

Tribunale di Varese - 2ª Sezione civile, in composizione monocratica, nella persona del Dott. Giuseppe Fazio

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

XX, con atto di citazione notificato in data 8 luglio 2003, ha chiamato in giudizio la disciolta USSL Ambito Territoriale presso il Presidio Sanitario Multizonale di Assistenza Ospedaliera ZZ, in persona del legale rappresentante pro tempore, chiedendone la condanna al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, da lui asseritamente subiti per via dell'intervento chirurgico di *exeresi del retto residuo e ricanalizzazione intestinale con ileo-anastomia con pouch terminale a J*, effettuato nel predetto nosocomio il 31 gennaio 1994, a seguito del quale egli era rimasto impotente a generare per eiaculazione retrograda, subendo così una diminuzione del venti per cento della propria validità psicofisica.

Asseriva, infatti, l'attore che, a seguito dell'indicato e correttamente eseguito intervento chirurgico di *colectomia totale, ileostomia terminale in fossa iliaca destra, drenaggio pelvico ed affondamento di troncone rettale*, subito il 15 gennaio 1992 presso la divisione di chirurgia generale I dell'Ospedale di ZZ, effettuato per curare la retto-colite ulcerosa sanguinante dalla quale era affetto, si era deciso, per non subire ulteriormente il grave disagio connesso alla creazione della stomia al fianco destro, a sottoporsi al citato intervento di ricanalizzazione intestinale, che, tuttavia, era stato dai medesimi chirurghi posto in essere in modo colposamente non rispettoso delle migliori regole dell'arte medica e senza l'adeguata informazione circa i rischi conosciuti che esso comportava per la funzione sessuale.

Costituitasi ritualmente in giudizio, la convenuta ha resistito alla domanda, affermando che l'intervento chirurgico del 31 gennaio 1994 fosse stato eseguito del tutto correttamente e negando il lamentato *deficit* informativo.

Rivelatosi impossibile il tentativo di conciliazione, le parti, dopo l'appendice di trattazione scritta di cui all'art. 183, 5° comma, cpc., hanno articolato le proprie richieste istruttorie.

Espletate le prove orali e la consulenza medicolegale, le parti hanno precisato le conclusioni ed all'udienza del 4 novembre 2005 la causa è stata trattenuta in decisione, concessi i termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e repliche.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Oggetto della controversia è l'intervento chirurgico di *"exeresi del retto residuo e ricanalizzazione intestinale con ileo-anastomia con pouch terminale a J"*, subito il 31 gennaio 1994 da XX, all'epoca ventisettenne, ad opera dei medici della divisione di chirurgia generale I dell'ospedale ZZ.

In particolare, secondo la tesi dell'attore, tale intervento chirurgico - volto esclusivamente e semplicemente a migliorare la qualità della vita del XX, attraverso l'eliminazione della fastidiosa stomia e del sacchetto di raccolta delle feci - non sarebbe stato preceduto dalla necessaria informazione al paziente, sarebbe stato eseguito

non correttamente ed avrebbe cagionato all'attore un'impotenza a generare per eiaculazione retrograda ed una riduzione del piacere sessuale, comportanti un'invalidità permanente del venti per cento.

Ciò chiarito, reputa il Tribunale che sia ampiamente provato che XX, dopo il predetto intervento chirurgico, abbia manifestato la lamentata patologia, che essa abbia natura iatrogena e sia del tutto indipendente dalla rettocolite ulcerosa da cui era affetto il paziente e dal diverso intervento chirurgico, posto in essere nel 1992 per curarla.

È altrettanto provato che tale patologia sia concordemente riconosciuta in letteratura medica come complicanza insorgente in un numero "non trascurabile" di casi di terapia chirurgica, anche benigna (circo otto su cento, dei quali cinque implicanti impotenza e tre eiaculazione retrograda).

A tali conclusioni sono motivatamente giunti i consulenti tecnici d'ufficio ("*Non vi è dubbio che tale disturbo sia conseguenza dell'intervento chirurgico del 31.01.1994*" - pagina quattordici della relazione - e che - pagina due della relazione integrativa - "*la rettocolite ulcerosa... non ha nulla a che vedere con il trattamento eseguito*"), in perfetto accordo con i consulenti di parte.

Gli ausiliari del giudice hanno in particolare spiegato come la patologia sia stata cagionata dalla lesione chirurgica delle terminazioni nervose, esistenti nell'immediata vicinanza della parte rettale.

I dottori B e M hanno, tuttavia, escluso che l'intervento chirurgico sia stato condotto con modalità scorrette, evidenziando, in particolare, come fosse necessario procedere ad una scheletrizzazione del retto in assoluta prossimità della parete, in vista della completa eversione dell'organo per via transanale.

I consulenti di parte attrice hanno mosso critiche a tali conclusioni, sostenendo che l'esame della documentazione clinica in loro possesso dimostrerebbe che il chirurgo avesse posto in essere un intervento "allargato", molto più invasivo del necessario, indicato in caso di sospetta neoplasia, ma del tutto ingiustificato nel caso di specie, in cui nulla induceva a ritenere che XX fosse affetto da malattia neoplastica.

Tali critiche - alle quali, peraltro, i consulenti d'ufficio hanno ribattuto in modo convincente - non hanno, tuttavia, pregio processuale, per la semplice e decisiva ragione che sono basate sull'esame di documentazione sanitaria non prodotta in causa e dunque estranea al processo¹, che il Tribunale - con ordinanza fuori udienza del 5 giu-

¹Com'è noto, le prove di tipo documentale, formatesi al di fuori del processo, non abbisognano di alcuna specifica attività di assunzione in senso stretto, poiché il meccanismo di produzione, disciplinato dagli articoli 74 e 87 disp. att. c.p.c., non prevede un giudizio preventivo di ammissibilità e rilevanza da parte del Giudice, non essendo previsto in capo all'Istruttore alcun potere di vietare la produzione documentale.

In caso di insorgenza di contestazioni sulla ritualità o tempestività della produzione, il Giudice provocherà il contraddittorio tra le parti ed esplicherà in sentenza il proprio convincimento, pronunciandosi sulla utilizzazione del documento (anche se, in verità, egli potrebbe essere chiamato a pronunciarsi anche nel corso di una fase precedente: si pensi alle contestazioni insorte in sede di espletamento di consulenza tecnica, nel caso in cui una delle parti, a termini per deduzioni scaduti, pretenda che il consulente estenda il suo esame anche a documenti depositati tardivamente).

Tale sistema, tuttavia, ha fatto nascere la questione dell'applicabilità del regime delle preclusioni nelle deduzioni istruttorie anche alla produzione dei documenti, tipiche prove costituite.

La Corte di Cassazione ha risolto positivamente la questione, stabilendo che "il divieto di ammissione di nuove prove in grado di appello, stabilito dall'art. 345, cod. proc. civ., nel testo modificato dall'art. 52, legge 26 novembre 1990,

gno 2004, alla cui motivazione si fa in questa sede espresso richiamo - ha giudicato di non poter acquisire con lo strumento previsto dall'art. 210 cpc.

Nulla, pertanto, prova in questo processo che l'intervento chirurgico *de quo* non fosse indicato e, soprattutto, che sia stato eseguito in nodo non rispondente alle migliori regole dell'arte medica; risulta anzi che esso fosse indicato e che sia stato eseguito del tutto correttamente.

Nessuna responsabilità dei medici è dunque ravvisabile nel loro operato chirurgico. È stato invece sufficientemente provato che, prima dell'intervento di exeresi del retto e ricanalizzazione intestinale, il XX non fosse stato informato delle complicità di tale terapia chirurgica benigna a carico della sfera sessuale, riconosciute in letteratura - come si è accennato - in un numero non trascurabile di casi; non è stato pertanto provato che egli avesse prestato il proprio necessario consenso consapevole a quel trattamento medico-chirurgico.

Ciò risulta non solo dalle allegazioni dell'attore e dalle univoche e concordanti dichiarazioni rese in merito dai testimoni G, V e C, ma anche dalla mancanza di prova positiva fornita al riguardo dalla convenuta, gravata del relativo onere².

n. 353, si riferisce esclusivamente alle prove costituenti, e quindi non riguarda i documenti che, in quanto prove pre-costituite, possono essere prodotti anche in secondo grado, né è di ostacolo l'eventuale decadenza in cui sia incorsa la parte per il mancato rispetto del termine perentorio di deposito fissato ai sensi dell'art. 184 cod. proc. civ., poiché tale preclusione ha effetto limitatamente al giudizio di primo grado, mirando la norma solo a tutelare la sola concentrazione endoprocessuale, quindi interna a ciascun grado di giudizio".

La soluzione appare condivisibile, giacché nel sistema processuale la concentrazione interna a ciascun grado del procedimento viene tutelata in modo autonomo e più intenso, rispetto alla concentrazione complessiva del processo.

²Cfr. Cass., III, 23 maggio 2001, n° 7027, che sul punto ha esaurientemente motivato come segue.

"Ritenuto dunque che la violazione del dovere di informazione dà luogo ad un'ipotesi di inadempimento contrattuale. l'onere della prova correlativo si distribuirà tra le parti in conformità delle consuete norme in materia.

Com'è noto, l'orientamento tradizionale afferma che, in materia di obbligazioni contrattuali, è il creditore che deve dimostrare l'inadempimento, oltre al contenuto della non adempita obbligazione, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare ex art. 1218 c.c. l'inadempimento che il creditore gli attribuisce...

... In tempi recenti, tuttavia, si è fatto via via strada sino a divenire prevalente, il diverso ed opposto orientamento secondo cui, nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, e non anche l'inadempienza dell'obligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare, provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta (*ex plurimis*, Cass. 27 marzo 1998 n. 3232, Cass. 15 ottobre 1999 n. 11829, Cass. 7 febbraio 1996 n. 973, Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446, Cass. 31 marzo 1987 n. 3099).

L'idea che è alla base di questo indirizzo è stata volta a volta individuata: a) nell'ontologica distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, che comporta oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, che sono, nell'un caso, la fonte negoziale o legale, e, nell'altro, il comportamento lesivo; b) nel criterio di ragionevolezza, sotteso all'attività ermeneutica delle norme, alla cui luce appare irrazionale che, di fronte ad un'identica situazione probatoria della ragione del credito (l'esistenza dell'obbligazione contrattuale e il diritto ad ottenere l'adempimento), l'onere probatorio si atteggi in maniera diversa a seconda che il creditore agisca per l'adempimento ovvero chiedi il risarcimento del danno (o la risoluzione) per causa d'inadempimento; c) nel criterio di vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto va posto a carico della parte cui esso di riferisce: onde l'inadempimento - che nasce e si consuma, per così dire, nella sfera d'azione del debitore - non deve essere provato dal creditore, dovendo invece essere il debitore a provarne l'impuntualità; d) nel criterio di persistenza del diritto, da intendere nel senso che, nel caso di pretese creditorie destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'adempimento, il creditore è dispensato dalla prova dell'inadempimento sulla base di quella presunzione; e) nel fatto che, se l'art. 1453 c.c. consente, a chi ha chiesto l'adempimento, di domandare successivamente la risoluzione, sarebbe illogico ritenere che, in un caso siffatto, abbia a mutare la ripartizione dell'onere probatorio, prima richiedendosi all'attore di provare soltanto l'esistenza dell'obbligazione che vuole sia adempiuta e poi, nel corso del giudizio - pur dopo un'eventuale condanna del convenuto all'adempimento, basata sul mancato

La circostanza non è neppure contestata, giacché la convenuta, per bocca dei propri consulenti di parte, ha sostenuto che l'acquisizione del consenso non fosse necessaria, così basando la propria difesa su argomentazioni logicamente incompatibili con la negazione della circostanza medesima³.

È stata dunque acquisita la prova del mancato rispetto, da parte dei chirurghi dell'ospedale ZZ, del dovere di fornire al paziente la necessaria e completa informazione sul trattamento sanitario al quale sarebbe stato sottoposto.

La violazione di tale preciso dovere - di diretta derivazione costituzionale, in quanto presupposto ineludibile della consapevole manifestazione del necessario consenso del paziente al proprio trattamento sanitario, sancito anche da norme di rango primario e dai codici deontologici dei medici - è stata dunque colposa e genera responsabilità.

Chiaro in proposito l'insegnamento della Corte di Cassazione.

"Va premesso, in linea generale, che l'attività medica trova fondamento e giustificazione, nell'ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva nel passato, poiché tale opinione, di per sé, contrasterebbe con l'art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, qual è quello della salute.

Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti posti dall'art. 5 c.c., non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di manifestare la propria volontà, ovvero, più in generale ove sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p.), intervenire senza il consenso, ovvero, a fortiori, malgrado il dissenso del paziente.

La necessità del consenso si evince in generale, dall'art. 13 Cost., il quale sancisce l'inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica, escludendone ogni restrizione se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge.

Ma è soprattutto rilevante in materia l'art. 32 Cost., per il quale "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (la quale) non può in nessun ca-

assolvimento dell'onere relativo -, pretendendosi che sia lo stesso attore a provare, in ragione dell'esercitato *ius variandi* l'inadempimento già precedentemente accertato sulla base di una diversa regola probatoria...

... Ritenuto, allora, che avrebbe dovuto essere X (medico) a provare il fatto estintivo del dovere di informazione ossia di avervi adempiuto - a prescindere dalle difficoltà dell'attività professionale prestata, essendo incondizionato il dovere medesimo -, è da concludere che il giudice d'appello, ritenendo che il debitore X non avesse provato d'aver informato il C della natura, dei rischi, delle conseguenze dell'intervento, non violò le denunciate norme sull'onere della prova".

³ "Perché un fatto allegato da una parte possa considerarsi "pacifico", si da essere posto a base della decisione ancorché non provato, non è sufficiente la sua sola mancata contestazione, non esistendo nel nostro ordinamento processuale un principio che vincoli la parte alla contestazione specifica di ogni situazione di fatto dichiarata dalla controparte. Occorre invece che lo stesso sia esplicitamente ammesso dalla controparte, ovvero che questa, pur non contestandolo in modo specifico, abbia impostato il proprio sistema difensivo su circostanze ed argomentazioni logicamente incompatibili con il suo disconoscimento": Cass., III, 28 febbraio 2002, n° 2959.

"I fatti allegati possono essere considerati "pacifici", esonerando la parte dalla necessità di fornirne la prova, solamente quando l'altra parte abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il disconoscimento dei fatti medesimi, ovvero quando si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificamente taluni soltanto, evidenziando in tal modo il proprio disinteresse ad un accertamento degli altri": Cass., II, 5 luglio 2002, n° 9741; *conf.* Cass., 25 novembre 2002, n° 16575.

so violare i limiti importi dal rispetto della persona umana".

È proprio in attuazione di tali principi che la legge 13 maggio 1978 n. 180, sulla riforma dei manicomi, ha stabilito che "gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari", salvi i casi espressamente previsti, concetto che è stato di lì a poco ribadito dalla legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale, il cui art. 33 dispone che "gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono, di norma, volontari".

La formazione del consenso presuppone una specifica informazione su quanto ne forma oggetto (c.d. consenso informato), che non può provenire che dal sanitario che deve prestare la sua attività professionale. Tale consenso implica la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, con la precisazione, peraltro, che, nel caso di interventi di chirurgia estetica, in quanto non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere particolarmente precisa e dettagliata.

Qualora l'informazione sia mancata in tutto o in parte, si avrà una responsabilità del sanitario colpevole dell'omissione: la quale sarà di natura contrattuale ovvero di natura extracontrattuale (precisamente: precontrattuale ex art. 1337 c.c.), a seconda che si ritenga che il difetto d'informazione riveli sul piano dell'inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato, o su quello, semplicemente, delle trattative⁴.

Non è superfluo aggiungere che il riferimento ad un dovere di informazione, se possibile, ancora più doveroso e pregnante nel caso di interventi di chirurgia estetica⁵ valga anche per l'intervento di specie, che a quelli può per molti versi assimilarsi, giacché non aveva "nulla a che vedere" con la rettocolite ulcerosa ed avrebbe dovuto solo, con l'eliminazione della stomia e del ricorso al sacchetto di raccolta delle feci, garantire una migliore qualità della vita del XX.

⁴ Cass., III, 23 maggio 2001, n° 7027; nello stesso senso, Cass., III, 15 gennaio 1997, n° 364, secondo cui "a meno che siano obbligatori per legge o che ricorrano gli estremi dello stato di necessità e il paziente non possa per le sue condizioni prestare il proprio consenso, i trattamenti sanitari sono di norma volontari (artt. 13 e 32 secondo comma Cost.) e la validità del consenso è condizionata alla informazione, da parte del professionista al quale è richiesto, sui benefici, sulle modalità in genere, sulla scelta tra diverse modalità operative e sui rischi specifici prevedibili (anche ridotti che possano incidere gravemente sulle condizioni fisiche o sul bene della vita) dell'intervento terapeutico - informazione che deve essere effettiva e corretta - e, nel caso che sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in equipe, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio, non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative (nel caso di specie in relazione ai diversi metodi anestesio-logici utilizzabili, alle loro modalità di esecuzione e al loro grado di rischio), in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo una adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato"; conf. Cass., III, 6 ottobre 1997, n° 9705, secondo cui "in tema di terapia chirurgica, il dovere di informazione che grava sul sanitario è funzionale al consapevole esercizio, da parte del paziente, del diritto, che la stessa Carta Costituzionale, agli artt. 13 e 32, secondo comma, a lui solo attribuisce (salvi i casi di trattamenti sanitari obbligatori per legge o di stato di necessità), alla scelta di sottoporsi o meno all'intervento terapeutico. In particolare, dalla peculiare natura del trattamento sanitario volontario scaturisce, al fine di una valida manifestazione di consenso da parte del paziente, la necessità che il professionista lo informi dei benefici, delle modalità di intervento, dell'eventuale possibilità di scelta tra diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili in sede post operatoria, necessità, quest'ultima, da ritenersi particolarmente pregnante nel campo della chirurgia estetica (ove è richiesta la sussistenza di concrete possibilità, per il paziente, di conseguire un effettivo miglioramento dell'aspetto fisico che si ripercuota favorevolmente sulla sua vita professionale o di relazione), con la conseguenza che la omissione di tale dovere di informazione genera, in capo al medico, nel caso di verifica dell'evento dannoso, una duplice forma di responsabilità, tanto contrattuale quanto aquiliana".

⁵ Cfr. al riguardo anche Cass. n° 9705/97, cit.

Né può ravvisarsi alcuna contraddizione nell'affermazione di responsabilità del sanitario, pur in presenza di un suo intervento terapeutico rispondente alle regole dell'arte medica.

La questione è stata oggetto di riflessione della Suprema Corte, che ha avuto modo di chiarire che "... nessuna contraddizione sussiste tra l'accertata assenza di colpa in relazione alla esecuzione dell'angiografia e l'affermazione della responsabilità dell'ente universitario per il mancato adempimento del dovere di informazione nei confronti del paziente, cui erano tenuti i sanitari dipendenti.

Come è stato ritenuto da questa Corte (v. Sez. III, 26 marzo 1981, n. 1773; sez. III, 25 luglio 1967, n. 1950) nel caso di intervento chirurgico - e lo stesso e a dirsi per un accertamento diagnostico di tipo invasivo - è necessario che il paziente dia il proprio consenso al compimento sul suo corpo degli atti operativi, con la conseguenza che sussiste la responsabilità del sanitario per eventuali danni derivanti dall'intervento effettuato in difetto di detto consenso.

La mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto⁶.

È dunque provata, sotto tale profilo, la responsabilità del chirurgo.

Ne consegue che altrettanto provata sia anche la responsabilità dell'ente convenuto.

La Corte di Cassazione ha, infatti, affermato il condivisibile principio di diritto, secondo cui "se dall'esecuzione, ancorché prudente, diligente e tecnicamente corretta, di un intervento chirurgico o di un accertamento diagnostico invasivo, deriva un danno o addirittura la morte del paziente, non informato dai medici, - nella specie dipendenti da un ente ospedaliero - dei rischi gravi per la vita o l'incolumità fisica a cui poteva andare incontro, al fine di prestare il necessario consenso a provvedervi, sussiste la responsabilità dell'ente, anche nel caso che non sia stato individuato il medico a cui incombeva tale obbligo⁷."

Accertato pertanto l'an della pretesa attorea, bisogna valutare il *quantum* del risarcimento.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n° 233 del 2003, ha ritenuto che "... può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificherebbe con il c.d. danno morale soggettivo.

In due recenti pronunce (Cass. 31.5.2003, nn. 8827 e 8828), che hanno l'indubbio pregio di ricondurre a razionalità e coerenza il tormentato capitolo della tutela risarcitoria del danno alla persona, viene, infatti, prospettata con ricchezza di argomentazioni - nel quadro del sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale - un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patri-

⁶ Cass., III, n° 9374 del 1997, cit.

⁷ Cass., III, 24 settembre 1997, n° 9374; nell'occasione, la Corte ha affermato che "... una volta considerato che il dovere di informazione incombeva ai medici dipendenti dell'ente ospedaliero, la mancata identificazione del medico o dei medici che avrebbero dovuto a ciò provvedere non assume rilievo alcuno, perché ciò che conta per affermare la responsabilità diretta della pubblica amministrazione per il fatto illecito commesso dal dipendente non è tanto l'identificazione del dipendente al quale debba positivamente attribuirsi il fatto quanto la circostanza che la causa di tale danno possa essere inequivocabilmente riferita al comportamento (commissivo od omissivo) del pubblico dipendente, quantunque rimasto ignoto...".

moniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona.

Il riferimento è al danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; al danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica e fisica della persona, conseguentemente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); al danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Può, quindi, dirsi ormai acquisito che *"nel vigente ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo -, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo"*⁸.

Con riferimento, in particolare, al danno biologico, inteso come lesione del bene salute nella triplice componente di lesione dell'integrità psicofisica in sé e per sé considerata, cioè di danno anatomico, fisico e psichico (cd. danno biologico statico), di compromissione della salute nelle manifestazioni o espressioni quotidiane che riguardano la vita di relazione e la sfera spirituale, intellettuale, affettiva ed estetica del soggetto (cd. danno esistenziale) ed, infine, della perdita della capacità produttiva *intesa come qualità della persona*, di cui ogni soggetto dispone in aggiunta alla capacità lavorativa specifica (cd. danno biologico dinamico)⁹, deve essere evidenziato come esso prescinda da ogni considerazione di ordine patrimoniale e debba essere, in via generale, liquidato equitativamente¹⁰, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto che abbiano rilevanza giuridico-patrimoniale, quali l'età dell'infortunato, la durata del periodo di invalidità temporanea, la natura e l'incidenza degli eventuali postumi invalidanti.

In proposito, l'indirizzo giurisprudenziale ormai consolidatosi - al quale comunque questo Tribunale si richiama correntemente - fa applicazione del cd. metodo "tabellare", che procede alla quantificazione del danno sulla base dell'età e della percentuale della diminuzione dell'integrità psicofisica, con criterio predeterminato e standardizzato, e al successivo adeguamento del valore così determinato, con funzione di personalizzazione del danno, in considerazione del caso concreto e delle peculiari condizioni soggettive del soggetto lesa.

Tale criterio, infatti, è conforme alle indicazioni della Corte Costituzionale (sent. n° 184/86), secondo cui la corretta liquidazione del danno deve rispondere *"da un lato all'uniformità pecuniaria di base, dall'altro ad elasticità e flessibilità per adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata menomazione dell'attività della vita quotidiana, attraverso le quali, in concreto, si manifesta l'efficienza psicofisica del soggetto danneggiato"*.

Non dev'essere autonomamente liquidata, invece, la diminuzione della capacità generica, vale a dire dell'astratta attitudine all'attività lavorativa che, come si è già det-

⁸ Cfr. Cass., III, 31 maggio 2003, n° 8827; nello stesso senso, Cass., III, 31 maggio 2003, n° 8828.

⁹ La Corte Costituzionale ha rilevato come tale danno vada considerato "in relazione all'integrità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni ed i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè tutte le attività realizzatrici della persona umana": Cost., n° 356/1991.

¹⁰ Cfr. Cass., III, nn. 8827 e 8828 del 2003.

to, quale componente di natura non patrimoniale, rimane nel novero delle opportunità funzionali personali di estrinsecazione ed affermazione dell'individualità, riunite nel più generale e comprensivo concetto di danno biologico.

In ordine alla quantificazione del danno nella sua componente standardizzata e predeterminata, la "tabella" del distretto milanese utilizza come criteri di calcolo dell'invalidità temporanea un'indennità giornaliera, forfettariamente determinata, e, per l'invalidità permanente, il "valore di punto", individuato secondo parametri omogenei.

Con riguardo (anche) all'indennità giornaliera per l'inabilità temporanea, da assumere a base dei relativi calcoli, è intervenuta, di recente, la legge 5 marzo 2001 n. 57 che, all'art. 5, comma secondo, lettere a) e b), ha quantificato rispettivamente in Euro 619,75 ed in Euro 36,50 (pari a lire 70.000), l'importo liquidabile per ogni giorno di inabilità assoluta, proporzionalmente ridotto per quella relativa¹¹.

Di tale norma - benché non retroattiva, perché dichiarata espressamente applicabile per il risarcimento del danno biologico derivante da sinistri avvenuti successivamente al 4 aprile 2001 e benché di applicazione limitata alle lesioni di lieve entità - non può, ad avviso del Tribunale, non tenersi conto, a livello di indicazione di massima, anche al di fuori del settore specifico e per i sinistri verificatisi antecedentemente; si verrebbero a creare, altrimenti, ingiustificate disparità di trattamento, connesse non solo al variare di un presupposto di ordine meramente temporale, ma anche alla diversità dei criteri cd. tabellari adottati dai tribunali dei vari distretti; del resto, i valori stabiliti in tale disposizione legislativa si attestano, quanto all'indennità giornaliera, in una posizione mediana - e, nel caso di specie, sicuramente equa - rispetto ai valori assunti dalle "tabelle milanesi", che fanno riferimento a una "forbice" da 25,82 a 51,65 euro e, quanto alla cosiddetta micropermanente, conducono a risultati sostanzialmente identici a quelli delle predette tabelle.

Tanto premesso e passando alla liquidazione del danno non patrimoniale nel caso di specie, occorre prendere le mosse dal rilievo che i consulenti tecnici medico-legali del Tribunale, ad esito di accertamenti (alla fine) completi e motivati, hanno spiegato come, a seguito dell'intervento chirurgico, XX abbia riportato un'invalidità permanente in ragione del 15%, ininfluenza sulla capacità lavorativa.

Le conclusioni cui sono giunti i dottori B e M sono appaganti, giacché sufficientemente motivate e sorrette da corretta analisi scientifica; sono state, peraltro, condivise nella sostanza dai consulenti di parte e possono dunque costituire la base su cui fondare il calcolo del danno alla persona, da liquidare all'attore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, pertanto, a XX compete, a titolo di risarcimento per l'invalidità permanente, tenuto conto dell'accertata percentuale di inabilità del 15% e dell'età dell'attore all'epoca del sinistro (ventisette anni), l'importo di Euro 33.301,62.

La particolare natura dell'invalidità, incidente su uno degli aspetti più pregnanti del-

¹¹ Detti importi sono stati adeguati, dal 1° aprile 2002, con successivi decreti ministeriali in funzione della variazione Istat frattanto intervenuta (i nuovi importi ammontano, rispettivamente, ad Euro 663,50 ed Euro 39,37. È il caso di far notare come, per semplificare il calcolo, la liquidazione è effettuata con riferimento ai valori originali rivalutati ad oggi, con conseguente assorbimento in tale rivalutazione dell'adeguamento operato con i decreti ministeriali citati.

la persona, giustifica un aumento del risarcimento in funzione di personalizzazione. Tale somma è calcolata alla data odierna, secondo la tabella allegata.

Anche prescindendo dal rilievo penale della condotta dei chirurghi¹², dev'essere riconosciuto all'attore il danno cosiddetto morale, riconducibile cioè alle sofferenze fisiche e psichiche di carattere transeunte cagionategli dall'intervento.

Nella liquidazione di tale voce di danno, anche se effettuata necessariamente sulla base di criteri equitativi¹³, deve tenersi conto della gravità della condotta omissiva e di tutti gli elementi della fattispecie concreta, in modo da rendere il risarcimento adeguato al caso specifico.

Ciò rammentato, reputa il Tribunale che il ricorso da parte del giudice al criterio della determinazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno morale in una frazione dell'importo riconosciuto per il risarcimento del danno biologico, non sia di per sé illegittimo, a condizione che si tenga conto delle peculiarità del caso concreto, effettuando la necessaria personalizzazione del criterio rispetto alla specifica situazione ed apportando, se del caso, i necessari correttivi, così evitando che la liquidazione del danno sia rimessa ad un puro automatismo (Cass. 10725/2000).

Per la quantificazione nel caso concreto di tale voce di danno, occorre prendere in considerazione non solo (e non tanto) il non modesto grado di colpa *specifica* del medico, responsabile del mancato rispetto di uno dei doveri principali connessi alla sua importante funzione di *garante* della salute altrui, quanto la natura e la rilevante gravità delle conseguenze invalidanti subite dall'attore, incidenti su due delle principali estrinsecazioni della personalità, attinenti alla sfera della sessualità ed al desiderio di paternità e dunque, anche, all'equilibrio della coppia¹⁴.

Sotto questo profilo, è equo, perciò, in conformità all'orientamento della Corte di legittimità (Cass. n. 134/98) liquidare a XX la somma di Euro 16.650,81, pari al 50% della somma a lui liquidata a titolo di danno biologico, raddoppiata in funzione di personalizzazione del danno (secondo quanto esplicitato nella predetta tabella).

L'attore ha anche chiesto il risarcimento di danni patrimoniali.

Osserva, tuttavia, il Tribunale come la consulenza tecnica d'ufficio abbia escluso ogni incidenza della patologia residua a XX sulla sua capacità lavorativa specifica; nessun danno, pertanto, può essere liquidato a tale titolo.

Null'altro ha allegato l'attore a riprova di ulteriori danni patrimoniali subiti, al di là delle relazioni del consulente tecnico di parte prof. dott. R, prive, tuttavia, di documentazione relativa al compenso corrisposto a tale professionalità; nulla è stato allegato neppure in ordine al compenso corrisposto all'altro consulente di parte, dott.

¹² "Il danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito, non è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p., e non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale": Cass., 31 maggio 2003, n° 8827.

¹³ Cfr. Cass., nn. 8827 e 8828 cit.

¹⁴ Non è superfluo evidenziare come sia stato documentato che RG, moglie dell'attore, si sia sottoposta a plurime stimolazioni ormonali, in vista del ricorso a tecniche di fecondazione assistita.

U.F., che pure ha partecipato alle operazioni dei consulenti tecnici d'ufficio. Non può, peraltro, dubitarsi che XX abbia pagato i predetti consulenti o, quanto meno, si sia obbligato a pagarli¹⁵, secondo l'ordine naturale delle cose. Dev'essere dunque risarcito il relativo danno patrimoniale, che, in via equitativa, si liquida alla data odierna - tenuto conto dell'importo delle somme liquidate ai due consulenti d'ufficio - in complessivi Euro 936,00.

Così quantificati i danni, rileva il Tribunale come un riferimento a tutte le voci di danno, ad eccezione di quello appena quantificato ad oggi, oltre alla rivalutazione, "dovuta come effetto della natura del credito di valore..." e da riconoscersi "... anche d'ufficio...", occorra liquidare "l'equivalente del mancato godimento del controvalore monetario" del bene oggetto (del danno e quindi) di risarcimento per tutto il tempo intercorrente tra il fatto e la liquidazione¹⁶.

Con riguardo ai concreti criteri di liquidazione di tale particolare componente del danno, la Corte di Cassazione ha recentemente espresso il principio, secondo cui "Nella obbligazione risarcitoria da fatto illecito, che costituisce tipico debito di valore... gli interessi, non già moratori ma compensativi, costituiscono solo una delle possibili modalità liquidatorie dell'eventuale danno da lucro cessante conseguito alla ritardata corresponsione dell'equivalente monetario del danno. Ove il giudice adotti, come criterio del risarcimento del danno da ritardato adempimento, quello degli interessi, questi non possono essere calcolati dalla data dell'illecito sulla somma liquidata per il capitale, ma con riferimento ai singoli momenti, da determinarsi in concreto, secondo le circostanze del caso, con riguardo ai quali alla somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, in base agli indici prescelti di rivalutazione monetaria..."¹⁷.

Nel caso di specie, in applicazione del criterio da ultimo indicato, occorre tener conto del saggio degli interessi legali del periodo in considerazione, per cui il danno biologico e morale dev'essere complessivamente liquidato in Euro 98.685,68 (importo rivalutato ad oggi Euro 66.603,23, interessi Euro 32.082,44, totale Euro 98.685,68).

Ritiene il Tribunale di porre definitivamente a carico della convenuta, soccombente, le spese relative alla consulenza tecnica d'ufficio espletata in corso di causa.

La convenuta dev'essere poi condannata al pagamento, in favore di XX, delle spese di giudizio, che si liquidano in complessivi Euro 14.335,50, di cui Euro 310,00 per anticipazioni, Euro 122,50 per spese, Euro 3.903,00 per diritti e Euro 10.000,00 per onorari, oltre al rimborso forfettario ex art. 14 T.P., Cpa ed Iva.

P.Q.M.

Il Tribunale di Varese, in composizione monocratica, pronunciando sulla domanda di risarcimento dei danni avanzata da XX nei confronti della disciolta USSL - Ambito Territoriale presso il Presidio Sanitario Multizonale di Assistenza Ospedaliera ZZ, in persona del Commissario Liquidatore, nella persona del Direttore Generale pro tem-

¹⁵ "La condanna del soccombente alle spese di consulenza tecnica di parte sopportate dalla controparte non presuppone la prova dell'avvenuto pagamento, ma presuppone, comunque, la prova della effettività delle stesse, ossia che la parte vittoriosa abbia quantomeno assunto la relativa obbligazione". Cass., I, 25 marzo 2003, n° 4357.

¹⁶ Cass., S.U., 17 febbraio 1995, n° 1712.

¹⁷ Cass., 28 gennaio 1999, n° 490.

pore dell'Azienda Ospedaliera ZZ con atto di citazione notificato in data 8 luglio 2003,

1) accoglie la domanda;

2) condanna la convenuta al pagamento, in favore dell'attore, della somma di Euro 98.685,68, con interessi legali dalla data di questa sentenza al saldo;

3) condanna la convenuta al pagamento delle spese di causa;

4) liquida tali spese in complessivi Euro 14.335,50, oltre al rimborso ex art. 14 T.P., Cpa ed Iva;

5) condanna la disciolta USSL al rimborso, in favore di XX, delle spese da lui sostenute per le consulenze di parte;

6) liquida equitativamente tali spese in complessivi Euro 936,00;

7) pone definitivamente a carico della convenuta le spese della consulenza tecnica d'ufficio.

Così deciso in Varese, il 20 febbraio 2006.