio nel circondario di Varese, avendo, nel mandato alle liti, indicato l'indirizzo del proprio studio in Milano (facente capo ad altro circondario). Orbene, l'avvocato esercente la propria professione al di fuori del circondario del tribunale ha l'obbligo di eleggere domicilio presso il luogo dove ha sede l'ufficio giudiziario competente per il giudizio, e l'elezione di domicilio in un luogo diverso dal predetto va considerata *tamquam non esset*, con l'effetto che l'elezione di domicilio s'intende avvenuta *ope legis* presso la cancelleria del tribunale dove si svolge il giudizio (Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2008, n. 15500), giusta l'art. 82, comma II, r.d. 22 gennaio 1934 n. 37, norma che va interpretata nel senso che *anche la sentenza conclusiva del processo può essere notificata presso la cancelleria di detto giudice* (Cass. civ., sez. I, 03 agosto 2007, n. 17055; v. anche Corte cost., ord. 19 gennaio 2007, n.5; v. anche Cass. civ., Sezioni Unite, sentenza n. 20845 del 5 ottobre 2007). La sostanza non muta con l'introduzione delle modalità comunicative a mezzo fax o email, atteso che tali modalità non hanno abrogato la norma sopra indicata e ritenuto che esse siano facoltà dell'Ufficio ma non anche obbligo.

Sempre preliminarmente va rilevato che in corso di giudizio è stata disposta consulenza tecnica d'Ufficio. Giova rilevare che il Consulente ha adottato un metodo di indagine serio e razionale, provvedendo a rilievi cartolari e fotografici e con esame dettagliato e diagnostico della situazione, secondo le direttive di cui al quesito formulato dal magistrato. 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 tecnico - specialistico, 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 tecnica e 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). Le critiche rivolte all'elaborato d'Ufficio vanno disattese in quanto la parte 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 che, peraltro, ha anche dettagliatamente replicato alle critiche che sono state rivolte al Suo operato.

Orbene, prima di procedere alla soluzione della lite, è opportuno illustrare gli esiti della CTU di cui già si è detto.

1. ESITI DELLA CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

Per dirimere i dubbi sollevati dalle deduzioni attoree, che tracciano l'inadempimento qualificato ascrivibile al medico, occorre muovere dalla patologia su cui i sanitari sono intervenuti. Va, infatti, precisato che con il libello introduttivo del giudizio, l'attore allega la responsabilità del medico sotto due profili e non altri (art. 112 c.p.c.): l'insuccesso dell'intervento come esito infausto non giustificato se non dalla colpa del sanitario; l'inidoneità della tecnica praticata e scelta per il trattamento della patologia; entrambi profili ritenuti causalmente ricollegabili dal danno subito (quindi: un danno iatrogeno).

1.1. TRATTAMENTO DEL MUCOCELE CON TECNICA ENDOSCOPICA.

Il mucocele è una lesione pseudocistica benigna, la quale origina da una cavità naso-sinusale quando il suo ostio naturale di drenaggio è bloccato. La formazione di un mucocele può derivare da processi infiammatori, da chirurgia pregressa, dalla formazione di osteomi, da alterazioni del tessuto osseo come ad esempio la displasia fibrosa. Tutte le patologie sopraccitate possono causare un intrappolamento della mucosa all'interno del seno nasale con un blocco del drenaggio delle secrezioni prodotte all'interno del seno stesso. Il mucocele, se localizzato nel seno frontale ed etmoidale anteriore, si presenta con i seguenti sintomi: edema periorbitale, proptosi, cefalea frontale e riduzione della motilità oculare. Se, invece, si presenta nell'etmoide posteriore e nello sfenoide può dare problemi di diagnosi e si presenta con disturbi visivi, cefalea generalizzata, diplopia e dislocazione dell'orbita. Lo studio della persistenza del mucocele è oggetto di approfondimenti in letteratura in quanto alcune cause determinano la ricorrenza della malattia sia nel caso di utilizzo di un approccio chirurgico endoscopico, che mediante la chirurgia esterna per via tradizionale. Uno studio del 1998 (segnalato dal CTU) evidenzia che vi sono fattori patologici predisponenti che possono portare alla ricorrenza a prescindere dalle diverse tecniche. Il primo fattore favorente la ricorrenza del mucocele è costituito dalla pressione di tipo erosivo esercitata dal mucocele sulla struttura epiteliale della mucosa nasale. Il secondo va attribuito alla presenza di fattori di riassorbimento - quali ad esempio la prostaglandina (PGE2), l'interleukina 1 e fattori di necrosi tumorale - situati tra l'interfaccia mucocele-osso. Nel 2001 un'altra indagine internazionale (indicata dal CTU) *riporta uno studio retrospettivo che stabilisce l'efficacia della chirurgia endoscopica nel trattamento di 103 pazienti affetti da mucocele, di questi, 66 localizzato nel seno frontale.* La ricorrenza della patologia è stata riscontrata in un paziente (0,9%). Nel 2005, altra letteratura medica (prontamente individuata dal perito, riporta uno studio analitico retrospettivo con lo scopo di determinare il miglior approccio chirurgico. Lo studio è composto da 255 pazienti affetti da mucocele.; 201 mucoceli (69,3%) sono stati trattati mediante chirurgia endoscopica nasale, il 18,6% approccio esterno osteoplastico, il 10% approccio combinato endoscopia/procedura osteoplastica. La ricorrenza del mucocele fu riscontrata in 4 pazienti (2,2%), l'1,6% per quelli trattati mediante approccio endoscopico.

L'approccio osteoplastico combinato con la chirurgia endonasale è indicata solo quando il mucocele è localizzato molto lateralmente nel seno frontale o quando è localizzato nel seno mascellare. Nel 2005, altro Autore, in uno studio analitico retrospettivo condotto su 57 pazienti affetti da mucocele, trattati con chirurgia endoscopica nasale, evidenzia tre condizioni che possono costituire dei fattori di rischio per la ricorrenza del mucocele: infezione acuta al momento dell'atto chirurgico, la presenza di mucoceli multipli e l'estensione significativa

della patologia al di fuori del seno paranasale. Nel 2009 uno studio spagnolo retrospettivo evidenzia la validità della tecnica endoscopica: 72 pazienti, di questi 48 pazienti trattati con chirurgia endoscopica nasale. Vi sono state 7 ricorrenze di malattia: 5 nel gruppo chirurgia esterna tradizionale e 2 con chirurgia endoscopica.

Ebbene, gli studi riportati (Belgio, Spagna, Germania, etc.) consentono di ritenere che il trattamento del mucocele, con chirurgia endoscopica, sia non solo corretto ma anche preferibile in quanto costituente la best practice di settore, in ragione della sua maggiore idoneità al contrasto della patologia. Si vuol dire che, un professionista dotato della media diligenza professionale, nelle condizioni del dr. C, al cospetto del paziente M, avrebbe senz'altro praticato una tecnica endoscopica, in quanto costituente comportamento di elevata diligenza professionale, viste le leggi scientifiche di copertura e la letteratura medica sussistente sul punto.

In altri termini, l'aver scelto, come tecnica chirurgica, il trattamento endoscopico, non può essere ritenuto comportamento colposo per negligenza, imperizia o imprudenza. Appurato che la modalità chirurgica prescelta non può fondare un addebito di responsabilità sul piano soggettivo, occorre, quindi, verificare se l'obbligo di prestazione primaria sia stato eseguito in modo corretto o, invece, quivi, non si rintracci invece un errore medico, sub specie di inadempimento del sanitario convenuto.

1.2. PRESTAZIONE CHIRURGICA PRIMARIA E NESSO CAUSALE

Il Ctu segnala che, sin dal 1989, sono stati proposti una varietà di approcci per il trattamento del mucocele. La chirurgia endoscopica è una procedura conservativa che rappresenta oggi una valida alternativa per il trattamento del mucocele frontale, etmoidale e sfenoidale. Occorre tener presente che questo tipo di procedura richiede una tecnica meticolosa e una conoscenza intima dell'anatomia. Sebbene la chirurgia funzionale endoscopica abbia rivoluzionato il trattamento di numerose patologie rino-sinusalì, tra cui i mucoceli, l'approccio terapeutico al mucocele frontale non è univoco. Rimane tuttora valida per alcuni mucoceli complicati l'indicazione chirurgica alla "open surgery". Nel caso specifico del sig. M il mucocele non è da ascrivere alle lesioni estese al corno laterale del seno, plurisepimentato, con estensione orbitaria e/o cerebrale, pertanto si è optato per una chirurgia meno invasiva. La sintomatologia del ricorrente antecedente il primo intervento chirurgico risulta essere concordante con i reperti anamnestici e clinico-strumentali. Dai documenti e dalle indagini radiologiche in possesso del perito, si evince che l'intervento endoscopico nasale deve ritenersi corretto, in quanto il chirurgo otorinolaringoiatra dell'Ospedale di Varese ha seguito l'iter preoperatorio in modo completo, pianificando la strategia terapeutica in base alla localizzazione della patologia, alla sua estensione, alla sua dimensione e alle caratteristiche anatomiche delle strutture endonasali. Dall'analisi della letteratura medica internazionale si evince che attualmente i chirurghi rinologi preferiscono utilizzare la tecnica endoscopica sia perché meno invasiva, sia perché tende a preservare meglio la mucosa nasale, tenendo presente i parametri chirurgici molto precisi che riguardano la localizzazione, l'estensione, la dimensione e i fattori anatomici che costituiscono la regione del seno frontale: l'ostio di comunicazione con il seno etmoidale, la struttura delle precamere che compongono il recesso frontale.

Ebbene, i rilievi del perito, ricchi di riferimenti completi, chiari e univoci, consentono di ritenere che il trattamento del mucocele, con chirurgia endoscopica, fu non solo corretto nelle modalità ma anche corretto nell'esecuzione, nel senso che l'operato chirurgico del dr. C, al cospetto del paziente M, non può dirsi errato per colpa determinata da negligenza, imperizia o imprudenza ovvero colpa specifica.

I rilievi del CTP di parte attrice, in ordine alla validità, come referenti, degli Studi Internazionali, sono manifestamente infondati. Gli studi scientifici della comunità medica internazionale costituiscono un elemento di sicura validità per rintracciare la *best practice* in un determinato settore chirurgico, posto che forniscono, in modo statistico, all'operatore, le probabilità e percentuali di successo di un determinato trattamento operatorio.

E' opportuno rilevare che il CTU, nel suo ricco elaborato, segnala pure quanto segue: *"Occorre tener presente che questa tecnica non è perfetta, infallibile, pertanto può comportare insuccessi e quindi portare alla ricorrenza della patologia"*. In particolare, replicando alle critiche del CTP dell'attore, il CTU evidenzia che *"la recidiva precoce di un mucocele, come studiato in letteratura, è un evento possibile"*. Tale rilievo, però, non tende a legittimare, come vorrebbe l'attore, una responsabilità del medico quanto a giustificare l'eventualità (possibile come decorso fisiologico non ordinario) di una riemersione della patologia, argomento che non può costituire, per quanto detto, motivo di inadempimento all'obbligo di prestazione ma, semmai, un inadempimento all'obbligo del consenso informato dove il medico non avesse correttamente e completamente informato il paziente dei possibili effetti dannosi o collaterali dell'intervento: ma tale profilo è estraneo al giudizio.

Si vuol dire che, per sua natura, l'attività medico-chirurgica, è sovente (se non sempre) possibile dante causa di danni al paziente o esiti diversi da quello sperato, ma non per la cattiva esecuzione dell'intervento (quanto giustificerebbe una censura ex art. 1218 c.c.) quanto per la stessa essenza dell'attività invasiva di chirurgia che può comportare, anche a intervento chirurgico bene eseguito, degli effetti inevitabili in reazione all'organismo soggettivo dell'operato. Sotto tale versante, una responsabilità del medico che ha bene agito è ipotizzabile in caso di inadempimento all'obbligo informativo, accessorio alla prestazione correttamente eseguita. Ipotesi qui non contestata.

Alla luce dei rilievi sin qui illustrati, vanno condivise le conclusioni finali del CTU: *"dall'analisi del caso clinico in esame, non si intravede alcun nesso di causalità tra la condotta tenuta dal chirurgo e l'evento lesivo. Il chirurgo otorinolaringoiatra ha infatti scrupolosamente seguito le metodologie e le tecniche consigliate dalla letteratura medica in materia, pertanto non vi sono elementi e anomalie tali da suggerire errore medico"*.

Non sussiste un illecito del sanitario essendovi difetto vuoi dell'elemento soggettivo (colpa medica) vuoi dell'elemento oggettivo (nesso causale tra presunto danno e intervento del sanitario).

La domanda è, dunque, infondata e va rigettata.

2. AUTOLEGITTIMAZIONE DELL'ATTIVITÀ MEDICA

La responsabilità del medico, vuoi su richiesta diretta del paziente, vuoi per intermediazione della struttura sanitaria, ha carattere negoziale contrattuale e non anche aquiliano (Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362). Ciò discende dalla natura giuridica dell'obbligazione assunta dal sanitario nei confronti del paziente, su cui il Collegio di Cassazione, nell'ermeneutica di recente conio, conferma l'orientamento tradizionale, secondo il quale si tratta di una responsabilità avente natura contrattuale (Cass. 22 dicembre 1999, n. 589; Cass. 29.9.2004, n. 19564; Cass. 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085 del 2006)².

La contrattualizzazione della responsabilità medica ha delle ricadute dirette sul riparto degli oneri probatori: in applicazione, infatti, della normativa sui rapporti contrattuali e dei principi elaborati in tema di adempimento del credito, il paziente, quale creditore della prestazione sanitaria, è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale e può limitarsi a dedurre l'inadempimento del debitore; inadempimento che deve essere astrattamente efficiente alla produzione del danno (Cass. sez. un. 11.1.08, n. 577). Sarà, invece, il debitore della prestazione, cioè, nel caso di specie, la struttura sanitaria ed i medici, a dover provare, per andare esente da responsabilità che inadempimento non vi è stato o che è dipeso da fatto a lui non imputabile (Cass. 14.7.04, n. 13066) ovvero che, pur esistendo, non è stato causa del danno (Cass. sez. un. n. 577/08 cit.).

Egual 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.

Va, però, precisato, in linea con le indicazioni delle Sezioni unite (v. Cass. civ., Sez. Un., sentenza 11 gennaio 2008 n. 577), che, in materia di responsabilità medica, l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento *non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno*. Ciò comporta che *l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Ebbene, nel caso di specie, di fronte alla allegazione qualificata del creditore, il debitore, avvalendosi dei risultati di favore della CTU, ha dimostrato di avere eseguito la prestazione secondo modalità e criteri corretti, così offrendo la prova (positiva) dell'esatto adempimento, smentendo la deduzione attorea che, invece, profilava un inadempimento almeno sotto due profili già illustrati.

² Come noto, la tesi della responsabilità da contatto cd. qualificato trova il suo archetipo logico-giuridico nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico in quanto «ai confini tra contratto e torto».

Né l'effetto collaterale concretamente verificatosi in conseguenza dell'intervento (sommministrato in via di informazione al paziente) decreta per ciò solo una responsabilità del medico, principio di diritto che andrebbe a frantumare la natura stessa della responsabilità sanitaria, degradandola a responsabilità oggettiva, soprattutto in presenza di casi del genere, in cui si registra una ipotesi di recidiva della patologia "combattuta" dal medio e, nonostante la corretta esecuzione della prestazione, riemersa dopo l'intervento.

La Corte regolatrice ha, di recente, avuto modo di rimeditare *funditus* il problema della responsabilità medica, per affermare, in particolare con la sentenza Cass. pen., Sezioni Unite, 21 gennaio 2009 n. 2437, la validità generale, in *subiecta materia*, della tesi civilistica della cosiddetta autolegittimazione della attività medica, la quale rinviene 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. 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, rendendo dunque davvero incoerente l'ipotesi che una professione ritenuta, in sé, "di pubblica necessità", abbisogni, per legittimarsi, di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorché attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente. Se di scriminante si vuol parlare, dovrebbe, semmai, immaginarsi la presenza, nel sistema, di una sorta di "scriminante costituzionale", tale essendo, per quel che si è detto, la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico chirurgica in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (è il caso, come è noto, degli interventi a carattere sperimentale puro o scientifico, e degli interventi che si risolvano in un trattamento di pura estetica).

Dalla natura "costituzionale" dell'attività medica, "imposta" dalla Legge a tutela del paziente, discende che le "conseguenze" dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le "lesioni" che esso "naturalisticamente" comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute. Il chirurgo, in altri termini, non potrà rispondere per il sol fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente; 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. E', quindi, in questo contesto che andrà verificato l'esito, fausto o infausto, dell'intervento e quindi parametrato ad esso il concetto di responsabilità, tramite un giudizio di "merito" che, nel contesto di opinioni discordanti, accerti quella da ritenere preferibile o, se possibile, corretta rispetto alle altre.

Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito lege artis, e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia e abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una responsabilità medica dove la patologia riemerge in sede di recidiva o via siano effetti collaterali, trattandosi di eventi negativi che non sono causalmente legati all'errore del medico ma alla stessa attività chirurgica, in ciò ritenuta non anti-giuridica dalla stessa Carta Costituzionale.

3. REGOLAMENTAZIONE DELLE SPESE DI LITE

Le spese della Consulenza tecnica d'ufficio, in ragione dell'esito del giudizio, vanno poste integralmente a carico dell'attore. Trattasi dell'importo liquidato in via provvisoria a carico solidale delle parti, con decreto di pagamento del 24 giugno 2010 (in atti).

Quanto alle spese di lite, esse debbono essere compensate.

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: sono, a titolo esemplificativo: 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, ricorre senz'altro il parametro sub 2) in conseguenza dell'effettiva delicatezza tecnica delle questioni affrontate le quali hanno trovato composizione completa solo tramite l'intervento del professionista specializzato, ricorrendo ad una disamina non agevole attorno alle voci di letteratura scientifica nel panorama internazionale.

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. 2854 dell'anno 2008, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e difesa, ed assorbita ogni ulteriore questione non espressamente trattata, così provvede:

■ □ ■

RIGETTA, per le ragioni di cui in parte motiva, le domande proposte da M contro l'ospedale convenuto e C

COMPENSA tra le parti del giudizio, in modo integrale, le spese del processo.

PONE, in via definitiva e esclusiva, a carico dell'attore M, le spese della

Consulenza Tecnica d'ufficio liquidate con decreto di pagamento del 24 giugno 2010, e lo condanna a rifondere, alle altre parti, quelle anticipate dalle stesse in virtù del suddetto decreto provvisorio, oltre agli interessi legali dalla sentenza e sino al soddisfo.

MANDA alla cancelleria per i provvedimenti di competenza e perché la sentenza sia comunicata.

Varese, li 22 luglio 2011

**IL GIUDICE
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE**