

N. R.G. 36023/2014



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
sezione IV CIVILE

Il giudice dr.ssa Valeria Di Donato ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al N.R.G. 36023 dell'anno 2014

TRA

[redacted], C.F. [redacted] elettivamente domiciliata in
[redacted] TORINO presso lo studio dell'avv. [redacted] che la
difende e rappresenta come da procura in atti

ATTRICE

E

FAZIENDA OSPEDALIERA [redacted]
[redacted] (C.F.
[redacted]), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in C.SO
[redacted] TORINO, presso lo studio degli avv.ti [redacted] c/ [redacted]
[redacted] che la difendono e rappresentano come da procura in atti.

CONVENUTA



E

DOTT. [REDACTED], C.F. [REDACTED] elettivamente domiciliata in VIA L. CIBRARIO, 36, TORINO presso lo studio dell'avv. PAJERMITI MARCO, che lo difende e rappresenta come da procura in atti

CONVENUTO

OGGETTO: responsabilità medico - sanitaria

rassegnate dalle parti le seguenti

CONCLUSIONI

Le parti concludevano come da verbale di udienza del 6 novembre 2018.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

Con atto di citazione ritualmente notificato ([REDACTED]) ha convenuto in giudizio l'Azienda ospedaliera ([REDACTED]) ed il dott. ([REDACTED]) per sentirli condannare in solido al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti a seguito dell'intervento chirurgico per correzione dell'alluce valgo destro cui si era sottoposta in data 18.5.2011. In particolare, ha lamentato che, nonostante l'assunzione da parte del medico operante di un espresso obbligo di risultato, lo stesso non era stato raggiunto in quanto non solo la correzione apportata era da considerarsi del tutto insufficiente ma vi era stato anche un peggioramento del progressivo quadro clinico, con un danno permanente del 2%. Ha, dedotto, altresì, che l'intervento era stato eseguito in regime di libera professione presso la struttura convenuta, con la corresponsione della somma di € 6.920,63, di cui ha chiesto la restituzione.

I convenuti si sono costituiti in giudizio contestando l'avversaria qualificazione della responsabilità medica in ambito contrattuale; hanno eccepito nel merito l'insussistenza del nesso di causalità tra i danni lamentati da parte attrice e le prestazioni mediche, oltre all'assenza di qualsiasi profilo di responsabilità da imputarsi alla struttura convenuta e al medico curante, avendo quest'ultimo



operato con la dovuta diligenza, prudenza e perizia, nel rispetto delle *leges artis* e dei protocolli esistenti. Hanno contestato la qualificazione dell'obbligazione assunta come di risultato e la specifica assunzione da parte del medico del risultato sperato, nonché, infine, la quantificazione del danno. Hanno chiesto, pertanto, respingersi la domanda.

In via generale va rilevato che i fatti storici dedotti in citazione e l'iter chirurgico e terapeutico cui parte attrice è stata sottoposta a seguito dell'intervento del 18.05.2011 non sono oggetto di contestazione tra le parti e risultano, comunque, provati dalla documentazione versata in atti.

Appare opportuno chiarire, in via preliminare, che ai fini dell'accertamento della invocata responsabilità e del conseguente obbligo risarcitorio, la mera offerta conciliativa, comunicata dalla struttura con nota del 8.10.2013 a cui è seguito il rifiuto espresso in data 18.12.2013 da parte attrice (doc. n. 10), non è di per sé sufficiente a comprovare la sussistenza della responsabilità.

La stessa è, difatti, qualificabile come un'offerta transattiva avvenuta in fase stragiudiziale, che non ha valore di confessione ex art. 2735 c.c. Quest'ultima presuppone che sussistano un elemento oggettivo, integrato da un concreto pregiudizio all'interesse del dichiarante e un corrispondente vantaggio nei confronti del destinatario della dichiarazione, ed un elemento soggettivo, consistente nella consapevolezza e volontà di ammettere e riconoscere la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole all'altra parte (così Cass. S.U. n. 7381/13 ; Cass. n.23495/10, citata nella sentenza).

Nel caso di specie appare evidente che non sussista alcuno dei due elementi; va sottolineato a riguardo che l'Azienda, nel formulare l'offerta, espressamente chiariva che la stessa era proposta "*a mero scopo transattivo e senza nulla riconoscere in punto responsabilità a carico dell'Azienda e/o dei sanitari*" (doc. 8 dell'Azienda Ospedaliera); dunque, con il dichiarato intento di prevenire l'instaurazione di un procedimento giudiziale e con inequivoca esclusione del riconoscimento di ogni profilo di responsabilità rispetto alle pretese risarcitorie avanzate.



Quanto all'inquadramento giuridico dell'invocata responsabilità del medico, operante all'interno della struttura sanitaria, e della stessa struttura ospedaliera - presso la quale fu praticato l'intervento chirurgico in oggetto - nell'ambito della responsabilità contrattuale (e alle deduzioni esposte a riguardo da parti convenute in relazione alle novità legislative introdotte dal cd. decreto Balduzzi con conseguente mutamento del titolo da contrattuale ad extracontrattuale), si ritiene che le novità normative introdotte con il D.L. n. 158/2012, convertito nella Legge n. 189/2012 (cd. decreto Balduzzi) non abbiano modificato il titolo contrattuale della responsabilità delle strutture sanitarie per danni cagionati dall'operato dei propri sanitari, nonché dei medici operanti all'interno delle stesse strutture.

In particolare l'art. 3 del citato decreto testualmente recita *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma"*.

La norma disciplina, in prima battuta, la responsabilità penale del sanitario delimitandone il raggio di azione ed escludendone la sussistenza per colpa lieve allorquando siano state rispettate le linee guida e le buone pratiche della comunità scientifica; il legislatore prosegue precisando che, con riferimento ai suddetti casi di esclusione della responsabilità penale, permangono ove ne sussistano i presupposti, l'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ.

Proprio il richiamo alla citata norma potrebbe indurre a ritenere che il risarcimento del danno in sede civilistica sia stato ricondotto nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, come già delineata dalla giurisprudenza di legittimità anteriormente, alla pronuncia della S.C. n. 589/1999.

In realtà, la *ratio legis*, il tenore letterale della norma e la sua collocazione sistematica, fanno ragionevolmente propendere per una diversa conclusione volta ad escludere che con la previsione in



esame il legislatore sia intervenuto per indicare il titolo della responsabilità medica riconducendola nell'ambito di quella extracontrattuale ma che, invece, si sia limitato, con una formulazione sicuramente approssimativa e di non univoca interpretazione, nell'ottica della parziale depenalizzazione della condotta colposa del sanitario, ad affermare, anche nei casi di esonero dalla responsabilità penale, la permanenza dell'obbligo risarcitorio, sintetizzato con il richiamo all'art. 2043 c.c.

La persistenza dell'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c. va necessariamente correlata alle fattispecie contemplate nella prima parte della norma, come suggerisce la delimitazione "*in tali casi*", e sembra esclusivamente chiarire che l'esonero dalla responsabilità penale non determina di per sé il venir meno dell'obbligo di risarcire il danno in sede civilistica, ove ne sussistano i presupposti di legge. Il legislatore, difatti, non ha richiamato integralmente la previsione di cui all'art. 2043 c.c., presupponendo la natura extracontrattuale del fatto illecito, ma solo l'obbligo di risarcimento che deriva dalla violazione del principio generale del *neminem laedere*, né ha richiamato alcuna delle altre norme codicistiche che disciplinano la responsabilità extracontrattuale, non avendo evidentemente intenzione di intervenire sulla disciplina del titolo della responsabilità civilistica dei sanitari.

Tanto si desume sia dal principio generale della normativa in esame, dettata nell'ottica della riduzione delle risorse finanziarie da destinare al SSN – rinvenibile anche nell'art. 3 che mira a ridurre i casi di responsabilità per danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria, anche sotto il profilo delle conseguenze economiche in campo assicurativo – sia dal testo originario del decreto legge che richiamava espressamente ai fini dell'accertamento della colpa, sia il disposto di cui all'art. 2236 c.c. che quello dell'art. 1176 c.c., ossia due norme cardine per la valutazione dell'inadempimento dell'obbligazione professionale e che, pertanto, presupponcano la riconduzione della responsabilità medica in ambito contrattuale. (cfr. D.L. n. 158/2012 "*Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve*



nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale").

Deve, dunque, escludersi, anche tenuto conto dei recenti arresti della Suprema Corte (cfr. Cass. n. 18610/2015) che il legislatore abbia voluto, con una norma dettata nell'ottica della riduzione delle risorse finanziarie e di depenalizzazione, almeno parziale, del fatto illecito dei sanitari, altresì, disciplinare il titolo della responsabilità civile, con ciò operando, peraltro, una totale inversione di tendenza rispetto all'inquadramento giurisprudenziale consolidatosi in oltre 10 anni, con le ovvie conseguenze che ne deriverebbero in ordine al riparto dell'onere della prova ed al regime di proscrizione.

Va, altresì, rilevato che con la recentissima riforma della responsabilità sanitaria introdotta dalla legge n. 24 dell'8 marzo 2017 il legislatore pare aver sciolto ogni dubbio sulle diverse possibilità interpretative della normativa dettata dal Decreto Balduzzi, prevedendo un doppio regime di responsabilità: contrattuale per le strutture sanitarie, pubbliche o private che siano, e per i medici che operino in regime di libera professione; extracontrattuale per i sanitari che prestino la propria attività professionale nell'ambito delle suddette strutture e al di fuori di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

L'art. 7 della citata legge recita difatti: "1. *La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.*

2. *La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la*



telemedicina.

3. *L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente".*

Dunque, per quel che qui interessa, non può sorgere alcun dubbio sulla natura contrattuale dell'azione risarcitoria proposta, tenuto soprattutto conto del fatto che tra _____ e il dr. _____ è intercorso un vero e proprio un contratto di prestazione d'opera professionale in regime di libera professione intramuraria, di guisa che, anche sotto la vigenza della precedente disciplina, è in ogni caso applicabile la normativa relativa all'inadempimento in materia contrattuale.

La circostanza che il dr. _____ abbia eseguito le proprie prestazioni in regime libero professionale e, dunque, necessariamente sul presupposto di un contratto intercorso col paziente, oltre a non essere contestata, risulta documentalmente provata dalla produzione della ricevuta fiscale, ove viene riportato l'onorario spettante personalmente al medico operante (doc. 2).

L'assistenza sanitaria fornita dall'Azienda ospedaliera determina la riconducibilità della responsabilità della struttura "ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c." (Cass. Civ. Sez. Unite 11.01.2008, n. 577).

Questo giudice, dunque, ritiene di dover aderire al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, confermato anche dalla Suprema Corte a Sezioni Unite con la pronuncia n. 576 del



2008, secondo cui tra la struttura sanitaria presso cui il paziente viene ricoverato o sottoposto a visita ambulatoriale o ad altri accertamenti, il medico che lo prende in cura ed il paziente stesso, sorge un vero e proprio contratto, soggetto in quanto tale alla disciplina dettata in materia di inadempimento del debitore nei rapporti aventi ad oggetto prestazioni professionali e ciò, anche per quanto riguarda il rapporto tra il singolo medico curante ed il paziente, sia che si intenda aderire alla nota teoria del cd. "contatto sociale" sia che si ravvisi anche nel rapporto medico - paziente un contratto atipico a prestazioni corrispettive. (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316).

La conseguenza diretta della scissione dei due rapporti contrattuali è la configurabilità di una responsabilità risarcitoria dell'ente pubblico o privato in cui viene accettato il paziente anche in assenza di una specifica responsabilità del medico dipendente ma per violazione delle singole, diverse e autonome obbligazioni assunte dalla struttura nei confronti del paziente, mentre laddove si deduca una condotta negligente del personale sanitario, la struttura ospedaliera risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, ex art. 1228 c.c. (Cass. n. 1620/2012)

In applicazione dei principi generali sul riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale, e in particolare di quelli dettati dalla già richiamata pronuncia del 2008, deve ritenersi che gravi sul paziente danneggiato la prova della fonte negoziale e dell'attività professionale svolta, del fatto dannoso (insorgenza o aggravamento della patologia) e del nesso causale, nonché l'allegazione dell'inadempimento quale comportamento astrattamente e causalmente idoneo alla produzione del danno, mentre compete al debitore la dimostrazione dell'esatto adempimento o della insussistenza del nesso di causalità tra la condotta tenuta e l'evento di danno (cfr. Cass. Sez. Un. 13533/2001).

Più precisamente, superata la tradizionale dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, in applicazione dei criteri generali di cui agli artt. 1218 e 1176 cod. civ., è onere del paziente 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 con l'uso dell'ordinaria diligenza da lui esigibile in base alle conoscenze tecnico – scientifiche del momento. (cfr. Cass. n. 21177/2015; n. 17413/2012; n. 12274/2011; n. 4210/04).

Nella fattispecie in esame, parte attrice ha allegato di aver subito un peggioramento della patologia preesistente e soprattutto di non aver ottenuto il risultato sperato (correzione dell'alluce), espressamente garantito dal medico. Secondo la prospettazione attorea, difatti, anche a voler prescindere dalla sussistenza o meno di una condotta colposa del chirurgo operante, in termini di negligenza, imprudenza o imperizia nell'esecuzione dell'intervento, il mancato (pacifico) raggiungimento del risultato garantito integrerebbe per ciò stesso i presupposti della sussistenza della responsabilità e, dunque, dell'obbligo risarcitorio.

A riguardo, va premesso che nello specifico settore della responsabilità professionale medico – chirurgica l'evoluzione giurisprudenziale, come già accennato, ha portato al superamento della tradizionale dicotomia tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato.

Secondo la definizione tradizionale, mentre nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto, nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo.

Nelle obbligazioni di mezzi, dunque, oggetto dell'obbligazione è il comportamento del debitore e la diligenza è considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi. Contrariamente, nelle obbligazioni di risultato, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del



debitore; in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione (Cass. Civ., Sez. Un. 28.7.2005, n. 15781; Sez. Un. n. 577/2008).

La S.C ha avuto modo di precisare che *“La distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obblighzioni di risultato, può avere una funzione descrittiva, ma è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla sentenza delle S.U. n. 13533/2001”*. (Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577); e ancora che *“il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato”*.

Con particolare riguardo alla prestazione sanitaria, la S.C. ha precisato che quando, come nella fattispecie in esame, la prestazione sia di non difficile esecuzione, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione morbosa o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione: spetta in tal caso all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente, e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (cfr. Cass. n. 3492/2002), o comunque da evoluzioni non prevedibili o non prevenibili e quindi avulse da rapporto di causalità con la prestazione sanitaria erogata.

Nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento, dunque, l'inadempimento rilevante non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno ed è integrato dall'aver tenuto un comportamento non conforme alla diligenza richiesta e produttivo di un danno, mentre il mancato



raggiungimento del risultato costituisce, al più, il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. (cfr. Cass. 10297/2004)

In sintesi, per i danni causati al creditore, l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, "*ipso facto*", dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dallo stesso, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere della diligenza, per il quale trova applicazione il parametro della diligenza professionale fissato dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ., da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata. Ne consegue che il mancato raggiungimento del risultato può soltanto costituire danno consequenziale alla non diligente prestazione o alla colpevole omissione dell'attività sanitaria. (cfr. Cass. n. 23918/2006).

"Il mancato raggiungimento del risultato non determina inadempimento" (cfr. Cass. n. 2836/2003).

L'accertamento della responsabilità in materia sanitaria si è, dunque, progressivamente spostato sul piano del riparto dell'onere probatorio non assumendo più rilievo, se non in funzione descrittiva, la qualificazione dell'obbligazione assunta dal professionista come di mezzi o di risultato, fatti salvi taluni casi peculiari (in ambito ad esempio di chirurgia estetica), e ciò per la ragione che, anche in ambito sanitario, l'inadempimento consegue comunque e non può prescindere da una prestazione non improntata alla diligenza richiesta ai sensi dell'art. 1176 c.c., da valutarsi in relazione al caso concreto, in rapporto alle buone pratiche cliniche e ai protocolli e le Linee Guida elaborate dalle comunità scientifiche riconosciute.

In adesione a quanto espresso dalle pronunzie suddette, si ritiene, pertanto, che in tema di obbligazione c.d. di comportamento, l'inadempimento qualificato, ossia rilevante per l'ottenimento del risarcimento del danno sia solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.



In relazione alla particolare figura professionale del medico, oggetto dell'obbligazione è lo svolgimento con l'adeguata diligenza dell'attività professionale necessaria ed utile in relazione al caso concreto, e non il risultato sperato della guarigione che, salvo casi particolari, non può essere oggetto di specifica garanzia e non è una finalità identificabile in un elemento costitutivo del sinallagma; al più, il mancato raggiungimento del risultato può costituire danno consequenziale alla non diligente prestazione o alla colpevole omissione dell'attività sanitaria, necessario presupposto del risarcimento.

Riassumendo il positivo accertamento della responsabilità professionale nel settore medico – sanitario non può prescindere dalla allegazione di un inadempimento qualificato, cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno; inadempimento, che, sul piano probatorio, intanto può ritenersi provato in quanto siano effettivamente riscontrabili nello specifico caso concreto quei profili di inesatta, carente o crollata esecuzione della prestazione dedotti dal paziente e a condizione che gli stessi si pongano in nesso causale con l'evento dannoso lamentato.

Ciò premesso, va rilevato che la giurisprudenza ha riconosciuto e continua in tal senso a dar rilevanza eccezionalmente, in alcune limitate ipotesi dell'attività medica, alla dualità obbligazionaria di mezzi e di risultato, segnatamente, riconoscendo valore giuridico all'assunzione dell'impegno di garantire il risultato atteso dal paziente, tra cui si ricordano i casi riguardanti i trattamenti medici di chirurgia estetica (cfr. Cass. n. 10014/1994; n.22327/2007), di talune cure odontoiatriche (cfr. Cass. n.3520/2008; n.20184/2014) e di sterilizzazione (cfr. Cass. n. 9617/1999).

Nei casi in cui si è ricorso a quest'ultimo trattamento medico, la Corte Regolatrice è intervenuta asserendo che *“tra gli obblighi di protezione che assume il medico nei confronti del paziente, per effetto del “contatto sociale” tra il primo ed il secondo, non rientra quello di garantire un determinato risultato della prestazione sanitaria, a meno che il paziente - sul quale incombe il relativo onere - non dimostri l'espressa assunzione della garanzia del risultato da parte del medico”* (cfr. Cass. n.16394/2010).



In sintesi, in determinate ipotesi - quali ad esempio il contratto avente ad oggetto una prestazione di chirurgia estetica od odontoiatrica - il medico può assumere una semplice obbligazione di mezzi o anche un'obbligazione di risultato, da intendersi quest'ultimo non come un dato assoluto, ma da valutare con riferimento alla situazione progressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie.

Occorre, pertanto, in relazione al caso concreto e alle deduzioni di parte attrice in ordine alla asserita specifica assunzione da parte del medico curante dell'obbligazione del risultato di correzione dell'alluce valgo, verificare da un lato se si trattasse di un intervento diretto alla cura delle alterazioni anatomico - funzionali di natura patologica o volto a eliminare o a ridurre alterazioni somatiche essenzialmente morfologiche e, dall'altro, se sia stata fornita la prova (a carico della paziente) dell'assunzione dell'obbligazione di risultato, ove possibile oggetto della stessa.

Tanto premesso, non può essere condivisa la riconduzione, compiuta da parte attrice, dell'obbligazione assunta dal dr. _____ alla categoria dell'obbligazione di risultato; invero, in primo luogo, non si verte in una delle ipotesi eccezionali sopra valutate, in quanto il difetto di alluce valgo viene definito nella espletata consulenza tecnica d'ufficio come "*difetto anatomico*", per cui, appurata la relativa natura patologica ed esclusa quella di alterazione somatica - morfologica, necessitante un intervento chirurgico di natura prevalentemente o esclusivamente estetica, l'obbligazione non può che essere qualificata di mezzi.

In secondo luogo, dal quadro probatorio formatosi in corso di causa, non può ritenersi sufficientemente provata la allegata circostanza della espressa assunzione dell'obbligazione di risultato da parte del debitore.

Parte attrice ha qualificato l'obbligazione assunta dal dr. _____ come un'obbligazione di risultato, in quanto secondo la paziente, il chirurgo ortopedico, in occasione, delle due visite precedenti all'intervento, le avrebbe garantito il risultato finale, precisando che sarebbe stato sicuramente



migliore rispetto al precedente intervento, sempre di correzione del difetto di alluce valgo, eseguito sul piede sinistro dal dr. [redacted].

Sul punto, l'unico testimone escusso, [redacted] coniuge della signora [redacted] assente durante il colloquio decisivo nella scelta di procedere con l'intervento, ma presente ai colloqui successivi all'intervento stesso, ha affermato che la moglie gli aveva riferito che durante l'anzidetto incontro pre-operatorio, il dr. [redacted] aveva assunto espressamente la garanzia del risultato, precisando, inoltre, l'utilizzo di determinate tecniche operatorie tali da consentire il raggiungimento di un miglior esito. Egli, proseguendo, ha asserito che a intervento terminato, il dr. [redacted] si era avvicinato a lui personalmente dicendo: *"vedrà che quello che ho promesso a sua moglie sarà soddisfacente, perché faremo meglio di quanto è stato fatto l'altra volta"*; concetto nuovamente ribadito in sede di prima medicazione, salvo poi un mese dopo asserire: *"l'annovererò tra i miei insuccessi"*.

Ritiene questo giudice che la suddetta testimonianza non sia da sola sufficiente a provare l'espressa assunzione da parte del medico dell'obbligazione del risultato (correzione dell'alluce valgo) sperato dalla paziente e ciò in quanto, in primo luogo, il testimone non ha assistito al colloquio pre operatorio intercorso tra le parti e quindi alla fase della genesi del rapporto contrattuale e della determinazione dell'oggetto e del contenuto dell'obbligazione, non potendo assumere rilievo generiche affermazioni successive all'intervento e destinate a soggetti terzi estranei al rapporto medico - paziente; in secondo luogo, quanto al contenuto specifico del contratto intercorso tra medico e paziente, il teste si è limitato a riportare quanto gli è stato dichiarato dalla moglie, non apportando così alcun elemento probatorio rilevante. Si richiama in proposito quanto affermato dalla S.C. secondo cui *"la deposizione de relato ex parte actoris, da sola, non ha alcun valore probatorio, nemmeno indiziario, ma può assurgere a valido elemento di prova quando sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive a essa estrinseche o da altre risultanze probatorie acquisite al processo che concorrono a confortarne la credibilità, le quali, quindi devono avere adeguata*



consistenza...”; e ancora “i testimoni de relato actoris ...depongono su fatti e circostanze di cui sono stati informati dal soggetto medesimo che ha proposto la domanda giudiziale, così che la rilevanza del loro assunto è sostanzialmente nulla in quanto vertente sul fatto della dichiarazione di una parte del giudizio e non sul fatto oggetto dell'accertamento, che costituisce il fondamento storico della pretesa” (cfr. Cass. n. 8358/2007; n. 3137/2016).

Nella fattispecie in esame, oltre alla dichiarazione del su menzionato testimone non vi sono altri elementi o riscontri oggettivi che diano consistenza alla rilevanza già pressocchè nulla delle dichiarazioni stesse.

In particolare, esaminando le risultanze istruttorie va rilevato che in sede di interrogatorio formale il dr. [redacted] ha negato in maniera netta di aver garantito che l'intervento avrebbe assicurato il medesimo risultato già ottenuto con il precedente intervento, dichiarando in proposito: *“In medicina non si può garantire il risultato, né io avrei mai potuto dire che avrei fatto meglio del mio collega, anche per rispetto allo stesso, che nel frattempo era deceduto.”.*

Risulta priva di conferma anche l'ulteriore deduzione di parte attrice, a sostegno della specifica obbligazione di risultato assunta, della asserita differente tecnica operatoria che il dr. [redacted] avrebbe promesso di utilizzare, avendo il CTU accertato essere stata la stessa del precedente intervento.

Né può assumere rilievo determinante l'invito formulato dal dr. [redacted] in favore della paziente ad una ripresa chirurgica in ambito ospedaliero convenzionato che, di per sé non rappresenta né un'ammissione di errore e di conseguente responsabilità, né prova dell'obbligo di garanzia del risultato, bensì sottolinea l'evidenza di un'imperfezione del risultato (mai negata) e la disponibilità a risolvere l'esito non favorevole dell'intervento, tenuto conto presumibilmente del regime di prestazione intramuraria con cui lo stesso era stato eseguito.

Allo stesso tempo risulta comprensibile che la delusione dell'insuccesso dell'intervento abbia compromesso lo stato soggettivo di affidamento della paziente, presupposto fondamentale per l'accettazione dell'offerta ricevuta.



stesso. Invero tale recidiva *“è stata una complicanza genericamente prevedibile (in quanto parte delle possibili complicanze note dell'intervento) ma non prevenibile”*.

Nel giudizio di responsabilità medica, per superare la presunzione di cui all'art. 1218 cod. civ. non è sufficiente dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una "complicanza", rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione - indicativa nella letteratura medica di un evento, insorto nel corso dell'iter terapeutico, astrattamente prevedibile ma non evitabile - priva di rilievo sul piano giuridico, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile (cfr. Cass. n. 13328/2015). Pertanto, la complicanza, quale evento avverso correlato all'atto medico e statisticamente noto, per esentare il sanitario da responsabilità, ma per avere rilievo giuridico tale da integrare gli estremi della causa non imputabile, deve essere o imprevedibile o inevitabile; proprio tale caratteristica dell'inevitabilità è stata affermata dal C'U con riferimento alla complicanza della recidiva, che ineluttabilmente esclude la responsabilità del dottor

Deve affermarsi, dunque, l'insussistenza del nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno lamentato dal paziente, in ragione dei noti criteri probabilistici della preponderanza dell'evidenza o *“del più probabile che non”* (Sez. Un. 11 gennaio 2008, n. 576). Sul punto, giova ricordare che *“l'accertamento del nesso causale deve essere compiuto sulla base delle migliori cognizioni scientifiche disponibili; ove, tuttavia, esse non consentano una assoluta certezza della derivazione causale, la regola di giudizio muta sostanzialmente nel processo penale ed in quello civile: nel primo vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio” (cfr. Cass. pen. S.U. n. 30328/2002) mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o “del più probabile che non”*. Con l'ulteriore precisazione che lo standard di cd. "certezza probabilistica" della materia civile *“non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa – statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere*



inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)". (cfr. Cass. n. 47/2017).

Il Consulente tecnico di parte attrice, il dott. [redacted] in sede di osservazione della bozza di CTU, ha precisato che, a suo parere, il caso in esame non configura una recidiva, bensì un'insufficiente correzione del valgismo dell'alluce ab initio, conclusione raggiunta sulla base dell'indagine radiografica di lastre prodotte per la prima volta in sede di operazioni e correttamente non esaminate dal ctu. Si tratta infatti di documentazione che è stata prodotta entro la scadenza dei termini perentori ex art. 183 c.p.c. concessi dal giudice e, dunque, non utilizzabile nel presente giudizio in quanto tardiva.

Premessa la sussistenza di congruità e adeguatezza delle cure prestate e del successivo trattamento riabilitativo, il CTU attesta, allo stato, la mancanza di lesioni determinanti un danno alla salute, valutabile in termini sia di temporanea che di permanente, come conseguenza di una malpractice medica. La recidiva del difetto di valgismo dell'alluce destro è, secondo il ctu, meritevole di ripresa chirurgica ed attualmente valutabile come fonte di riduzione della complessiva efficienza psico-fisica del soggetto in misura del 2 %.

Orbene, in conclusione, sulla base di quanto emerso in sede di CTU, la recidiva di difetto di valgismo che la parte attrice ha addebitato all'opera del dott. [redacted] invocando la responsabilità solidale dell'Azienda Ospedaliera [redacted] è una complicanza, astrattamente prevedibile ma non evitabile dall'operatore sanitario. Tale complicanza e la valutazione della corretta e diligente esecuzione dell'intervento dimostrano che l'evento dannoso non sia conseguenza diretta ed immediata ex art. 1223 c.c. della condotta dei convenuti, i quali risultano adempienti in ordine alle proprie obbligazioni, in quanto non è ad essi imputabile alcun profilo di colpa. Pertanto, risulta adeguatamente provata l'assenza di negligenza o imperizia o imprudenza nell'esecuzione



dell'intervento il cui esito non corrispondente al risultato sperato bensì a recidiva non è ascrivibile a colpa professionale.

In definitiva la domanda di risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'intervento correttivo di alluce valgo non può che essere respinta.

Giova ulteriormente precisare che, in assenza di prova della specifica assunzione da parte del professionista del raggiungimento del risultato ed essendo stata dimostrata la corretta esecuzione della prestazione in conformità alla diligenza, prudenza e perizia richiesti nel caso concreto, nonché sotto il profilo causale, la non imputabilità del danno lamentato a inadempimento o inesatto adempimento, non può trovare accoglimento neanche la pretesa restitutoria del compenso corrisposto al professionista per l'esecuzione dell'intervento chirurgico. L'obbligazione assunta dal professionista, difatti, benchè non sia stato raggiunto il risultato sperato, è stata correttamente adempiuta nel rispetto delle *leges artis* che governano la materia e deve essere, pertanto, remunerata in base agli accordi patrimoniali intercorsi tra le parti, senza che vi sia spazio per una declaratoria di risoluzione e per la conseguente azione di ripetizione, entrambi presupponenti l'accertamento di un inadempimento.

In ordine alla spona di lite, si ritiene che sussistano i presupposti per la compensazione integrale in ragione:

- dell'evoluzione giurisprudenziale relativa alle questioni dirimenti della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e dell'assunzione esplicita di un'obbligazione di risultato da parte del medico;
- della complessità interpretativa della fattispecie in relazione alla tipologia di intervento da eseguirsi;
- della sostanziale "inutilità" dell'intervento eseguito, se pur non imputabile all'operato del sanitario, e della ulteriore riduzione dell'invalidità permanente rispetto alla situazione progressa nella misura del 2 %;



- della esiguità relativa alle percentuali statistiche in tema di recidiva di alluce valgo (contenute nelle linee guida riportate nella CTU).

Si richiama in proposito quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la pronuncia n. 77/2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92 secondo comma c.p.c. nella parte in cui "non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni", rispetto a quelle espressamente contemplate dalla norma come riformulata dall'art. 13, comma 1, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, precisando che debba trattarsi di ipotesi che rinviino comunque a condizioni prevalentemente oggettive e non a situazioni strettamente soggettive e che siano analoghe a quelle tipizzate nominativamente dalla norma.

Le spese di CTU seguono, invece, la soccombenza e sono poste definitivamente a carico di parte attrice.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da C. S.p.A. contro l'AZIENDA OSPEDALIERA

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- Respinge la domanda
- Compensa integralmente le spese di lite.
- Pone le spese di CTU definitivamente a carico di parte attrice

Torino, 4 marzo 2019

Il giudice

dr.ssa Valeria Di Donato

