



TRIBUNALE DI

Verbale con sentenza in udienza ex art. 281 sexies c.p.c. nella seguente causa:

- R.G.

- giudice:

dott.ssa

- attore:

C.F. in proprio e quale esercente la responsabilità genitoriale sul minore nato a il , entrambi sia in proprio che quali eredi della , rappresentato e difeso dagli e Carlo Cavalletti ed elettivamente domiciliato in presso lo studio dell'Avv. da procura rilasciata a margine dell'atto di citazione

- convenuta:

(C.F.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti e ed elettivamente domiciliata in presso la sede aziendale, come da procura rilasciata a margine della comparsa di costituzione e risposta

- convenuto-contumace:

, residente in

- terza chiamata:

, in persona del procuratore speciale **non in proprio ma in qualità di Rappresentante generale degli** ; elettivamente domiciliato in presso lo studio dell'Avv. , che lo rappresenta e difende come da procura rilasciata in calce alla copia notificata dell'atto di citazione per chiamata in causa

- terza chiamata:

, P.IVA, in persona del procuratore speciale, rappresentata e difesa dagli Avv.ti ed elettivamente domiciliata in presso lo studio del secondo difensore, come da procura rilasciata in calce alla comparsa di costituzione e risposta

La convenuta concludeva pertanto: in via pregiudiziale di rito, per la declaratoria di nullità del ricorso e di improcedibilità dell'azione; nel merito, per il rigetto delle domande attrici ed, in ipotesi, di essere garantita e manlevata dalla _____

e dalla _____, in caso di accoglimento, anche parziale, delle domande attrici.

A tal fine chiamava in causa la _____ la quale, ritualmente costituitasi, eccepiva, in rito, l'improcedibilità della domanda per mancato esperimento della mediazione, nel merito, la mancata copertura assicurativa per i fatti relativi all'intervento effettuato nel 2000, stante la non operatività della polizza n. _____. Sempre nel merito, contestava le domande attrici in punto di *an* e di *quantum*, associandosi alle difese svolte in proposito dall'_____. Concludeva pertanto, in via pregiudiziale, per la declaratoria di improcedibilità dell'azione, nel merito, per il rigetto di tutte le domande proposte nei suoi confronti.

_____, parimenti chiamata in causa dall'_____ convenuta, si costituiva in giudizio associandosi alle eccezioni pregiudiziali sollevate dalla chiamante, ma eccependo in via preliminare di merito la prescrizione del diritto alla garanzia assicurativa, nonché, subordinatamente, la coassicurazione ripartita per quote tra varie compagnie. Sempre nel merito, contestava le domande attrici in punto di *an* e di *quantum*, associandosi alle difese svolte in proposito dall'_____. Concludeva quindi per il rigetto di tutte le domande proposte nei suoi confronti.

Il dr. _____, seppur ritualmente citato a seguito di rinnovo della notifica del ricorso, non si costituiva in giudizio, sicché deve esserne dichiarata la contumacia.

Con ordinanza del 2.12.2012 veniva disposto il mutamento di rito, dovendosi procedere ad un'istruzione non sommaria, in considerazione della complessità della vicenda sanitaria della *de cuius*, delle voci di danno oggetto di domanda risarcitoria (*iure proprio e iure hereditatis*) e delle articolate difese svolte dalla convenuta e dalle terze chiamate.

Motivi della decisione

§ 1. - Sulla improcedibilità dell'azione

Stante la riproposizione in sede di precisazione delle conclusioni, da parte della terza chiamata _____, dell'eccezione di improcedibilità dell'azione, deve ribadirsi in questa sede quanto già correttamente osservato dal precedente giudice istruttore, e cioè che il ricorso che ha radicato il presente procedimento è stato iscritto in epoca antecedente al 21.03.2011 e non doveva, pertanto, essere preceduto, ai fini della procedibilità, dal tentativo di mediazione.

Per completezza va rilevato che la data di instaurazione del procedimento è quella del deposito del ricorso, avvenuto in data 21.01.2011, e non quella della notifica dell'atto, in quanto la litispendenza di

Repert. n. 1141

del 10/05/2011

tutte le procedure radicate con ricorso si determina con il deposito del medesimo e non con la sua notifica, e ciò a prescindere dalla natura cautelare o meno del procedimento.

E' infatti la forma dell'atto prevista dall'ordinamento a determinare la litispendenza e non l'eventuale natura cautelare del procedimento che si instaura a seguito della proposizione del ricorso.

L'eccezione *de qua* è pertanto destituita di fondamento.

§ 2. - Sulla legittimazione attiva

In rito occorre rilevarsi d'ufficio che, sebbene _____ sia divenuto *medio tempore* maggiorenne, lo stesso deve considerarsi ancora rappresentato in giudizio dal padre. Sul punto si osserva che in base al principio di ultrattività della rappresentanza processuale, tale rappresentanza non cessa automaticamente allorché il minore diventa maggiorenne ed acquista, a sua volta, la capacità processuale, rendendosi necessario che il raggiungimento della maggiore età sia reso noto alle altre parti mediante dichiarazione, notifica o comunicazione della circostanza con un atto del processo. La rappresentanza processuale del minore, infatti, non cessa automaticamente, nell'ambito della stessa fase processuale, allorché il minore diventa maggiorenne, ove si tenga conto che il minore divenuto maggiorenne, seppure non si sostituisca al suo legale rappresentante, è, in ogni caso, la parte in senso sostanziale del processo nei cui confronti la sentenza spiegherà validamente tutti i suoi effetti. Resta ovviamente impregiudicato il diritto del rappresentato ad intervenire, nell'ambito della stessa fase, con la costituzione volontaria in conseguenza del raggiungimento della maggiore età e fermo l'onere della sua autonoma costituzione, per i fini in questione, nei successivi gradi di giudizio.

§ 3. - Sulla nullità del ricorso

Le questioni pregiudiziali relative alla nullità del ricorso e della C.T.U. espletata nel procedimento di A.T.P. sono ormai prive di rilievo, l'Azienda convenuta non avendo riproposto tali eccezioni in sede di precisazione delle conclusioni, con conseguente implicita rinuncia.

§ 4. - Sulla responsabilità

§ 4.1 Va preliminarmente osservato che la vicenda sanitaria oggetto di causa non è regolata dalla c.d. Legge Balduzzi, né in punto di *an* né di *quantum*, poiché non ha efficacia retroattiva, ritenendo questo Tribunale condivisibile l'ormai consolidato principio giurisprudenziale, secondo cui: "Il principio dell'irretroattività della legge comporta che la legge nuova non possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di esso. Lo stesso principio comporta, invece, che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando

essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in sé stessi, prescindendosi completamente dal collegamento con il fatto che li ha generati in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore.” (cfr., *ex multis*, Cass. civ. n. 16620 del 03.07.2013, Cass. civ. n. 2126 del 31.01.2006).

Nel caso di specie, tutte le conseguenze dannose dei fatti lamentati dalla parte attrice, posti a fondamento della domanda di risarcimento dei danni, si sono prodotte ed esaurite con il decesso della *de cuius*, avvenuto in data 2.07.2006, quindi prima della proposizione della presente causa, nonché dell'accertamento tecnico preventivo e precedentemente all'entrata in vigore della succitata normativa.

Ciò posto, secondo l'orientamento della giurisprudenza formatosi prima dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi, in tema di responsabilità della struttura ospedaliera e sulla conseguente ripartizione dell'onere probatorio, la responsabilità della struttura sanitaria ha natura contrattuale sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto che viene configurato come autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive, c.d. contratto di “assistenza sanitaria”, al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento stabilite dall'art. 1218 c.c. Per quanto concerne poi le obbligazioni mediche che la struttura svolge attraverso i propri medici ausiliari, il fondamento della responsabilità dell'ente va individuato nell'adempimento delle obbligazioni direttamente riferibili alla struttura, la quale è tenuta a fornire al paziente una prestazione assai articolata, che ingloba al suo interno, oltre la prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cosiddetti di protezione ed accessori. Una volta inquadrata nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria nel rapporto con il paziente, i criteri di ripartizione dell'onere probatorio sono quelli seguiti in materia contrattuale. Ne discende che grava sul creditore ai sensi dell'art. 2697 c.c., sia che agisca per l'inadempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per inadempimento contrattuale, l'onere di provare il contratto relativo alla prestazione sanitaria e il danno, nonché allegare l'inadempimento del debitore e, più precisamente, un inadempimento qualificato, cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno; compete invece al debitore dimostrare o che tale inadempimento non c'è stato, ovvero che pur essendovi stato non può configurarsi nella fattispecie come causa del danno (cfr., *ex multis*, Cass. n. 577/2008).

Più specificatamente, in punto di allegazione del danno, la Corte di legittimità ha recentemente ribadito che: “*Nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica, l'attore ha l'onere di allegare e di provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno ed il nesso causale, mentre ha l'onere di allegare, ma non di provare, la colpa del medico;*

quest'ultimo, invece, ha l'onere di provare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, è dipeso da causa a sé non imputabile. Pertanto, è il danneggiato che agisce per l'affermazione della responsabilità del medico che ha l'onere di provare la sussistenza di un valido nesso causale tra fatto del sanitario e danno; solo fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta" (Cass. n. 18341/2013).

Si osserva inoltre - sempre ai fini del riparto dell'onere probatorio - che non rileva la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, costituendo essa un parametro di valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, e restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà (cfr. Cass. n. 23918/2006; Cass. n. 10297/2004); per qualificare una prestazione professionale come atto implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, rileva sia la novità e speciale complessità dei problemi tecnici, sia il grado di abilità necessaria per affrontarli, sia il margine di rischio che l'esecuzione dell'atto medico comporta, mentre non costituisce circostanza di significato univoco l'alto tasso di esiti negativi di un determinato intervento su una certa patologia (Cass. civ. n. 10297/2004).

§ 4.2 La causa è stata istruita con i documenti in atti ed è stato espletato accertamento peritale d'ufficio sulla vicenda sanitaria oggetto di causa.

Non sono state invece ammesse le istanze di prova orale formulate dalla parte attrice nella memoria ex art. 183, comma 6 n. 2 c.p.c., ribadendosene in questa sede l'inammissibilità, poiché articolate genericamente e perciò irrilevanti.

Quanto alle istanze di prova orale dedotte dall'Azienda convenuta e dalla terza chiamata devono ritenersi implicitamente rinunciate, poiché dette parti in sede di precisazione delle conclusioni non hanno insistito nelle relative richieste, da ritenersi rigettate dal precedente giudice, avendo disposto la sola c.t.u. medico-legale (v. Cass. Ordinanza n. 10748/2012). La convenuta ha infatti concluso come da memoria ex art. 183, comma 6 n. 1 c.p.c., mentre la terza chiamata si è limitata a concludere genericamente "come in atti", con tale espressione intendendosi quindi le conclusioni formulate nella comparsa di costituzione e risposta (non è stata depositata la memoria ex art. 183, comma 6 n. 1 c.p.c.), sicché le diverse conclusioni avanzate sul punto nella comparsa conclusionale sono inammissibili, poiché tardive.

Ciò premesso, la vicenda sanitaria relativa alla Sig.ra è stata oggetto di consulenza tecnica d'ufficio espletata dal dr. nel procedimento di A.T.P. ante causam, svoltosi nel contraddittorio dell' e non anche nei confronti delle terze chiamate, nonché di consulenza tecnica d'ufficio espletata dal dr. nel presente giudizio.

Le conclusioni del consulente dr. _____ e le repliche alle osservazioni dei consulenti di parte contenute nella relazione peritale depositata 5.01.2015 risultano prive di omissioni, esenti da vizi logici, complete, esaurienti, perfettamente motivate, prive di ogni considerazione aprioristica e ampiamente suffragate dagli accertamenti effettuati e dalle risultanze delle indagini ordinate, per cui ritiene il giudice non doversene discostare.

Viceversa, risultano generiche ed indeterminate le conclusioni del consulente dr. _____ in merito al nesso di causalità tra l'esecuzione non corretta dell'intervento effettuato nel luglio 2000 con la (non meglio precisata) perdita di *chances* di guarigione della *de cuius*, sicché alcuna rilevanza su tale specifico punto può assumere il fatto, dichiarato dal C.T.U., che *"I consulenti di parte intervenuti, Dott. _____ per il ricorrente sig. _____ e Dott. _____ per la convenuta _____ concordano con la metodologia seguita e le considerazioni cliniche e medico-legali"*.

V'è peraltro da osservare che l'incarico conferito al dr. _____ a differenza di quello conferito al dr. _____ non faceva espressa menzione dell'accertamento dell'eventuale perdita di chances (rapportata alla guarigione e alle aspettative di vita) conseguita all'adozione di un erroneo *modus operandi* in relazione agli interventi del 2000 e del 2004, bensì prevedeva (più genericamente) di estendere *"l'esame del nesso causale tra i protocolli utilizzati e l'esito finale della morte"*. In sostanza, il primo accertamento peritale è lacunoso e carente in ordine al nesso di causalità tra l'intervento del 2000 e l'evento morte della *de cuius* anche per scarsa chiarezza ed incisività dello stesso quesito. Ed, infatti, il C.T.U. dr. _____

si limita ad affermare un principio generale, cioè che *"L'esecuzione di un intervento non corretto dal punto di vista della radicalità oncologica riduce le possibilità prognostiche di guarigione"*, concludendo apoditticamente ed in modo assolutamente generico che *"peraltro, nella fattispecie non è possibile fornire una quantificazione certa della percentuale di "perdita di chances"*. Tanto premesso, dai documenti prodotti, nonché dalle valutazioni e dagli accertamenti peritali effettuati dal consulente tecnico d'ufficio dr. _____, riguardo all'intervento effettuato nel luglio 2000 è emerso che:

- la *de cuius*, già sottoposta nel 1997 a quadrantectomia mammaria destra e svuotamento del cavo ascellare per carcinoma e successivo trattamento radioterapico e chemioterapico, in data 17.07.2000 è stata sottoposta ad intervento di tumorectomia ed escissione del linfonodo sentinella, non preceduto da una stadiazione diagnostica eseguita mediante le indagini di imaging (mammografia ed ecografia), né da un accertamento citologico o istologico (agoaspirato o agobiopsia) della lesione, che avrebbe consentito una programmazione chirurgica più appropriata;
- la cartella clinica è totalmente lacunosa sul versante anamnestico, tanto da non consentire di ricostruire l'iter diagnostico che ha eventualmente preceduto il trattamento chirurgico;
- l'intervento chirurgico è stato eseguito solo a seguito del riscontro occasionale del nodulo mammario da parte della paziente, senza alcun percorso diagnostico strumentale;

- il modulo di consenso informato risulta generico e non contiene la specificazione del tipo di patologia e del trattamento proposto ed è, altresì, privo di data e di controfirma da parte del medico;
- in data 19.07.2000 la *de cuius* è stata sottoposta a un reintervento di quadrantectomia della mammella con revisione dei margini e svuotamento ascellare in continuità;
- nel diario clinico risulta una dicitura datata 25.07.2000, ove si legge “*Prospettata la mastectomia che la paziente rifiuta al momento*”, ma in quanto successiva all'intervento di quadrantectomia, non può assumere alcuna valenza scriminante;
- la neoplasia riscontrata era rappresentata da un carcinoma duttale infiltrante di tipo T2 (dimensione massima di 2 cm) ed N1 (metastasi su linfonodo ascellare) e la mammografia successiva alla tumorectomia era risultata negativa per la presenza di altri foci neoplastici e/o di microcalcificazioni.

Sulla base di tali oggettive risultanze, il C.T.U., in rapporto all'effettuazione del duplice intervento del luglio 2000, ha conclusivamente ritenuto: *“La scelta di procedere ad intervento di tumorectomia senza eseguire preventivamente gli opportuni esami diagnostici (mammografia, ecografia, agoaspirato) è da ritenersi non corretta. L'effettuazione di tali esami avrebbe, con ogni verosimiglianza, consentito una adeguata stadiazione del tumore e dunque una corretta pianificazione preoperatoria, inducendo direttamente all'esecuzione dell'intervento di quadrantectomia. Le conseguenze pregiudizievoli di tale condotta sono esclusivamente limitate al fatto di aver sottoposto la sig.ra Viani ad un intervento altrimenti evitabile, ma i cui effetti sull'integrità psico-fisica della paziente sono da ritenersi nulli in quanto completamente “assorbiti” dall'intervento successivo. L'aver procrastinato di due giorni l'effettuazione dell'intervento definitivo di quadrantectomia non ha inciso, neppure minimamente, sulle chances di guarigione della paziente. La scelta di procedere, in seconda istanza, all'intervento di quadrantectomia piuttosto che a quello di mastectomia (a prescindere dalla problematica del consenso) è da ritenersi adeguata alle caratteristiche istopatologiche della neoplasia, anche in relazione alla giovane età della paziente, potendosi garantire in tal modo ovviamente un miglior risultato estetico (con effetti positivi anche sul piano psicologico) rispetto all'intervento radicale. Non vi sono evidenze scientifiche che dimostrino una differenza, in termini di peggiori prospettive di sopravvivenza a medio-lungo termine, dell'intervento di quadrantectomia rispetto alla mastectomia, non ravvisandosi dunque, neppure sotto questo aspetto, una contrazione delle chances di sopravvivenza della paziente. L'esito infausto della patologia, che ha condotto al decesso della paziente a distanza di 6 anni dalla diagnosi del carcinoma alla mammella sinistra, non è stato quindi concausato*

data la scarsa vascolarizzazione del tessuto sottocutaneo irradiato" (v. pagg. 21-22 relazione dr. _____).

Entrambi i consulenti convengono inoltre sul fatto che a causa di tale errata condotta si è determinata una condizione di malattia, rappresentata dal decubito della protesi e dalla conseguente necessità di reintervento nel gennaio 2005 e di definitiva rimozione nel febbraio dello stesso anno.

Il dr. _____ in proposito ha rilevato come da tale condizione di malattia sia derivato alla Sig.ra _____ un periodo di inabilità temporanea assoluta di 60 giorni e di inabilità temporanea parziale al 50% di ulteriori 60 giorni, nonché un danno estetico, da inquadrarsi come danno biologico permanente, quantificabile nella misura del 12-13% (avuto riguardo alla valutazione corrente, nel caso di esiti di una mastectomia, nella misura del 20-30%).

Entrambi i consulenti escludono, infine, che il periodo di interruzione della chemioterapia per circa due mesi, avvenuta a causa delle complicazioni verificatesi a seguito dell'intervento ricostruttivo possa aver comportato perdita di chances di sopravvivenza in rapporto al trattamento della malattia neoplastica.

Conclusivamente, deve affermarsi l'imperizia e la negligenza del dr. _____ e della struttura sanitaria, ovvero dell'Azienda _____, nonché la responsabilità dei medesimi, in via solidale, per i suesposti danni cagionati alla paziente _____ a seguito dell'intervento del novembre 2004.

§ 5. - Sui danni

§ 5.1 - I danni iure hereditatis

Come sopra osservato, il C.T.U. dr. _____ ha accertato che la *de cuius*, in conseguenza dell'errato intervento del novembre 2004, ha riportato un danno biologico da cui è derivato un periodo di inabilità temporanea assoluta di 60 giorni e parziale al 50% di ulteriori 60 giorni, nonché un danno (di natura estetica) permanente quantificabile nella misura del 12-13%.

Nessun danno biologico è stato invece ravvisato dal consulente in ordine all'intervento di tumorectomia effettuato in data 17.07.2000, ritenendo che "*Le conseguenze pregiudizievoli di tale condotta sono esclusivamente limitate al fatto di aver sottoposto la sig.ra _____ ad un intervento altrimenti evitabile, ma i cui effetti sull'integrità psico-fisica della paziente sono da ritenersi nulli in quanto completamente "assorbiti" dall'intervento successivo*".

Ciò posto, ai fini del risarcimento, il danno biologico deve essere considerato "*in relazione all'integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica sé stessa nella propria vita; non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e a ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua*

personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana" (Corte Cost. n. 356/1991; Corte Cost. n. 184/1986): il danno biologico deve cioè essere inteso in senso dinamico-relazionale.

Inoltre la Cassazione Sez. Unite, con le note sentenze n. 26972/2008 e n. 26973/2008, ha ritenuto che, nell'ambito del danno non patrimoniale, il riferimento a determinati tipi di pregiudizi, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. E' 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.

Le SS.UU. hanno inoltre esplicitamente negato possa assurgere a dignità di voce autonomamente risarcibile il cosiddetto danno esistenziale, poiché la tutela risarcitoria postula la sussistenza della *"lesione dell'interesse in termini di ingiustizia costituzionalmente qualificata, restando diversamente esclusa in radice (al di fuori dei casi previsti dalla legge) l'invocabilità dell'art. 2059 cc"*, ed hanno infine posto l'accento sulla necessità di evitare ogni duplicazione risarcitoria tra danno biologico e morale o tra quest'ultimo e quello da perdita del rapporto parentale, fermo restando che il giudice di merito *"dovrà procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza"*.

Deve procedersi dunque alla determinazione personalizzata del ristoro, tenendo conto della gravità delle lesioni, dei ricoveri ospedalieri, dell'entità dei postumi permanenti, dell'età, delle attività e condizioni sociali, nonché del grado ed intensità dell'afflizione dovuta alle lesioni, purché tali peculiari aspetti siano allegati e provati.

Al riguardo, questo tribunale ha adottato le tabelle del Tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione all'integrità psico-fisica, le quali prevedono la liquidazione congiunta del danno non patrimoniale conseguente alla lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, sia nei suoi risvolti anatomico-funzionali sia relazionali, e del danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di "dolore", "sofferenza soggettiva", ritenuto sussistente in via presuntiva in riferimento ad un dato tipo di lesione, quale quella in oggetto.

Nel caso di specie, considerata la giovane età della *de cuius* e il lungo calvario conseguente agli interventi ai quali è stata sottoposta per la cura della patologia di base, tenuto altresì conto dell'entità del danno estetico permanente accertato, ed essendo stata provata in via presuntiva, quale pregiudizio ulteriore e diverso da quelli in esame, la particolare sofferenza di grave

intensità per il proprio aspetto fisico deturpato dall'errato intervento del 2004, deve procedersi ad una personalizzazione della liquidazione del danno nella misura equitativamente determinata del 30%, tenuto conto che nel valore monetario "medio" assunto a riferimento (c.d. "Punto danno non patrimoniale") la componente del danno non patrimoniale per la "sofferenza soggettiva" (ex danno morale) viene già di per sé liquidata mediante un aumento, nella fattispecie, del 28%.

Anche in relazione alla liquidazione *pro die* del danno non patrimoniale da inabilità assoluta (100%), appare equo aumentare il valore fino al 30%, essendo la stessa stata sottoposta a un reintervento chirurgico nel gennaio 2005 e alla definitiva rimozione delle protesi nel febbraio dello stesso anno.

Va tuttavia rilevato che la *de cuius* è deceduta non molto tempo dopo l'intervenuto del novembre 2004 a causa della patologia della quale era affetta, vale a dire per cause diverse dalla vicenda sanitaria oggetto di causa (come accertato dal C.T.U. dr. _____).

Al riguardo l'orientamento uniforme della giurisprudenza ritiene che, in caso di decesso del danneggiato per causa non ricollegabile alla menomazione risentita in conseguenza dell'illecito, l'ammontare del danno spettante agli eredi del defunto *iure successionis* va parametrato alla durata effettiva della vita del danneggiato, e non a quella probabile, in quanto la durata della vita futura, in tal caso, non costituisce più un valore ancorato alla mera probabilità statistica, ma è un dato noto (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. 18.01.2016 n. 679). In particolare, i valori monetari corrispondenti al danno biologico – e più in generale al danno non patrimoniale – che spettano, *iure successionis*, agli eredi devono essere ridotti, dovendosi sostituire alla normale valutazione probabilistica della speranza di vita quella del concreto danno prodottosi con riferimento allo specifico periodo di vita durante il quale il soggetto leso ha dovuto vivere con una ridotta capacità psicofisica, ciò in quanto la liquidazione del danno biologico è finalizzata a risarcire il pregiudizio derivante al soggetto leso per dovere affrontare il restante periodo di vita con ridotte capacità psicofisiche; a tale valutazione deve procedersi mediante criterio equitativo (Cass. n. 2297/2011; Cass. n. 5332/2003; Cass. n. 19057/2003).

Ritiene questo giudice che un criterio equitativo possa essere quello di fare un proporzione tra l'entità del danno biologico per invalidità permanente liquidato in relazione alla speranza di vita media per le donne, che in Italia è stimata in circa 84 anni, con la vita effettivamente vissuta dalla *de cuius*, calcolando così proporzionalmente l'entità del danno biologico per invalidità permanente.

Tanto premesso, sulla base delle richiamate tabelle del Tribunale di Milano, tenuto conto dell'età della Sig.ra al momento dell'intervento del novembre 2004 (36 anni), il danno non patrimoniale può essere così liquidato all'attualità:

- inabilità temporanea assoluta € 7.488,00 (€ 124,80 x 60 gg.), parziale al 50% € 3.744,00 (€ 62,40 x 60 gg.);
- invalidità permanente € 42.068,80 (12,5 x 3.138,00 x 0,825 x 30%).

Procedendosi alla proporzione di cui sopra, il danno per invalidità permanente liquidabile ammonta ad € 18.029,49 (42.068,80 : 84 = X : 36).

Il danno non patrimoniale subito dalla *de cuius* è quindi pari a complessivi € 29.261,49.

Quanto al danno per violazione del consenso informato, va preliminarmente osservato che, secondo il consolidato orientamento della Corte di legittimità, la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: sia un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava l'onere della prova, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti, sia un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso, che sussiste quando, a causa della mancata informazione, il paziente ha subito un pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, diverso dalla lesione del diritto alla salute (cfr., *ex multis*, Cass. civ. 30.09.2014 n. 20547).

Ne discende che, nell'ipotesi di inosservanza dell'obbligo di informazione in ordine alle conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto viene a configurarsi a carico del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) una responsabilità per violazione dell'obbligo del consenso informato, in sé e per sé, non assumendo alcuna influenza, ai fini della sussistenza dell'illecito, se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno. Ciò che rileva è che il paziente, a causa del deficit di informazione non sia stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, consumandosi, nei suoi confronti, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza, fisica e psichica.

Nel caso di specie, il C.T.U. dr. ha evidenziato che, sia il modulo di consenso informato relativo all'intervento del luglio 2000, sia quello relativo all'intervento del novembre 2004 sono assolutamente generici, in quanto non contengono alcuna specificazione del tipo di patologia e del trattamento proposto e sono, altresì, privi di data e di controfirma da parte del medico.

Poiché tale violazione – come osservato dal consulente dr. – non ha inciso sulle possibilità di guarigione della *de cuius*, il danno in questione va liquidato equitativamente come lesione del diritto all'autodeterminazione, ma in misura inferiore al danno non

patrimoniale derivante dalla lesione dell'integrità psico-fisica. Nel caso in esame, tale danno può essere liquidato equitativamente alla attualità nella misura del 50% del danno non patrimoniale di cui sopra e, quindi, in € 14.630,74.

Nessun danno da perdita di chances di sopravvivenza può essere invece liquidato agli eredi per le ragioni suesposte in punto di responsabilità.

Il danno *iure hereditatis* ammonta pertanto a complessivi € 43.892,23.

Per il mancato godimento *ex tunc* di tale somma, spettano sino alla data del pagamento gli interessi legali sulla somma capitale devalutata all'epoca del fatto (luglio 2004) e successivamente rivalutata anno per anno secondo gli indici Istat ed infine gli interessi legali sulla somma complessiva come risultante, dalla presente decisione al saldo effettivo (Cass. n. 1712/1995).

§ 5.2 - I danni *iure proprio*

Poiché il danno da perdita di chances di sopravvivenza di [redacted] deve ritenersi, nel caso di specie, escluso, non può essere riconosciuto alla parte attrice alcun danno patrimoniale (per perdita del reddito della *de cuius* e per [asserita e non provata] perdita di reddito del marito per dover assistere il figlio) e non patrimoniale (per perdita del congiunto, per danno esistenziale o della vita di relazione). La domanda risarcitoria sul punto va dunque respinta.

§ 6. - Sulle domande di manleva

§ 6.1 Nei confronti della terza chiamata [redacted], va accolta la domanda di manleva proposta dall' [redacted] a in forza della polizza n. [redacted] in vigore dal 4.01.2006 e con copertura dal [redacted] l, in quanto, trattandosi di polizza c.d. *claims made* (al pari dell'altra polizza stipulata dalle parti n. [redacted] in vigore dal [redacted] al [redacted] con effetti retroattivi), il sinistro è stato denunciato in data [redacted].

Al riguardo deve rilevarsi che, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria, e soltanto in presenza di determinate condizioni può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (cfr. Cass. civ. 6.05.2016 n. 9140).

Stante la validità della clausola *claims made* apposta su entrambe le polizze ([redacted] convenuta non essendo un "consumatore"), va dunque esclusa la copertura della polizza n. [redacted] e, quindi, esclusa la copertura dei lamentati danni conseguenti all'intervento del luglio 2000. Tuttavia, poiché i danni liquidati alla parte attrice sono riconducibili unicamente all'intervento del novembre 2004, la terza

chiamata è tenuta a garantire e tenere indenne l'Assicurato di quanto sia tenuta a corrispondere alla parte attrice per capitale, accessori e spese di lite (comprese le spese di CTU del presente giudizio e del procedimento di A.T.P.), nei limiti del massimale previsto in polizza e previa erosione della franchigia aggregata.

Poiché infine la copertura dell'intervento del novembre 2004 è limitata alla polizza stipulata con la terza chiamata Assicurato, non può farsi luogo all'applicazione della disposizione di cui all'art. 1910 c.c.

§ 6.2 Il rigetto delle domande attrici proposte nei confronti dell'Assicurato in relazione all'intervento del luglio 2000 comporta, naturalmente, l'assorbimento della domanda di manleva proposta dalla convenuta nei confronti della terza chiamata Assicurato, atteso che la polizza stipulata dalle parti era del tipo c.d. *loss occurrence* con decorrenza dal 1.10.1999 al 30.09.2004, per cui la compagnia non può essere chiamata a rispondere dei danni provocati dall'azienda sanitaria a seguito dell'intervento del novembre 2004.

Ciò premesso in via assorbente, deve rilevarsi, per mera completezza espositiva, l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione del diritto all'indennizzo assicurativo sollevata dalla terza chiamata.

Ai sensi dell'art. 2952 c.c., i diritti derivanti dal contratto di assicurazione si prescrivono in due anni dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui si fonda il diritto; nella assicurazione della responsabilità civile il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione.

Nel caso in esame, è un dato pacifico, e comunque rilevabile dagli atti e documenti di causa, che parte attrice non aveva contestato i fatti di cui all'intervento del 2000 con la originaria richiesta di risarcimento danni, avendoli denunciati specificatamente per la prima volta soltanto nel ricorso introduttivo di questo giudizio (notificato all'Assicurato in data 18.03.2011), di talché deve ritenersi tempestiva la denuncia della convenuta effettuata nei confronti della Assicurato mediante notifica dell'atto di citazione per chiamata di terzo in data 26.05.2011.

§ 7. - *Le spese di lite*

Le spese di lite per la fase di A.T.P. e per il presente giudizio seguono il principio della soccombenza, per cui, tenuto conto del parziale accoglimento delle domande attrici, vanno poste a carico delle parti convenute, in via solidale, per 1/2 e compensate per il resto, con diritto al rimborso di tali somme da parte dell'Assicurato a (oggi Assicurato).

Le spese di lite nei confronti della terza chiamata Assicurato.

Dette spese sono liquidate in dispositivo con applicazione dei criteri stabiliti dal previgente D.M. n. 127/2004 per la fase di A.T.P. e dal vigente D.M. n. 55/2014, per il presente giudizio, in applicazione del principio espresso dalla Cassazione SS.UU. n. 17405/2012. La determinazione del compenso viene effettuata secondo il valore medio di liquidazione

