

Diritto Avanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Responsabilità del sanitario ante riforma: contatto sociale, prova, valore della cartella clinica

[STUDIO LEGALE AVV.TI EMILIO ED EDOARDO GRECO, Cosenza]

In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, con allegazione di qualificate inadempienze astrattamente idonee a provocare il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

Le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. Cod. civ., per quanto attiene alle sole trascrizioni delle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse.

Tribunale di Cosenza, sezione seconda civile, sentenza del 16.4.2015

[dott.ssa E. Coppola]

...omissis...

Nel costituirsi, l'Azienda Ospedaliera, contestava la domanda reputandola non provata nell'*an*, anche per l'inammissibilità delle richieste istruttorie avanzate, nonché eccessiva nel *quantum*, in ogni caso invocava la sussistenza della polizza assicurativa, all'uopo chiamando in giudizio la Toro Assicurazioni s.p.a., per cui chiedeva il rigetto della pretesa *in primis* e *in secundis* la manleva da parte della Toro.

La società assicuratrice, costituitasi oltre il termine di cui all'art. 166 c.p.c., eccepiva, in via preliminare, la prescrizione del diritto al risarcimento, in ogni caso, la prescrizione del diritto dell'assicurato, infine, contestava la domanda sia nell'*an* che nel *quantum*.

Tanto premesso, la domanda proposta è fondata e va accolta, per le ragioni che seguono.

L'accoglimento della stessa passa, evidentemente, dal preliminare rigetto della eccezione di prescrizione per decorso del termine quinquennale, se si accede alla tesi della responsabilità extracontrattuale, ovvero decennale, se si intende la stessa come responsabilità contrattuale.

Ed allora, si osserva anzitutto che in tema di responsabilità medica, secondo consolidata giurisprudenza, l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, sia ai fini del ricovero che di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità con la medesima, e, quindi, la responsabilità da contatto del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente (cfr., ex pluribus, Cass. 24791/08; Cass. 2042/05).

Pertanto, va applicata la prescrizione ordinaria decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c..

Quanto alla opponibilità della stessa da parte dell'assicuratore, che è terzo rispetto all'azione intentata dagli attori, si osserva che ai sensi dell'art. 2939 c.c., l'eccezione può essere opposta da chiunque abbia interesse, oltre dunque, il solo debitore e, in questo caso, ha effetto a favore del solo terzo, ovvero essa non estingue il diritto dell'attore, ma soltanto il credito vantato dal terzo convenuto nei confronti del terzo eccepiente (cfr. Cass. 5262/2001).

Nella specie, tuttavia, l'eccezione non può essere affatto disaminata, perché tardivamente formulata; trattandosi di eccezione non rilevabile d'ufficio, essa, nel regime successivo alla riforma della L.263/2005, andava proposta nella comparsa di risposta tempestivamente depositata.

Ad riguardo, si osserva che il decreto di differimento della prima udienza emesso dal giudice, nell'autorizzare la chiamata del terzo Toro Assicurazione s.p.a., ha fissato la stessa al 13.06.2008.

Ne consegue che la comparsa della Toro andava depositata entro il 24.05.2008, che cadeva di sabato, laddove, per contro, veniva depositata soltanto il primo lunedì successivo, ovvero il 26.05.2008.

Deve rammentarsi che allorquando la scadenza coincide con un giorno festivo, vi è la proroga automatica del *dies ad quem* al primo giorno lavorativo, ai sensi dell'art. 155 c.p.c., IV comma, ma la stessa può essere in avanti o indietro nel tempo, a seconda della tipologia del termine.

Se, come in questo caso, trattasi di un termine cd. a ritroso, qual è quello previsto per la costituzione di parte, il rispetto del quale consente la difesa della controparte nel tempo ritenuto congruo dal legislatore, tale proroga opera nel senso che il termine deve intendersi scaduto il giorno antecedente a quello festivo, come ha chiarito la giurisprudenza più recente: " Il quarto comma dell'art. 155 cod. proc. civ. (diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada in un giorno festivo) e il successivo quinto comma del medesimo articolo (introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. f, della legge 28 dicembre 2005, n. 263, e diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine



che scada nella giornata di sabato) operano anche con riguardo ai termini che si computano "a ritroso" (come, nella specie, quello previsto dall'art. 378 cod. proc. civ.), ovvero contraddistinti dall'assegnazione di un intervallo di tempo minimo prima del quale deve essere compiuta una determinata attività. Tale operatività, peraltro, deve correlarsi alle caratteristiche proprie di siffatto tipo di termine, producendo il risultato di individuare il "dies ad quem" dello stesso nel giorno non festivo cronologicamente precedente rispetto a quello di scadenza, in quanto, altrimenti, si produrrebbe l'effetto contrario di una abbreviazione dell'intervallo, in pregiudizio per le esigenze garantite dalla previsione del termine medesimo", Cass. 14767/2014, così pure n. 378/2015.

Pertanto, essendo stata come visto la comparsa depositata oltre la scadenza del 24.05.2008 (in questo caso anticipata al 23.05), l'eccezione di prescrizione, che è eccezione in senso stretto non rilevabile dal giudice, deve dirsi intempestiva e dunque non va esaminata.

Per analogo motivo, ovvero tardività della comparsa che la contiene, va dichiarata inammissibile l'eccezione di prescrizione in materia di assicurazione, ex art. 2952 c.c., III comma, sollevata dalla Toro nei confronti della Azienda.

Può invece valutarsi l'eccezione di limitazione del risarcimento al massimale di cui al contratto di assicurazione, trattandosi di eccezione in senso lato rilevabile *ex actis*.

Venendo dunque al merito della lite, si rileva che in materia di responsabilità del sanitario trovano, per quanto sopra esposto, applicazione, quanto al riparto dell'onere della prova, i principi propri del regime della responsabilità contrattuale, in base ai quali il paziente è unicamente gravato dall'onere di provare il contratto e/o il "contatto sociale" e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento (cfr. Cass. 10297/04; 12362/2006; S.U. 581/2008), e non già la colpa o la sua gravità, mentre, al contrario, il professionista, al fine di andare esente da responsabilità, sarà tenuto a dare prova della non imputabilità ad esso dell'addebitatogli inadempimento (cfr. Cass. 13/10; Cass. 8826/07), ovvero della sua irrilevanza sul piano eziologico per esistenza di altro fattore causale (cfr. Cass. Sez. Un. 577/08; 20547/2014).

In altri termini, il concreto e personale espletamento di attività medico-terapeutica da parte del sanitario comporta sempre l'assunzione diretta della posizione di garanzia nei confronti del paziente, sicché su di lui incombe l'obbligo della osservanza delle *leges artis*, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito, ovvero dell'aumento del rischio.

AN tal senso, perché risulti integrato il nesso causale, è condizione necessaria e sufficiente che la condotta omissiva abbia semplicemente aumentato il rischio di verificazione di eventi lesivi del tipo di quelli che la norma di condotta colposamente violata tendeva a prevenire.

Invero, anche secondo la recentissima Cass. 27855/2013 "In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno".

Il carattere routinario dell'intervento consente poi di escludere l'applicazione della limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., comma 2, che ricorre soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà trascendenti la preparazione

media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, incumbendo in tal caso al medico di fornirne la relativa prova (cfr. Cass. 2042/05).

Ora, nella specie, in relazione alla tipologia di intervento, consistente nella assistenza della gestante durante tutto il periodo di gravidanza e sino alla esecuzione del parto, quale viene prospettato nel caso odierno, parte convenuta, gravata del relativo onere non ha dedotto peculiari condizioni della partoriente che richiedessero una preparazione ed una attenzione superiori a quelle mediamente richieste.

Sul punto, d'altro canto, né parte convenuta né la Toro Assicurazioni hanno dedotto alcunché.

...omissis...

Ed invero, nessuna obiezione alla riportata ricostruzione dei fatti è stata mossa dalla parte convenuta, che si è limitata ad una generica contestazione, più che altro in punto di ammissibilità della prova, prima di assumerla, e, in seguito allo svolgimento della ctu, unico mezzo assunto, non ha più partecipato al processo, non comparando in udienza, provvedendo né a depositare le memorie istruttorie, né a dedurre alcunché anche dopo la ctu espletata.

Quanto alle contestazioni sollevate dal terzo assicuratore, esse si concentrano in punto di fatto sul mancato ritardo nel parto cesareo, poiché, a dispetto di quanto asserito da parte attrice per cui vi sarebbe stato un ritardo di 5 ore tra il ricovero e l'esecuzione, dalla cartella clinica, che ha valore probatorio privilegiato, risulta invece che il ricovero avvenne alle 11.20 e il parto cesareo tra le 13.15 e le 13.20.

Orbene, tale critica è fondata, nel senso che la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che *"Le attestazioni contenute in una cartella clinica, redatta da un'azienda ospedaliera pubblica, o da un ente convenzionato con il servizio sanitario pubblico, hanno natura di certificazione amministrativa, cui è applicabile lo speciale regime di cui agli artt. 2699 e segg. cod. civ., per quanto attiene alle sole trascrizioni delle attività espletate nel corso di una terapia o di un intervento, restando, invece, non coperte da fede privilegiata le valutazioni, le diagnosi o, comunque, le manifestazioni di scienza o di opinione in essa espresse"*, Cass. 25568/2011.

Nel resto, la Toro ha censurato la dipendenza causale dei danni alle minori rispetto alla condotta allegata, riconosciuta quale mera probabilità dallo stesso ctp della parte attrice.

Su tale aspetto si tornerà infra, nell'esame degli esiti della ctu.

Deve dunque reputarsi che, ferma la ricostruzione del fatto della parte attrice, il parto avvenne entro due ore rispetto al ricovero.

Orbene, venendo adesso alla valutazione della responsabilità medica, si osserva che la stessa è stata accertata a mezzo della apposita consulenza tecnica d'ufficio, affidata al dott. Massimo Rizzo, le cui conclusioni il Tribunale pienamente condivide per essere fondate su un esame attento della vicenda in esame e prive di vizi logici o di giudizio.

L'ausiliario del giudice, dopo aver esaminato il compiego documentale, ha osservato anzitutto che nei controlli clinici eseguiti non è dato sapere quale sia stato l'andamento gestazionale dei due feti, posto che non è indicato alcun tipo di indagine né si possiedono notizie circa la placenta ed il sacco amniotico, inoltre i dati riportati nella ecografia mostrano soltanto una variazione ponderale tra i due feti, senza alcun parametro utile per stimare il benessere materno-fetale ed il peso dei feti; non sono stati, poi, effettuati esami cardiocografici.

In sostanza, il ctu ha definito il monitoraggio ostetrico del tutto carente, trascurato ed inidoneo ad assicurare una gestazione adeguata e sicura, nonostante la presenza di un gemello con ritardo di crescita ed alla discrepanza tra i due gemelli, il che non ha condotto a scelte diverse per il prosieguo della gravidanza, tra cui quella di anticipare il parto, anche considerando che la gravidanza gemellare si considera a termine quando raggiunge le 37 settimane (e non le 40 come quella singola).

Il carente controllo della gravida ha compromesso secondo il ctu sia la corretta informazione della Molino sulla situazione di alto rischio fetale in cui i due gemelli si trovavano in utero (sofferenza fetale di entrambi i gemelli e rischio di morte endouterina), sia la predisposizione di un programma di assistenza intensiva alla gravidanza in un ambiente ospedaliero idoneo e, ancora, la programmazione del parto nei tempi previsti e in ambiente ospedaliero fornito di assistenza di terapia intensiva neonatale.

Inoltre, il ctu ha acclarato altresì la mancanza di una azione di prevenzione, ovvero la prescrizione di un riposo assoluto dopo la ventiquattresima settimana onde prevenire stati anemici, di cui pure soffriva la Molino, a causa del consumo placentare quasi raddoppiato.

Pertanto, il ctu ha concluso riscontrando un carente approccio di gestione, una inesistente attività di monitoraggio e di presa in carico come imponeva una gravidanza gemellare, oltre che una mancata programmazione degli atti dovuti e necessari per garantire la sicurezza materno-fetale.

Quanto infine al parto, il ctu ha ipotizzato una colpa grave nel caso il ritardo sia stato effettivamente di 5 ore e non di 2 come indicato nella cartella.

Ha quindi affermato la sussistenza del nesso causale tra le molteplici lesioni riportate dalle due gemelle e tutta la condotta colposa dei medici che ebbero in cura la Molino.

Ebbene, queste le risultanze della ctu, deve evidenziarsi che la condotta dei medici è stata in buona sostanza interamente stigmatizzata dal ctu, inoltre è stata accertata la dipendenza causale delle lesioni patite dalle figlie dalla errata ed insufficiente attività sanitaria prestata.

A fronte di tanto, come già evidenziato in punto di allegazioni, l' Azienda non ha offerto alcun elemento di segno contrario, che conducesse nella direzione di un esonero o almeno di una riduzione della responsabilità, invero, nemmeno l'ente ha fatto mai riferimento ad una diligente condotta dei suoi dipendenti, ovvero all'intervento di una causa estranea all'inadempimento, né ha formulato obiezioni di sorta alla ctu: vieppiù, ha sottolineato che l'ente non è più comparso in udienza in seguito alla ammissione della ctu, dunque non ha formulato alcuna osservazione, né, come già rilevato, ha provveduto al deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

Quanto invece alla compagnia assicuratrice, la stessa, all'esito della ctu, ha insistito soprattutto nella insussistenza della violazione grave da parte dei medici, che hanno eseguito il parto, come da cartella clinica, nell'arco di due ore dal ricovero.

Pur tuttavia, si osserva che, sulla scorta della ctu, i cui passi più salienti sono stati sopra riportati, la complessiva condotta tenuta dai sanitari è stata inadeguata e negligente, in quanto come visto vi è stato un carente approccio di gestione, una inesistente attività di monitoraggio e

di presa in carico come imponeva una gravidanza gemellare, oltre che una mancata programmazione degli atti dovuti e necessari per garantire la sicurezza materno-fetale.

Nella gravità complessiva dell'inadempimento, quale ricavabile dall'intera indagine peritale espletata, allora, il mero profilo del parto non assume portata assorbente, ma è uno degli vari aspetti della condotta presi in esame dall'ausiliario, che per il resto non sono stati investiti dalla riflessione della compagnia assicuratrice.

Si osserva, poi, che il ctu ha espressamente riscontrato l'eziologia tra i danni neurologici delle minori e la sofferenza fetale, cagionata dai sanitari.

Sulla scorta delle precedenti considerazioni, l'Azienda di Cosenza deve essere condannata al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniale eziologicamente dipendenti dalla condotta dei sanitari.

Occorre, a questo punto, esaminare la domanda nel dettaglio, atteso che gli attori, come premesso, hanno agito sia *iure proprio*, per il danno da essi direttamente patito, che in nome e per conto delle figlie, invocando in loro favore il danno non patrimoniale ed il danno patrimoniale.

Partendo dal danno non patrimoniale, in questo caso i danneggiati hanno allegato il fatto base della convivenza del proprio nucleo familiare, le gravi lesioni subite dal proprio congiunto all'esito del fatto/evento lesivo, nonché la privazione della gioia, della comunione degli affetti e del sostegno morale da parte delle figlie ed altresì la sofferenza nel vedere la tragedia quotidianamente vissuta dalle stesse.

Sul punto, va osservato che tale tipo di danno deve essere sempre allegato e provato, in quanto, come osservato anche in dottrina, l'onere della prova non dipende dalla relativa qualificazione in termini di "danno-conseguenza", sicché tutti i danni extracontrattuali devono essere provati da chi ne pretende il risarcimento, e pertanto anche il danno non patrimoniale, nei suoi vari aspetti, e la prova può essere data con ogni mezzo (v., in particolare, oltre alle note pronunce delle Sezioni Unite del 2008, Cass., 6/4/2011, n. 7844; Cass., 5/10/2009, n. 21223; Cass., 22/7/2009, n. 17101; Cass., 1/7/2009, n. 15405).

Trattandosi di pregiudizio (non biologico) a bene immateriale, particolare rilievo assume peraltro la prova presuntiva (v. Cass., Sez. Un., 15/1/2009, n. 794; Cass., 19/12/2008, n. 29832). Se attraverso il ricorso alle presunzioni (nonché l'esplicazione, se del caso, dei poteri istruttori attribuitigli dall'art. 421 c.p.c.) non può sopperirsi al mancato esercizio dell'onere di allegazione, concernente sia l'oggetto della domanda che le circostanze in fatto su cui la stessa si fonda (cfr. Cass., 13/5/2011, n. 10527; Cass., 6/4/2011, n. 7844; Cass., Sez. Un., 6/11/2009, n. 6454), la prova in particolare del danno non patrimoniale da uccisione e lesione dello stretto congiunto ben può essere data anche a mezzo di presunzioni (v. Cass., 31/05/2008, n. 8827; Cass., 31/5/2008, n. 8828; Cass., 19/8/2008, n. 12124; Cass., 15/7/2004, n. 13022; Cass., 12/6/2006, n. 13546), che in argomento assumono anzi "precipuo rilievo" (v. Cass., Sez. Un., 24/3/2006, n. 6572).

Ed allora, tornando al caso di specie, è normale che un evento quale la nascita di due figlie affette da patologie gravissime ed irreversibili, senza alcun tipo peraltro di informazione per i genitori, *ante* nascita, sulla possibilità che le stesse non fossero del tutto sane, nonché la partecipazione alla durezza ed alle innumerevoli difficoltà che la vita quotidianamente presenta per le stesse, rappresenta uno sconvolgimento della propria esistenza e delle relazioni familiari, dunque un danno, che può reputarsi quale danno esistenziale (v. Cass., 13/5/2011, n. 10527; Cass., 6/4/2011, n. 7844; Cass., 12/6/2006, n. 13546; Cass., Sez. Un., 24/3/2006, n. 6572), o quale "lesione" del rapporto parentale (cfr. Cass., 3/4/2008, n. 8546; Cass., 14/6/2006, n.

13754; Cass., 31/5/2003, n. 8827; Cass., Sez. Un., 1/7/2002, n. 9556), in quanto conseguenze normalmente discendenti secondo l'*id quod plerumque accidit* (v. Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972; Cass., 12/6/2006, n. 13546; Cass., Sez. Un., 24/3/2006, n. 6572).

Ciò posto, il principio di integrale risarcimento del danno impone che nessuno degli aspetti di cui si compendia la categoria generale del danno non patrimoniale, la cui sussistenza risulti nel caso concreto accertata, rimanga priva di ristoro.

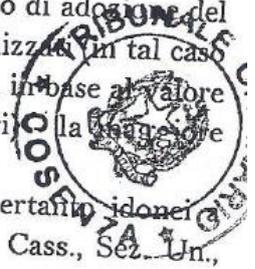
Ed allora, tenuto conto che non vi è stata alcuna contestazione rispetto alle allegazioni inerenti il danno, il danno presuntivamente provato va liquidato, facendo ricorso ad un criterio equitativo, l'unico che si addice al ristoro di interessi costituzionalmente garantiti ovvero afferenti al nucleo essenziale della persona.

A questo riguardo, la Suprema Corte ha recentemente avuto modo di precisare, nelle note sentenze cd. di San Martino (cfr. Cassazione civile, sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972), che hanno riscritto le coordinate del danno non patrimoniale e che sono tuttora seguite dalle successive sezioni semplici della S.C., che vanno superate le categorie di danno morale e danno esistenziale potendo essere risarcito, come *unicum*, il danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., il quale non può essere suddiviso in diverse poste risarcitorie "Il danno biologico (cioè la lesione della salute), quello morale (cioè la sofferenza interiore) e quello dinamico-relazionale (altrimenti definibile "esistenziale", e consistente nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiane, risarcibile nel caso in cui l'illecito abbia violato diritti fondamentali della persona) costituiscono componenti dell'unitario danno non patrimoniale che, senza poter essere valutate atomisticamente, debbono per sempre dar luogo ad una valutazione globale. Ne consegue che, in caso di mancata liquidazione del cosiddetto danno morale, occorre che il ricorrente, in sede di impugnazione della sentenza, non si limiti ad insistere sulla separata liquidazione di tale voce di danno, ma che articoli chiaramente la doglianza come erronea esclusione, dal totale ricavato in applicazione delle cosiddette "tabelle di Milano", delle componenti di danno diverse da quella originariamente descritta come "danno biologico", risultando, in difetto, inammissibile la censura atteso il carattere tendenzialmente onnicomprensivo delle previsioni delle predette tabelle", così Cass. 20111/2014.

Come la S.C. ha più volte affermato che l'applicazione dei criteri di valutazione equitativa, rimessa alla prudente discrezionalità del giudice, deve consentirne - sia in caso di adozione del criterio equitativo puro che di applicazione di criteri predeterminati e standardizzati in tal caso - previa la definizione di una regola ponderale commisurata al caso specifico: es., in base al valore medio del punto di invalidità calcolato sulla media dei precedenti giudiziari) la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento.

A tal fine i criteri di liquidazione adottati dal giudice debbono essere pertanto idonei a garantire la c.d. personalizzazione del danno (v. Cass., 29/3/2007, n. 7740; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972).

Al riguardo, le tabelle del Tribunale di Milano risultano essere, in ragione della loro "vocazione nazionale" in quanto le statisticamente maggiormente testate, le più idonee ad essere assunte quale criterio generale di valutazione che, con l'apporto dei necessari ed opportuni correttivi ai fini della c.d. personalizzazione del ristoro, consenta di pervenire alla relativa determinazione in termini maggiormente congrui, sia sul piano dell'effettività del ristoro del pregiudizio che di quello della relativa perequazione - nel rispetto delle diversità proprie dei singoli casi concreti - sul territorio nazionale: v. Cass., 7/6/2011, n. 12408; Cass., 30/6/2011, n. 14402; Cass., 12/7/2006, n. 15760).



Esse hanno così sostituito le tabelle in uso nei singoli tribunali, anche in relazione alla perdita del rapporto parentale (cfr. Cass. 26505/2009) tanto che la loro violazione determina un vizio di legge (Cass. 4447/2014).

Venendo alla specie, si osserva che poiché nella Tabelle milanesi il danno da perdita del rapporto parentale del genitore rispetto al figlio è valutato in un *range* compreso tra € 163.990,00 ed € 327.990,00.

Orbene, anche la lesione del rapporto deve dunque ristorarsi in base alla tabella, perché l'interesse compromesso dal fatto illecito è lo stesso, quello alla intangibilità ed integrità delle relazioni familiari, come visto pocanzi.

Può affermarsi allora che rispetto alla perdita totale della relazione parentale, identificabile con la morte, la compromissione del rapporto stesso, irrimediabilmente alterato dalla patologia, che, nella specie, è estremamente invalidante, avendo il ctu accertato un danno biologico a carico delle minori pari al 90%, rappresenti un *quid minus*, per cui la somma può stimarsi pari al valore minimo dell'intervallo.

Pertanto, sulla base della gravità del fatto illecito, che, come visto, è caratterizzato da una notevole violazione delle *leges artis* della medicina, della intensità e durata degli effetti, sostanzialmente irreversibile, appare idoneo riconoscere a ciascun genitore una somma pari ad € 163.990,00, per un totale di € 327.980,00, a titolo di danno da lesione del rapporto parentale.

Venendo poi ai danni richiesti per ciascuna figlia in proprio, si osserva preliminarmente che a seguito della pronuncia della Corte di cassazione in tema di danno da nascita indesiderata, si è reputato soggetto di diritto che può agire per il risarcimento dei danni anche il concepito, che nasce affetto da patologie, dunque non sano, per causa di un errore medico (Cass. 16754/2012). Il ragionamento ivi seguito dalla S.C. ben può trasferirsi nella presente sede.

Ed allora, nella specie, sono stati invocati per le minori tanto il ristoro del danno biologico, quanto quello del danno morale.

Alla luce della ampia dissertazione prima riportata, deve concludersi che il ristoro deve essere unico, benché personalizzato.

È comunque utile qualche considerazione sul danno biologico.

La tutela risarcitoria per la lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuta dalla Costituzione ha il suo campo di elezione proprio nel danno da lesione del diritto inviolabile alla salute tutelato dall'art. 32 Cost.

Esso consiste nella lesione all'integrità psicofisica dell'uomo e, cioè, in una menomazione incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione, che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza, ma si ricollega al complesso delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui egli vive e si estende quindi a tutti gli effetti negativi sul bene primario della salute, quale diritto inviolabile alla esplicazione della propria personalità morale, intellettuale, culturale (cfr., diffusamente, Cass. civ. sentenze n. 5635/97; 477/96; 357/93).

Avuto riguardo a tutte le conseguenze deteriori cagionate al bene primario della salute nel suo aspetto dinamico, si distingue, nell'ambito della unitaria nozione di danno biologico, in relazione ai diversi periodi temporali correlati alla differente entità della lesione, tra invalidità permanente, ovvero la perenne soppressione di una funzione vitale non suscettibile di regressione per decorso naturale o per effetto di cure e terapie, e inabilità temporanea (assoluta o parziale) quando la perdita della funzione vitale è destinata a cessare col decorso del tempo (in tal senso, cfr. Cassazione civile, sez. III, 15 settembre 1995, n. 9725, Cassazione civile, sez. III, 10 marzo 1992, n. 2840).



L'alterazione dell'integrità psicofisica del soggetto non è passibile di una reintegrazione in forma specifica o in natura, per cui il risarcimento del danno biologico non può che avvenire per equivalente, ovvero con una prestazione patrimoniale atta a reintegrare il valore non patrimoniale leso, da determinarsi con criteri di natura equitativa, informati da un lato ad una uniformità pecuniaria di base (a parità di lesioni, tutti avranno un risarcimento di una certa entità) e, dall'altro, ad elasticità e flessibilità, onde adeguare la liquidazione in ogni singolo caso all'effettiva incidenza nel contesto delle funzioni esistenziali perdute dal danneggiato (per un'autorevole affermazione di tali principi, Corte Cost., 14 luglio 1986 n. 184).

Ciò premesso, nella specie, i danni allegati possono essere verificati sulla base delle risultanze istruttorie acquisite, ed in particolare dalle cartelle cliniche (contenute nel fascicolo dell'istante) e dall'esame svolto dal consulente dell'ufficio, il quale ha valutato i postumi sia temporanei che permanenti subiti dalle minori Mauro Jessica e Mauro Emanuela, in modo che appare, in assenza di puntuali critiche, del tutto condivisibile.

Ebbene, il consulente tecnico ha avuto modo di accertare che le minori hanno subito una invalidità permanente quantificabile nella misura del 90%, nonché un periodo di invalidità temporanea totale per mesi 12 al 100%.

Con riferimento alla domanda di risarcimento del danno morale, poi, inteso come turbamento psicologico che non dà vita ad una vera e propria lesione alla stregua del danno biologico, abbiamo visto che lo stesso è risarcibile in virtù della lesione di un valore costituzionalmente riconosciuto, quale quello relativo alla integrità morale della persona (cfr., Cassazione civile, sez. III, 13 gennaio 2009, n. 479); tuttavia, dovendo come si è detto il danno non patrimoniale essere risarcito come un *unicum*, non potendo esso venire suddiviso in diverse poste risarcitorie, le apposite tabelle elaborate dal Tribunale di Milano possono essere applicate con riferimento non al solo danno biologico, ma al complessivo danno non patrimoniale. Ovvero esse sono già comprensive di un aumento del danno biologico corrispondente al risarcimento del danno morale, maggiormente aderente alla presumibile reale entità del pregiudizio morale subito dal soggetto, poiché il relativo aumento percentuale è commisurato anche all'età del soggetto, oltre che alla percentuale degli esiti permanenti residuati.

Pertanto, il risarcimento del danno non patrimoniale subito può essere, sulla scorta delle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano relative all'anno 2014, utilizzabili come indice di riferimento nella valutazione equitativa dello stesso, in quanto maggiormente vicine ed aderenti alla realtà socio — economica del luogo, partitamente individuato nella seguente misura, espressa in termini monetari già rivalutati all'attualità:

€ 35.040,00 per inabilità temporanea assoluta;

€ 1.078.972,00 per danno non patrimoniale permanente.

Pertanto, il danno non patrimoniale complessivo astrattamente spettante a ciascuna minore va quantificato in € 1.114.012,00, per un totale di € 2.228.024,00.

Orbene, va considerato tuttavia che per il principio dispositivo che informa il processo civile (art.112 c.p.c.), occorre considerare esattamente la domanda formulata dagli attori, perché il giudice "deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa".

Ed allora, non può non rilevarsi che gli stessi hanno richiesto precisamente l'importo complessivo "di € 2.039.144,42, ovvero il minore importo di giustizia", per tutte le voci di danno, né hanno modificato siffatta domanda nei termini consentiti.

Nelle conclusionali, poi, gli attori si sono riportati alle richieste di cui alla citazione.

Pertanto, l'importo risarcitorio va limitato a quanto richiesto.

Competono, inoltre, sulle somme spettanti gli interessi, che appare equo liquidare al tasso legale, da calcolarsi su detta somma devalutata alla data dell'evento (8.08.2005) e successivamente rivalutata anno per anno sino alla data di pubblicazione della sentenza, secondo i principi fissati da Cass. Sez. Un. 1712/95.

Dalla pronuncia della sentenza, con la trasformazione dell'obbligazione di valore in debito di valuta, sono dovuti, ex art. 1282 c.c., sulla somma complessivamente liquidata, gli ulteriori interessi al saggio legale (cfr. in tal senso, Cassazione civile, sez. III, 3 dicembre 1999, n. 13463 e Cassazione civile, sez. III, 21 aprile 1998, n. 4030), dalla data della presente sentenza al saldo.

Gli attori hanno altresì preteso il risarcimento del danno patrimoniale, per mancato svolgimento di attività lavorativa da parte delle figlie invalide, da liquidarsi secondo il meccanismo del triplo della pensione sociale.

Al riguardo, giova riportare i principi espressi dalla S.C. sul tema del danno ai minori, formatasi in tema di infortunistica stradale ma comunque portatrice di considerazioni che possono valere quali principi generali.

Con riferimento alla liquidazione del danno patrimoniale futuro di soggetti non ancora produttivi di reddito a causa della giovane (o giovanissima) età sussistono in dottrina e giurisprudenza opinioni non sempre coincidenti. Certamente è indubbia la validità generale (e quindi anche nelle fattispecie come quella in esame) del principio dell'onere della prova (art. 2697 c.c.) e del principio secondo cui (ex art. 1226 cod. civ.) è consentita la liquidazione equitativa del danno solo se quest'ultimo è provato (o non è contestato) nella sua esistenza e non dimostrabile, se non con grande difficoltà, nel suo preciso ammontare (cfr. su quest'ultimo punto, tra le altre Cass. seni. 12545 del 08/0712004).

E' in realtà ovvio che è (quasi) sempre impossibile dare la prova rigorosa, precisa ed incontestabile di un danno futuro (e ciò è stato giustamente affermato da molto tempo da parte della giurisprudenza; cfr. tra le tante: Cass. Sentenza n. 495 del 20/01/1987: "Per la risarcibilità del danno patrimoniale futuro è sufficiente la prova che il danno si produrrà secondo una ragionevole e fondata attendibilità, non potendosene pretendere l'assoluta certezza", infatti, persino se il danneggiato produceva un reddito al momento del sinistro, l'evoluzione successiva della sua capacità di produrlo (ovviamente nell'eventualità che il sinistro medesimo non si fosse verificato) può essere oggetto solo di un giudizio prognostico basato su presunzioni; la più importante e basilare delle quali è certamente costituita dall'entità del reddito già prodotto.

E' palese che tale impossibilità è ancora più evidente nell'ipotesi di danneggiato che al momento del sinistro non produceva reddito, in quanto in tal caso viene meno anche quell'essenziale elemento presuntivo che è costituito dall'entità del reddito prodotto.

Ciò non significa però che tale danneggiato debba restare privato (applicando un errato "rigore" interpretativo che porterebbe in concreto ad escludere sempre la liquidabilità in questione) del risarcimento del danno patrimoniale; che ben può essere liquidato invece in base ad una corretta interpretazione della normativa in questione (in particolare in tema di presunzioni).

Va precisato a questo punto che è nell'ordine naturale delle cose che un soggetto ancora in età scolastica, qualora non abbia particolari deficienze, in futuro produrrà un reddito.

Si potrà discutere in ordine all'entità di tale presumibile reddito futuro in relazione agli elementi prognostici offerti, con riferimento allo specifico soggetto in questione, dalle risultanze processuali della particolare causa di cui si tratta.

Si è infatti osservato (Cass. 23298 del 14/12/2004) che: "Quando un minore, non svolgente attività lavorativa, subisca, in conseguenza di un sinistro stradale, lesioni personali con postumi

permanenti incidenti sulla specifica capacità lavorativa futura, il relativo danno da risarcire - consistente nel minor guadagno che il minore percepirà rispetto a quello che avrebbe percepito se la sua capacità lavorativa non fosse stata menomata - può esser determinato dal giudice in base al tipo di attività che presumibilmente il minore eserciterà, secondo criteri probabilistici, tenendo conto degli studi intrapresi e delle inclinazioni manifestate dal minore, nonché della posizione economico - sociale della famiglia. Ove il giudice di merito non ritenga di avvalersi di tale prova presuntiva, può ricorrere, in via equitativa, al criterio del triplo della pensione sociale. La scelta tra l'una o l'altro, di merito, è insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivata"); ancora, salvo che sussistano elementi di convincimento in senso contrario, deve considerarsi come evento normale e prevedibile la produzione di un qualche reddito e non la non produzione del medesimo: "In tema di risarcimento del danno alla persona, la mancanza di un reddito al momento dell'infortunio per non avere il soggetto leso ancora raggiunta l'età lavorativa può escludere il danno da invalidità temporanea, ma non anche il danno futuro collegato alla invalidità permanente che proiettandosi per il futuro verrà ad incidere sulla capacità di guadagno della vittima, al momento in cui questa inizierà una attività remunerata. Tale danno può anche liquidarsi in via equitativa tenendo presente l'età dell'infortunato, il suo ambiente sociale e la sua vita di relazione."; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3539 del 15/04/1996; con riferimento ai danni consistenti in spese future di cura ed assistenza, cfr. anche Cass. Sentenza n. 752 del 21/01/2002).

In conclusione la Corte (Cass. 24331/2008), nel solco di un ormai consolidato filone interpretativo, ha enunciato il seguente principio di diritto: "Quando un minore, non svolgente attività lavorativa, subisca, in conseguenza di un sinistro, lesioni personali con postumi permanenti che il Giudice di merito ritiene destinati ad incidere sulla sua specifica capacità lavorativa futura (In base ad una valutazione che ben può essere basata - in assenza di specifici elementi di convincimento in senso contrario - anche semplicemente su presunzioni fondate sull' "id quod plerumque accidit" in relazione alla particolarità della fattispecie concreta; senza che sussista invece la necessità di una prova specifica e assolutamente rigorosa, di regola impossibile), il relativo danno da risarcire - consistente nel minor guadagno che il minore percepirà rispetto a quello che avrebbe percepito se la sua capacità lavorativa non fosse stata menomata - può esser determinato ex art. 1226 c.c. dal Giudice predetto in base al tipo di attività che presumibilmente il minore eserciterà, secondo criteri probabilistici, tenendo conto soprattutto degli studi intrapresi e delle capacità ed inclinazioni manifestate dal minore, nonché (secondariamente) della posizione economico-sociale della famiglia. Ove il giudice di merito non ritenga di avvalersi di tale prova presuntiva, in quanto non sono emerse risultanze istruttorie idonee a costituire valide basi per la valutazione stessa, può ricorrere, sempre in via equitativa, al criterio del triplo della pensione sociale. La scelta tra l'una o l'altro, costituisce in giudizio tipicamente merito, ed è pertanto insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivata".

Ed allora, nella specie, essendo impossibile per i genitori fornire indicazioni sulle inclinazioni e le attitudini delle minori, al momento della produzione del sinistro, essendo le stesse colpite dalla invalidità alla nascita, l'unico criterio utilizzabile appare quello del triplo della pensione sociale.

Né può valere l'obiezione per cui tale criterio è utilizzabile esclusivamente nell'ambito della responsabilità civile obbligatoria, ovvero nell'ipotesi di sinistro stradale, in quanto il criterio in fatto può reputarsi utilizzato nell'esercizio della liquidazione equitativa del danno, ex art. 1226 e 2056 c.c. (arg. Cass. 3436/2006).

Pertanto, poiché attualmente la pensione sociale (ormai appellata assegno sociale) è pari ad € 48,52 per l'anno 2015, il triplo della stessa è pari ad € 16.146,72 lordi annui.

Nondimeno, vale il limite sopra esposto del rispetto del principio della domanda, per cui non occorre interrogarsi, perché del tutto inutile, sul preciso importo da riconoscere per tale specifica voce, visto che già soltanto con il riconoscimento del danno non patrimoniale la somma richiesta con la domanda è abbondantemente superata.

La domanda va accolta così nella misura richiesta in citazione, quanto ai danni delle figlie, a cui va aggiunta la somma di € € 327.980,00, liquidata, per quanto sopra, in favore dei genitori.

Le spese della causa, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

Vanno altresì poste a carico della Azienda soccombente le spese della ctu, liquidate durante il giudizio.

A seguito della domanda di manleva svolta dalla convenuta sulla base della polizza assicurativa in atti, la Toro Assicurazioni S.p.A. deve essere condannata a manlevare la Azienda Ospedaliera di Cosenza da ogni somma che, in base alla predetta sentenza, la convenuta è tenuta a corrispondere all'attore per il risarcimento, spese legali e di consulenza tecnica, nel limite del massimale di cui al contratto stipulato.

p.q.m.

Il Tribunale di Cosenza, definitivamente pronunciando, così provvede:

-accoglie per quanto di ragione la domanda proposta dalla Mauro Giancarlo e Molino Georgette, in proprio e nella qualità di genitori di Mauro Jessica ed Emanuela, e per l'effetto condanna la Azienda Ospedaliera di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni, in favore degli attori, della complessiva somma di € 2.367.124,42, oltre rivalutazione ed interessi come in parte motiva;

-condanna la convenuta alla rifusione, in favore degli attori, con distrazione in favore degli Avv.ti Greco, delle spese della presente procedura, che liquida in complessivi € 4.500,00, di cui € 500,00 per esborsi, oltre rimborso forfetario per spese generali, iva e cap come per legge;

-pone definitivamente a carico di parte convenuta le spese della consulenza tecnica d'ufficio, già liquidate;

-condanna Toro Assicurazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a manlevare la Azienda Ospedaliera di Cosenza dalle somme di cui ai precedenti punti poste a carico di quest'ultima, nel limite del massimale contrattuale.

Cosenza, 14.08.2014

Il Giudice
(dr.ssa Elena Coppola)



FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Ins. Maria Anna Mazz

Depositata in Cancelleria
16 APR 2015
Cosenza,