

N. 33752/2008 R.Gen.Aff.Cont.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Tribunale di Napoli

4 SEZIONE CIVILE

Il Giudice, dott. Lucia Sorrentino, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 33752/2008 R.Gen.Aff.Cont. assegnata in decisione all'udienza del 21/01/2016 con la fissazione dei termini previsti dagli artt. 190 e 281quinquies, co. I, c.p.c.

TRA

(C.F. , elettivamente domiciliato in PIAZZA ESEDRA ISOLA F10 CENTRO DIR 80143 NAPOLI presso il difensore avv. LIGUORI MICHELE giusta mandato in atti

- **ATTORE**

E

ASL NAPOLI 2 NORD (già ASL NA 3), in persona del legale rapp.te p.t., elettivamente domiciliato in VIA CRISPI N. 80 80100 NAPOLI presso il difensore avv. GIAMMARINO STANISLAO giusta mandato in atti

- **CONVENUTA**

Oggetto: risarcimento danni.





Conclusioni: come in atti

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il concreto rilievo delle questioni poste dalle parti non può prescindere, ritiene il giudicante, dagli accertamenti compiuti dal consulente tecnico d'ufficio in ordine all'attività professionale svolta dai convenuti. Non è all'uopo superfluo rammentare che, secondo il granitico indirizzo della corte di nomofilachia (Cass., n. 14638 del 2 luglio 2004), il giudice di merito che riconosce convincenti le conclusioni del consulente tecnico non è tenuto ad esporre in modo specifico le ragioni che lo inducono a fare propri gli argomenti dell'ausiliare se dalla indicazione della consulenza tecnica possa desumersi che le contrarie deduzioni delle parti siano state rigettate, dato che in tal caso l'obbligo della motivazione è assolto con l'indicazione della fonte dell'apprezzamento espresso. Di modo che, soltanto nel caso in cui i rilievi all'operato del consulente tecnico avanzati dopo il deposito della relazione (e che, quindi, non hanno ricevuto risposta nella stessa) si presentino specifici, puntuali e suffragati da elementi di prova, il giudice, che ritiene di uniformarsi al parere del consulente tecnico, non può sottrarsi al dovere di esporre le ragioni per le quali ha ritenuto infondati i medesimi rilievi (Cass. 9/12/1995, n.12630; Cass. 7.6.2000, n. 7716; Cass. 11.3.2002, n. 3492).

Benvero, il c.t.u., ha accertato che: *“la scelta della metodica non fu adeguata alla tipologia della lesione, in quanto la sintesi con filo di Kirschner non realizzava una efficace stabilità dei frammenti, oltre, poi, a costringere il paziente ad una prolungata immobilizzazione dell'arto; l'esecuzione tecnica dell'intervento non fu corretta, in quanto, nonostante il Chirurgo avesse aperto il focolaio di frattura, i due*





frammenti ossei non furono posti a contatto tra loro, ma solom avvicinati, lasciando uno spazio interframmentario. Inoltre, fu utilizzato un filo di Kirschner di diametro troppo piccolo, e comunque tale da consentire una certa mobilità dei frammenti ”. Alla stregua di detti accertamenti appare imperita e imprudente la condotta dei dipendenti dell’azienda sanitaria convenuta.

Ciò premesso, giova analizzare le coordinate ermeneutiche dettate dal Supremo Collegio in tema di responsabilità degli enti ospedalieri per fatto dannoso del dipendente.

Sul punto può ritenersi dato ormai acquisito che la responsabilità dell’ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, allorché consegua ad una non diligente esecuzione della prestazione medica, abbia natura contrattuale (tra le prime pronunce in merito cfr. Cass. 1° marzo 1988, n. 2144, in *Foro It.*, 1988, I, 2296, poi confermata da Cass. 4 agosto 1988, n. 6707; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336; Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233; Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *motiv.*; Cass. 1 settembre 1999, n. 9198; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316, in *motiv.*; Cass. 4 marzo 2004, n. 4210; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133). In altre parole, si afferma in giurisprudenza che è da riconoscersi all’ente pubblico sanitario una responsabilità piena ed autonoma per i danni provocati dai propri dipendenti; responsabilità imputabile all’amministrazione indipendentemente dall’accertamento in concreto della responsabilità individuale dei singoli agenti dipendenti della struttura.

Difatti, si fa riferimento in taluni arresti ad una responsabilità dell’ente gestore di natura diretta per essere riferibile all’ente, in virtù del principio di immedesimazione organica e della stipula di fatto di un contratto d’opera professionale col paziente, l’operato del medico dipendente inserito nell’organizzazione del servizio, che, eseguendo in modo non





diligente la prestazione sanitaria, ha causato danni al privato che ha richiesto ed ottenuto la medesima prestazione (così in motivazione Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332; in senso diverso, per la configurazione di una responsabilità, sia pure contrattuale, avente però natura indiretta ex art. 1228 c.c.; cfr. Trib. Lucca., 18 gennaio 1992, in *Foro It.*, 1993, I, 264, la quale, appunto, non concorda, così come alcuna dottrina, sulla ricostruzione del rapporto ente – paziente in termini di esecuzione di contratto d'opera professionale).

Parimenti di natura contrattuale è stata ritenuta anche l'obbligazione del medico dipendente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" (Cass. 22 dicembre 1999, n. 589).

Dalla detta natura contrattuale in un recente passato conseguiva sotto il profilo dell'onere probatorio (Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro It.*, 1997, I, 771) che, qualora il trattamento o l'intervento non fossero di difficile esecuzione, il mero aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente collegabili ad essi comportava, a mente dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione; in conseguenza, il paziente che chiedeva il risarcimento del danno subito assolveva all'onere probatorio che gli incombeva dimostrando:

- a) l'aggravamento delle sue condizioni o l'insorgenza di nuove patologie;
- b) il rapporto causale tra le stesse ed il trattamento o l'intervento.

Spettava, quindi, all'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – fornire la prova che la prestazione professionale era stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi erano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.

Si faceva in altre parole applicazione del principio (già affermato nel diritto anglosassone) della *res ipsa loquitur* inteso come evidenza





circostanziale che crea una deduzione di negligenza (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589).

Più specificamente, l'onere della prova veniva ripartito tra le parti nel senso che spettava al medico provare che il caso fosse di particolare difficoltà e al paziente quali fossero le modalità di esecuzione inidonee, ovvero a questi spettava provare che la prestazione fosse di facile esecuzione ed al medico che l'insuccesso non fosse dipeso da suo difetto di diligenza (Cass. 19 maggio 1999, n. 4852; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127; Cass. 30 maggio 1996, n. 5005; Cass. 16 febbraio 2001, n. 2335; 16 novembre 1988, n. 6220; altre).

I risultati sopra riassunti sono stati oggi riletti dalla più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, nonché, in senso sostanzialmente conforme, le successive Cass. 11 giugno 2004, n. 11488, e Cass. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. 23 settembre 2004, n. 19133) alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

Le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici in tema di onere probatorio in materia contrattuale, che vedeva attestata la giurisprudenza su una distinzione basata sull'oggetto della domanda: si riteneva, cioè, che, nel caso in cui chiedesse l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, l'attore dovesse provare soltanto la fonte del rapporto dedotto in giudizio, ossia l'esistenza del negozio e quindi dell'obbligo che assumeva inadempito; mentre nel caso in cui avesse domandato la risoluzione del contratto ovvero il risarcimento del danno dovesse provare anche il fatto su cui la domanda era fondata, ossia l'inadempimento, spettando al convenuto di dare la prova della non imputabilità di esso (Cass., 9 gennaio 1997, n. 124; Cass., 24 settembre 1996, n. 8435).





Tale orientamento, tuttavia, è stato sottoposto a rigorosa critica, osservandosi come la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale implichi oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, rimanendo così irragionevole differenziare l'onere probatorio in funzione delle differenti domande che l'attore intendesse proporre in via contrattuale; e ciò anche perché il criterio della cd. vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto deve essere posto a carico della parte cui esso si riferisce, impone di ritenere che l'inadempimento, che nasce e si consuma nella sfera di azione del debitore, non possa essere provato dal creditore, dovendo, viceversa, essere il debitore a provare l'inimputabilità.

Sulla scorta di quanto innanzi il supremo giudice di nomofilachia ha statuito che il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

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

Applicando, allora, questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ovvero della struttura sanitaria deve ritenersi che il paziente, che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto ed





allegare l'inadempimento del sanitario o della struttura, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento.

Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto della prestazione sanitaria, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la citata prestazione sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile (così anche Cass. 4210/04, rel. Segreto, secondo cui *la prova della mancanza di colpa deve essere fornita dal debitore della prestazione, per cui dell'incertezza sulla stessa se ne deve giovare il creditore*; si tratta, come detto, del principio di vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla e non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione).

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva, dunque, più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

Giova all'uopo richiamare la parte motiva di Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, rel. Travaglino, secondo cui *si è giunti a chiedere al danneggiato soltanto la prova del nesso causale e della facilità di esecuzione dell'intervento (intervento cd. routinario), mentre la colpa, anche lieve, si presume sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente. La colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione speciale del professionista, una dimensione paraoggettiva della responsabilità, salva la prova di aver eseguito la propria prestazione con la dovuta*





diligenza, con la trasformazione dell'obbligazione del professionista da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, di modo che, prosegue il S.C., il detto accertamento deve indirizzarsi: a) sulla natura facile o non facile dell'intervento del professionista; b) sul peggioramento o meno delle condizioni del paziente; c) sul nesso causale e sulla sussistenza della colpa (lieve nonché presunta, se in presenza di operazioni di routine o ben codificate, grave, se relativa ad operazione che trascende la preparazione media ovvero non sufficientemente studiata o sperimentata, con l'ulteriore limite della particolare diligenza richiesta in questo caso, e dell'elevato tasso di specializzazione nel ramo imposto al sanitario; d) sul corretto adempimento dell'onere di informazione circa gli esiti dell'intervento e sull'esistenza del conseguente consenso del paziente.

Sulla scorta di tutto quanto sopra richiamato e dall'istruttoria espletata, deve concludersi per il riconoscimento della responsabilità della convenuta Azienda sanitaria con la conseguente sua condanna.

Riguardo alla liquidazione dei danni alla persona dell'attore occorre far riferimento agli accertamenti del consulente tecnico, il quale ha stimato nel 15% il danno biologico derivato all'attore di cui solo il 10% è conseguenza della condotta dei dipendenti della convenuta, in gg. 70 l'inabilità temporanea totale ed in gg. 315 l'inabilità temporanea parziale al 50%.

Tenuto conto dei criteri di liquidazione delle tabelle del Tribunale di Milano, così come aggiornate, nonché dell'età dell'attore (29), nonché applicando il calcolo per differenziale, come indicato dall'attore, viene liquidata in favore di . la somma di Euro 37.660,55 per invalidità permanente differenziale; mentre il danno da invalidità temporanea, può liquidarsi, in ragione della durata dell'invalidità accertata dal consulente tecnico, in complessivi euro 22.750,00.

Deve essere riconosciuta all'attrice la somma di Euro 30,98 a titolo di





spese documentate.

Non si ravvisano altre voci di danno.

Le somme sopra individuate vanno ulteriormente aumentate della somma di Euro 20.000 a titolo di liquidazione equitativa del danno da ritardato conseguimento della somma dovuta (Cass.17\2\1995, n.1712).

Le spese di lite, ivi comprese quelle di ctu, seguono la soccombenza della convenuta e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, 4 SEZIONE civile, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa promossa come in atti, disattesa ogni altra istanza, così provvede:

1) accoglie la domanda dell'attore e, per l'effetto, condanna la convenuta ASL Napoli 2 Nord a corrispondere in favore dell'attore la somma di € 80.441,53, a titolo di risarcimento danni, oltre interessi dalla presente decisione;

2) condanna parte convenuta al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'attore che si liquidano in € 400,00 per spese vive oltre spese di ctu, € 13.430,00 per competenze oltre spese forfettarie al 15%, iva e cpa come per legge, con attribuzione in favore dell'avv. Michele Liguori.

Napoli, 28/07/2016.

Il Giudice

(dott. Lucia Sorrentino)

