



REPUBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE ORDINARIO di PIACENZA  
SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Antonino Fazio  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. [REDACTED] promossa da:

[REDACTED] elettivamente domiciliato in VIA  
ROMA, 46 29121 PIACENZA presso il Difensore ROSSI FILIPPO

ATTORE

contro

[REDACTED] elettivamente domiciliato in C.SO  
GARIBALDI, 49 29100 PIACENZA presso il Difensore BOVARINI PATRIZIA

CONVENUTO

[REDACTED] elettivamente domiciliata in

**CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso come in atti.

### Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

La presente sentenza viene redatta secondo le indicazioni dettate dagli artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., nel testo novellato dalla L. 69/2009, applicabile anche ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore di detta legge.

1. Con atto di citazione notificato in data 12.08.2010, il [redacted] conveniva in giudizio il Dott. Giuseppe Colombi, [redacted] e [redacted] di [redacted] per sentirli dichiarare responsabili, per quanto di ragione, e condannare al risarcimento, dei danni da *malpractice* sanitaria eziologicamente riconducibili ad un intervento chirurgico di ernioplastica eseguito in data 20.01.1999; danni emersi solo a distanza di dieci anni. Esponeva al riguardo che nel dicembre del 2009, vedeva comparire una tumefazione in regione inguinale sinistra, alla quale seguivano persistenti e continui dolori. In data 07.01.2010, conseguentemente, si ricoverava presso il nosocomio di Piacenza, nel reparto di Chirurgia Generale, dove gli veniva diagnosticata "ernia inguinale sinistra incarcerata a contenuto omentale, grave dislipidemia". Stante l'elevato rischio intra-operatorio, l'attore veniva rinvio a domicilio con prescrizione di dieta leggera ed antiaggreganti, in previsione di successivo intervento chirurgico di ernioplastica inguinale. Persistendo il malessere e l'addominalgia, in data 19.03.2010, il [redacted] accedeva al Pronto Soccorso dell'Ospedale di Piacenza e, dopo una visita chirurgica, veniva effettuata diagnosi di "ernia inguinale sinistra incarcerata", con necessità di ricovero presso il reparto di Chirurgia Generale. Lo stesso giorno, [redacted] veniva sottoposto ad intervento chirurgico urgente di "asportazione di corpo estraneo sottocutaneo in regione inguinale sinistra". Il registro operatorio riportava: "incisione inguinale sinistra. Sezione di sottocute e riscontro a livello dell'anello inguinale esterno di granuloma da corpo estraneo (garza)". Il corpo estraneo veniva rimosso e la diagnosi veniva così determinata: "granuloma da corpo estraneo in sede inguinale in esiti di ernioplastica operata in altra sede".

A detta dell'attore l'evento lesivo ed il danno-conseguenza sarebbero perciò imputabili a negligenza, imprudenza, imperizia dei sanitari che avevano eseguito l'intervento del 1999, e cioè il chirurgo operatore Dott. Giuseppe Colombi - che avrebbe abbandonato colposamente una garza chirurgica in sede inguinale - e [redacted], nonché [redacted], in qualità di obbligati in solido in ragione della natura del rapporto intercorso.

Quantificava i danni biologici e morali nella misura di complessivi Euro 11.970,63.

Si costituivano resistendo i convenuti, contestando radicalmente la domanda sia nell'*an* sia nel *quantum*; veniva esperita CTU medico-legale, sufficientemente utile ai fini della decisione nonostante i tanti profili discutibili, sicché la causa, ormai matura per la decisione, veniva assegnata a sentenza il 14.05.2015.

**2.1. Sulla qualificazione dell'azione** - questione non sollevata dalle parti, ma nondimeno rilevabile *ex officio* in considerazione della rilevanza potenzialmente dirimente ai fini della definizione della lite - è, recentemente, riesplso il contrasto giurisprudenziale. Com'è noto, alcune pronunce di merito hanno affermato la natura extracontrattuale della responsabilità risarcitoria del medico dipendente e/o collaboratore della struttura sanitaria - autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente con il quale tuttavia non ha concluso un contratto diverso ed ulteriore rispetto a quello che obbliga la struttura nella quale il sanitario opera - argomentando dall'art. 3 della c.d. Legge Balduzzi (189/2012) che - dopo aver escluso la responsabilità penale per colpa lieve per "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" - dispone che **"In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile"**. Il legislatore avrebbe consapevolmente innovato il consolidato quadro ermeneutico inaugurato in giurisprudenza dal celebre arresto della Cassazione 589/1999 che inquadrava invece la fattispecie nella responsabilità ex art. 1218 c.c. in base alla nota teoria del "contatto sociale". Una delle prime sentenze sul punto ha osservato come debba ammettersi *"che il Legislatore può prendere posizione su questioni interpretative non solo mediante leggi di interpretazione autentica ma anche con norme che, seppur in modo indiretto o implicito, siano espressione dell'aderire (o non) ad un determinato approccio ermeneutico."* (Trib. Varese, 26 novembre 2012).

La tesi aquiliana si fonda sull'argomento dell'assenza di un titolo contrattuale tra medico e paziente, e sulla insufficienza a tal fine del c.d. "contatto sociale". Si afferma infatti che quando il paziente si rivolge alla struttura sanitaria stipula con essa (e con essa soltanto) un contratto, c.d. di spedità; e poiché il medico ivi svolge o attività di lavoratore subordinato, o attività di libero professionista, in entrambi i casi è ravvisabile unicamente il contratto d'opera tra medico e struttura, non anche tra medico e paziente. Secondo la giurisprudenza milanese, più in dettaglio, la costruzione giuridica del c.d. "contatto sociale" sarebbe inidonea a superare il problema della formale assenza di un contratto, risolvendosi in un richiamo generico ai principi in tema di correttezza e buona fede che trascurerebbe il dato per cui *"l'attività diagnostica e terapeutica, e dunque la prestazione, è dovuta direttamente dall'ente ospedaliero nei confronti del paziente, che dunque non è mero beneficiario di obblighi di protezione, ma destinatario degli obblighi di prestazione del contratto da parte del soggetto controparte nel contratto di spedità"* (Trib. Milano 14320/2014). In tale prospettiva, l'azione di inadempimento dovrebbe essere indirizzata in primo luogo verso la struttura e non verso il medico, senza peraltro alcun concreto ed effettivo pregiudizio alle ragioni del danneggiato, *"anche in ragione della prevedibile maggiore solvibilità"* dell'Ente rispetto al singolo professionista (Trib. Milano 9693/2014; 14320/2014).

Ancor più categorico l'arresto della Cassazione, nella sentenza n. 7909/2014, che - affrontando il problema della qualificazione del termine "contratto" in riferimento ad ipotesi responsabilità sanitaria in relazione all'applicazione dell'art. VIII, paragrafo 5, della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 novembre 1955, n. 1335) - ha affermato che il contratto sia da intendersi "*come accordo bilaterale (o plurilaterale) su singole clausole, che vanno adempiute dalle parti contraenti*" ed osservando che esula da tale nozione il concetto di "contatto sociale" "*frutto esclusivo della elaborazione giurisprudenziale italiana, a fronte di una riconduzione, per tutti gli altri stati contraenti, della responsabilità del medico ospedaliero nell'ambito extracontrattuale o per tort.*"

La giurisprudenza di merito ha, conseguentemente, escluso che il richiamo all'art. 2043 c.c. di cui all'art. 3 L. 189/2012 sia frutto di sviste o errori, risultando invece frutto di una precisa scelta in sede di conversione del decreto legge, che richiamava le diverse norme di cui agli artt. 1176 e 2236 c.c.. In tale prospettiva, si afferma, l'attrazione della materia nella responsabilità aquiliana troverebbe spiegazione nell'espressa finalità di limitare l'entità del danno risarcibile, mediante il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass., nonché di "*contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della "medicina difensiva"*" (Trib. Milano 9693/2014).

Tale diversa impostazione, imponendo un regime processuale più sfavorevole all'attore - sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno - consente peraltro di realizzare l'ulteriore obiettivo, enfatizzato dal recente legislatore, della deflazione del contenzioso giudiziario, e pare altresì riecheggiare il monito ad un "bilanciamento" con gli interessi economici coinvolti (v. *in terminis* C. Cost. 235/2014, secondo cui "*l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi*" (sic)).

Questi gli argomenti della tesi per cui la fattispecie in parola ricadrebbe, se non altro per *factum Principis*, sotto l'art. 2043 c.c..

**2.3.** Ritiene invece questo Giudice di ribadire che la responsabilità ascrivibile al medico per danni cagionati al paziente nell'esercizio della professione sanitaria abbia sempre e comunque natura contrattuale: sia nell'ipotesi in cui sussista uno specifico e formale rapporto contrattuale tra medico e paziente (come nel caso considerato dal Tribunale di Varese) sia nell'ipotesi in cui il medico esegua la sua prestazione in adempimento del contratto di ospedalità stipulato tra il paziente e la struttura sanitaria; e ciò in base al rilievo per cui la struttura della fattispecie non può essere stravolta da alcun intervento normativo, per quanto categorico: "*la forma giuridica non può essere strumento di mistificazione della realtà*", rammenta la miglior Dottrina.

Se si considera la fattispecie “nella sua immane concretezza” (per mutuare il lessico penalistico) ci si avvede che la sua struttura è trilaterale: quando il paziente richiede un intervento di diagnosi e/o cura ad una struttura sanitaria, stipula sì, formalmente, un contratto con tale ente, ma l’ente tale contratto esegue, di regola, tramite un medico ad esso legato da un contratto d’opera professionale. Abbiamo perciò un rapporto paziente-struttura e uno struttura-medico, entrambi di sicura natura contrattuale; e uno - quello tra paziente e medico - che, come detto, parte della giurisprudenza e della dottrina ritengono insussistente o al più di natura extracontrattuale.

Procedendo alla revisione critica degli argomenti favorevoli a tale tesi si osserva quanto segue.

**2.4.** Non convince l’argomento fondato sulla “singolarità” della tesi del contatto sociale che renderebbe il nostro ordinamento un *unicum* rispetto agli altri oggetto di comparazione. È di tutta evidenza che la bontà di una costruzione teorica si valuta dal suo rigore e dalla sua aderenza al fenomeno che interpreta, non in base al “successo” in ambito internazionale e al suo apprezzamento, o apprezzabilità, in altri contesti dalla cultura giuridica più o meno solida. Certamente non si discute di *lex mercatoria*, non si fa questione di prassi operative in grado di migliorare l’efficienza del sistema economico, e dunque non occorre perseguire necessariamente l’obiettivo della “armonizzazione” dei sistemi giuridici nazionali magari imponendo, con la forza di un atto normativo (quando vi sarà, se ne prenderà atto) o della autorevolezza di un precedente giurisprudenziale, un “livellamento verso il basso” della protezione dell’individuo, a cui invero appare tendere anche il secondo argomento non convincente, consistente nel richiamo alle finalità dichiarate dal legislatore del 2012.

Ritiene questo giudice che, nell’attuale assetto costituzionale, l’esercizio della funzione giurisdizionale non possa essere condizionato dalle esigenze di finanza pubblica o da altre scelte discrezionali del potere politico, quali quelle relative alla selezione e gerarchizzazione degli interessi attinti da una data vicenda, alla individuazione, regolazione e preclusione dei relativi strumenti di tutela in sede politico-amministrativa (in senso stretto); e che poco spazio e ridotta efficacia siano da assegnarsi all’argomentazione classica del giuspositivismo (o di certi suoi sviluppi) secondo cui *lex facit de albo nigrum* e il giudice (magari visto come *bouche de loi*) non potrebbe che doverosamente prenderne atto.

La giurisdizione ha una funzione diversa: la soddisfazione coattiva del diritto violato e l’integrale riparazione delle conseguenze lesive. Rammenta la Cassazione che la liquidazione mirata a ristorare il nocumento accusato dal danneggiato deve essere integrale, dovendo tener conto delle perdite cagionate alla vittima del fatto illecito, nonché alle sofferenze morali e future che il destinatario dell’azione lesiva si veda costretto a subire ovvero è presumibile che subisca o che possa subire in

seguito (cfr. da ultimo Cassazione civile, sez. III, 26/05/2011, n. 11609); e che la valutazione del danno non patrimoniale *“deve essere condotta con prudente e ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto, considerandosi in particolare la rilevanza economica del danno alla stregua della coscienza sociale e i vari fattori incidenti sulla gravità della lesione”* ed in tale prospettiva appare essenziale la c.d. personalizzazione del danno, *“al fine di addivenire ad una liquidazione equa, e cioè congrua, adeguata e proporzionata. La liquidazione deve rispondere ai principi dell'integralità del ristoro, e pertanto: a) non deve essere puramente simbolica o irrisoria o comunque non correlata all'effettiva natura o entità del danno ma tendere, in considerazione della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, alla maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento; b) deve concernere tutti gli aspetti (o voci) di cui la generale ma composita categoria del danno non patrimoniale si compendia. Il principio della integralità del ristoro subito dal danneggiato non si pone in termini antitetici ma trova per converso correlazione con il principio in base al quale il danneggiante è tenuto al ristoro solamente dei danni arrecati con il fatto illecito a lui causalmente ascrivibile, l'esigenza della cui tutela impone di evitarsi altresì duplicazioni risarcitorie, le quali si configurano (solo) allorquando lo stesso aspetto (o voce) viene computato due o più volte, sulla base di diverse, meramente formali, denominazioni, laddove non sussistono in presenza della liquidazione dei molteplici diversi aspetti negativi causalmente derivanti dal fatto illecito ed incidenti sulla persona del danneggiato”* (questo il quadro di sintesi offerto da Cass. 1361/2014).

La terza, e più pregnante, obiezione alla tesi aquiliana è che la responsabilità c.d. contrattuale presuppone la violazione di un'obbligazione, non la stipulazione di un contratto. La disciplina delle obbligazioni, nel nostro ordinamento, è infatti unitaria, quale che sia la fonte del rapporto: contratto, illecito, altro atto o fatto idoneo (art. 1173 c.c.). Tale impostazione non è condivisa dal Tribunale di Milano, che rileva come quella dell'art. 1173 c.c. sulle fonti dell'obbligazione sia una clausola *“aperta”* che necessita di esplicita previsione legislativa per essere riempita di contenuto; in assenza della quale, la teoria degli *“obblighi di protezione”* - *rectius*, delle obbligazioni senza prestazione - si risolverebbe in un richiamo di mero stile ai concetti di correttezza e buona fede; conclusione apodittica e non convincente.

**2.5.** L'analisi strutturale della fattispecie consentirebbe invece di affrontare anche il profilo degli interessi pubblici coinvolti sotto una prospettiva più appagante.

È doveroso rimarcare che il medico svolge una attività professionale, in cui la *due diligence* è commisurata alla natura dell'incarico, il quale di regola implica *“la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”* (art. 2236 c.c.), e che dunque è proprio la peculiarità della attività (oggetto del contratto d'opera tra medico e struttura sanitaria) ad escludere, da un lato, che il medico possa essere un *“mero”* ausiliario della struttura e che la prestazione dovuta sia sempre e comunque esattamente e perfettamente fungibile; dall'altro, a determinare necessariamente un rapporto giuridico, e particolarmente qualificato, tra medico e paziente.

Avuto riguardo alla sfera giuridica del paziente, appare infatti innegabile che il bene giuridico tutelato, di elevato rango costituzionale (vita e salute) si traduca nell'interesse all'esatto adempimento della prestazione medico-sanitaria che viene svolta sulla sua persona; e che la particolare specializzazione e l'elevato profilo professionale del medico, unitamente alla "fama" della struttura, costituiscano i fattori determinanti l'insorgere di un legittimo affidamento del paziente che, a ben vedere, ha ad oggetto non (solo e non tanto) i mezzi, cioè le modalità di esecuzione della prestazione, quanto piuttosto il risultato utile, cioè la salvaguardia della propria persona.

Ciò introduce, passando alla sfera giuridica del medico, un elemento di forte problematicità: l'obbligazione del professionista è per definizione obbligazione di mezzi, non di risultato; è così anche per il medico? La distinzione tra le due classi di obbligazioni è stata ancor recentemente riaffermata dalla Corte di legittimità. *"Le obbligazioni, siano esse "di risultato" o "di mezzi", sono sempre finalizzata a riversare nella sfera giuridica del creditore una "utilitas" oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione "di mezzi" il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti [...] Ne consegue che il debitore "di mezzi" prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il risultato è mancato per cause a lui non imputabili."* (Cass. 4876/2014). Configurare in capo al medico un'obbligazione di risultato conduce, inevitabilmente, a tale, più gravoso, onere probatorio.

Ma non è questo il punto. Piuttosto, le considerazioni che precedono, ed in particolare la riflessione sulla tendenza, *in subiecta materia*, ad un affievolimento della linea di demarcazione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, potrebbero ben dare un senso all'intervento riformatore del 2012: si potrebbe cioè pensare che il *revirement* legislativo abbia una funzione correttiva del tendenziale innalzamento del livello di diligenza richiesta al medico, sicché la riattrazione della fattispecie nell'ambito della responsabilità aquiliana, ed il conseguente regime processuale più sfavorevole per il danneggiato, andrebbe a riequilibrare la fattispecie costituendo il contrappeso per l'innalzamento del "rischio professionale" a carico del medico; e ciò sul presupposto che il verificarsi del danno *spezzi il rapporto contrattuale trasformandolo in illecito*.

Sotto questo profilo, dunque, il medico negligente, imprudente, imperito, sarebbe equiparabile al danneggiante; la sua sarebbe – per riprendere l'icastica espressione della più avveduta Dottrina – la responsabilità "del passante", estraneo ad ogni rapporto con il danneggiato fino al momento in cui lo danneggia. Questa tesi però sconta una inversione metodologica piuttosto evidente, muovendo dalla qualificazione *ex ante* della fattispecie per poi selezionare gli interessi oggetto di

tutela sulla base della compatibilità o meno con la ricostruzione data, invece di pervenire a questa previo riscontro e ponderazione di quelli.

Così, l'opzione per la natura extracontrattuale costringe a dequalificare la prestazione del medico, che opererebbe "senza alcuna autonomia professionale" (Trib. Milano 14320/2014), e a concepirla come attività materiale spersonalizzata e fungibile, priva di connotazioni valutative e discrezionali. La fallacia di tale tesi si coglie peraltro in esito all'ulteriore rilievo che, quand'anche le cose stessero realmente in tali termini, resterebbero così descritte solo le modalità della prestazione "oggetto di contrattazione" tra paziente e struttura, cioè quelle originariamente pattuite, non anche quelle ulteriori e diverse, pur necessarie e costituenti attuazione degli obblighi di protezione, su cui tale tesi nulla dice.

2.6. Il dato che la tesi aquiliana non coglie è l'infondatezza del postulato di fondo cui costringe, cioè che la struttura sia l'unica o la principale obbligata verso il paziente, sicché un titolo di responsabilità del medico sarebbe precluso, in caso di accoglimento della domanda verso la struttura, o al più predicabile solo in via residuale e graduata.

Come abbiamo detto, c'è un dato ineliminabile: la struttura si obbliga verso il paziente ad eseguire la prestazione sanitaria, ma la esegue tramite proprio personale, dipendente o "convenzionato". Quando il paziente si rivolge alla struttura sanitaria per richiedere una prestazione di assistenza e cura si instaurano due distinti rapporti giuridici; quello tra paziente e struttura, che ha natura pacificamente contrattuale e che viene qualificato generalmente come contratto di ospitalità; e quello tra paziente e medico che nasce dal c.d. contatto sociale, in cui fonte della obbligazione è la c.d. presa in carico, che si colloca cronologicamente nel momento in cui, in base alle regole organizzative della struttura, il medico inizia a compiere attività diagnostica, o terapeutica, o anche solo propedeutica a queste, nell'interesse di quello specifico paziente.

Ciò che si chiede al medico è dunque una condotta in cui la diligenza adempitiva è sì quella del professionista, e dunque commisurata alla natura dell'incarico inteso in senso generale ed astratto - l'esercizio dell'arte medica nell'una o nell'altra branca specialistica - ma è altresì una diligenza la cui asticella quella professione tende ad alzare al massimo livello concretamente possibile, pena l'elusione di quei fondamentali doveri di solidarietà e di assistenza "erga omnes" (nel senso letterale del termine: verso tutti, nessuno escluso), e alla quale proprio per questo l'ordinamento giuridico appresta il fondamentale strumento di riequilibrio dato dall'art. 2236 c.c., grazie al quale la prestazione del professionista va comunque esaminata e valutata per ciò che essa in concreto è: esercizio di una attività tecnica, che implica sempre e comunque un *problema*, mette cioè sempre e comunque il medico davanti ad una scelta tra più opzioni di condotta astrattamente possibili, e che non di rado appare *di speciale difficoltà*.

Nella prestazione tecnica medico-sanitaria appaiono inscindibili gli obblighi c.d. di prestazione, che costituiscono l'oggetto principale e diretto del contratto d'opera tra medico e struttura sanitaria, e gli obblighi c.d. di protezione della persona del paziente, che costituiscono l'oggetto principale e diretto del rapporto giuridico che si instaura in esito al c.d. contatto sociale; e ciò perché non è possibile al medico adempiere i primi indipendentemente dai secondi. Rendendo diligentemente la prestazione richiesta il medico soddisfa simultaneamente due interessi distinti: l'interesse della struttura all'esatto adempimento da parte del proprio lavoratore dipendente o professionista incaricato, e l'interesse del paziente all'esatto adempimento della prestazione richiesta alla struttura; compie cioè un unico atto, adempitivo di due distinte obbligazioni.

La tesi aquiliana, viceversa, non spiega perché ad un fenomeno che nella realtà si presenta triangolare (rapporto paziente-struttura: richiesta di assistenza e cura; rapporto struttura-medico: contratto d'opera; rapporto medico-paziente: obbligazione c.d. senza prestazione) debba corrispondere una fattispecie trilaterale "aperta", cioè amputata dell'ultimo lato. Delle due l'una: o si incorre in una tautologia, dicendo che il rapporto tra medico e paziente non c'è perché non c'è (un contratto); oppure ci si concentra sul primo dei tre lati dimenticando che nel concetto di prestazione "contrattualmente dovuta" quegli obblighi di protezione rientrano ineluttabilmente e non sono suscettibili di essere declassati a mere modalità tecniche dell'adempimento (poiché sono diverse - e non preventivabili *ex ante* - per oggetto della condotta, natura, portata, estensione, strumentalità più o meno diretta con la prestazione "principale").

L'obbligazione del ginecologo verso la partorientente, ad esempio, è limitata alle sole attività strettamente e normalmente connesse al tipo di prestazione richiesta (esami *di routine* prima del parto; preparazione e manovre; accertamento della vitalità del nascituro) o include anche le trasfusioni e/o le manovre rianimatorie che dovessero essere necessarie nel caso concreto per la madre e il bambino, ancorché ovviamente non richieste? Analogamente, nel caso che ci occupa: l'attività del chirurgo convenuto era da ritenersi funzionalmente limitata al solo impianto della protesi o includeva anche il controllo della cavità per accertarsi che non vi fossero rimasti corpi estranei, e la prescrizione di cure e controlli post-operatori?

In altri termini: se il medico "esegue un contratto" è vincolato ad attenersi allo stretto indispensabile o la sua opera si estende a tutto ciò che è necessario ad assicurare il più alto livello di protezione possibile?

**2.7.** Chi scrive ritiene che vada evidenziata l'estrema particolarità della attività del medico, che implica connotazioni di urgenza nel provvedere che la differenziano da altre professioni in cui, di regola, la discrezionalità del prestatore chiamato a scegliere tra più opzioni tecniche (si pensi alle scelte processuali dell'avvocato, o

alle scelte tecniche del progettista) offre uno *spatium deliberandi* più dilatato nel tempo.

La natura professionale dell'attività del medico, viceversa, implicando la necessaria inerenza degli obblighi di protezione della vita e dell'incolumità del paziente, contingenta anche i tempi della sua scelta tecnica; e fornisce una chiave di lettura estremamente chiara della fattispecie, dimostrando la fallacia del tradizionale argomento contrattualistico. Può pacificamente ammettersi che il paziente stipuli con la struttura e non con il medico, ma ciò non implica che la qualificazione della responsabilità di quest'ultimo si collochi necessariamente fuori dall'area contrattuale. Che vi sia un contratto che ha ad oggetto un obbligo di prestazione sanitaria non esclude che vi sia un diverso e conseguente rapporto che ha ad oggetto obblighi di protezione; la condotta che costituisce inadempimento del primo rapporto, contrattuale, non diviene illecito aquiliano se è inadempimento del secondo. Tale secondo rapporto esiste, e trova il suo fondamento normativo negli artt. 2 e 32 Cost., che tutelano la vita e la salute del singolo quali diritti fondamentali e non comprimibili neanche a fronte di interessi costituzionalmente protetti formalmente di pari rango (v. in questo senso, se attentamente letta, la nota C. Cost. 85/2013, in motivazione), nonché negli artt. 1176 comma 2 e 1375 c.c.: il medico deve pur sempre eseguire secondo buona fede l'attività commissionatagli dalla struttura sanitaria, innalzando di conseguenza lo *standard* di diligenza professionale sino al massimo concretamente esigibile.

Quale che sia la natura dell'obbligazione (di mezzi o di risultato) non risulta pertanto corretto affermare che il medico risponda solo verso la struttura o solo verso il paziente. Egli non è un tecnico chiamato ad intervenire su una *res* inanimata il cui deterioramento o la cui distruzione determinino conseguenze meramente patrimoniali; è un professionista, tenuto alla scrupolosa osservanza di standard di diligenza sempre più elevati, che prende in carico il paziente assumendo una specifica, concreta e ineliminabile posizione di garanzia nei confronti della sua persona.

Dallo standard di diligenza specifica, in altri termini, non è possibile elidere l'elemento di doverosità della protezione della persona del paziente; una protezione totale, senza compromessi, senza limitazioni derivanti dalle caratteristiche personali proprie o del paziente, ispirata al più alto livello di etica e solidarietà, tale da imporre al medico anche la disobbedienza civile ("*...osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione*", recita il giuramento della categoria). Una protezione che, ove venga in rilievo un ulteriore interesse costituzionalmente protetto, è talora addirittura estesa a soggetti diversi da quelli che gli vengono formalmente affidati: come nel caso della gestante (*in terminis* Cass. 30 giugno 2011 n. 4405, secondo cui il "rapporto giuridico tra il medico ed i genitori del nascituro, che è di protezione verso la madre, ma anche verso il padre del nascituro in relazione allo interesse costituzionalmente

protetto della integrità del nuovo nucleo familiare in relazione alla nascita programmata e sperata. La Corte di appello ha qualificato tale rapporto, ha indicato i precedenti giurisprudenziali della Cassazione, anche a sezioni unite, ed ha fondato sull'inadempimento la responsabilità civile dei medici, riconoscendo il danno parentale non patrimoniale, pur valutando il nesso eziologico tra la condotta medica e lo evento di danno, ma sulla base delle regole del contatto sociale come definite dalle SU 26972 del 2008 (enfasi aggiunte)."

3. Ciò posto, possono richiamarsi i principi affermati dalla consolidata giurisprudenza di legittimità. "In tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del contatto) e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile" (Cass. n. 975 del 2009, ex multis). "In tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, una accurata ricognizione del complesso rapporto intercorrente tra la fattispecie del nesso causale e quella della colpa, con specifico riferimento ai rispettivi, peculiari profili probatori, consente la enunciazione dei seguenti principi: 1) il nesso di causalità è elemento strutturale dell'illecito, che corre - su di un piano strettamente oggettivo e secondo una ricostruzione logica di tipo sillogistico - tra un comportamento (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (e non ancora utilmente qualificabile in termini di *damnum iniuria datum*) e l'evento; 2) nell'individuazione di tale relazione primaria tra condotta ed evento, si prescinde, in prima istanza, da ogni valutazione di prevedibilità, tanto soggettiva quanto oggettivata, da parte dell'autore del fatto, essendo il concetto logico di previsione insito nella categoria giuridica della colpa (elemento qualificativo dell'aspetto soggettivo del torto, la cui analisi si colloca in una dimensione temporale successiva in seno alla ricostruzione della complessa fattispecie dell'illecito); 3) il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento è quello per cui ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare, tale obbiettiva relazione col fatto deve considerarsi causa dell'evento stesso; 4) il nesso di causalità giuridica è, per converso, relazione eziologica per cui i fatti sopravvenuti, di per sé soli idonei a determinare l'evento, interrompono il nesso con il fatto di tutti gli antecedenti causali precedenti; 5) la valutazione del nesso di causalità giuridica, tanto sotto il profilo della dipendenza dell'evento dai suoi antecedenti fattuali, quanto sotto l'aspetto della individuazione del *novus actus interveniens*, va compiuta secondo criteri a) di probabilità scientifica, ove questi risultino esaustivi; b) di logica, se appare non praticabile (o insufficientemente praticabile) il ricorso a leggi scientifiche di copertura; con l'ulteriore precisazione che, nell'illecito omissivo, l'analisi morfologica della fattispecie segue un percorso affatto speculare - quanto al profilo probabilistico - rispetto a quello commissivo, dovendosi, in altri

*termini, accertare il collegamento evento/comportamento omissivo in termini di probabilità inversa, onde inferire che l'incidenza del comportamento omesso si pone in relazione non/probabilistica con l'evento (che, dunque, si sarebbe probabilmente avverato anche se il comportamento fosse stato posto in essere), a prescindere, ancora, dall'esame di ogni profilo di colpa intesa nel senso di mancata previsione dell'evento e di inosservanza di precauzioni doverose da parte dell'agente" (Cass. n. 7997 del 2005).*

In definitiva, nell'ambito della responsabilità civile medica il nesso causale in senso materiale suppone che rispetto all'evento dannoso la condotta commissiva od omissiva del sanitario (riferibile alla struttura, che opera attraverso di esso) si ponga come antecedente necessario, anche in concorso con altri, rispetto alla verifica dell'evento. Quando tuttavia venga invocato un titolo di responsabilità contrattuale del medico, cioè nel presupposto che fra il paziente ed il medico e/o la struttura sanitaria sia intercorso un rapporto contrattuale, l'individuazione dell'onere probatorio riguardo al nesso causale deve tenere conto della circostanza che la responsabilità è invocata in forza di un rapporto obbligatorio corrente fra le parti, nell'ambito del quale il medico e/o la struttura sanitaria si era impegnata ad intervenire sulla persona del paziente assumendo un obbligo di adoperarsi per prestare la cura rispetto ad una situazione lamentata dal paziente riguardo alla salute della propria persona (cfr. Cass. 20904/2013). Ne consegue il principio, invero consolidato, secondo cui *"l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, quale inadempimento astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare, o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno. (Sez. Un. n. 577 del 2008)"* (Cass. 22225/2014, in motivazione).

4. Nel caso di specie, tuttavia, gli elementi probatori in atti non consentono di ravvisare la responsabilità del professionista e della struttura sanitaria. Al netto di taluni passaggi assai singolari e di una certa inclinazione a divagazioni discorsive, l'elaborato peritale ha consentito di fugare ogni dubbio circa la insussistenza del nesso causale tra l'attività del convenuto Colombi e il danno per cui è causa.

Occorre osservare che - dopo ampia e travagliata elaborazione, che si dà per nota per ragioni di economia espositiva (le tappe della vicenda possono sintetizzarsi in Cass. Civ. 632/2000; Cass. Pen. 36805/2004; Cass. Civ. 4400/2004; Cass. Civ. 21619/2007; Cass. Civ. Sez. Un. 577/2008; Cass. Civ. 23676/2008) - oggi la giurisprudenza è attestata sulla differenziazione metodologica tra l'accertamento del nesso causale in materia di responsabilità penale, dove vige la regola della prova *"oltre il ragionevole dubbio"*, ed in materia di responsabilità civile, ove vige la regola del *"più probabile che non"*. Nel primo

caso, viene richiesta la necessaria presenza di una legge scientifica di copertura, che preveda che nella totalità o quasi totalità dei casi ad un dato antecedente consegua un dato esito, con la conseguenza che, ove tale legge non si rinvenga, ovvero ove persistano margini pur minimi di dubbio nella valutazione, la pronuncia non può che essere negativa (*in dubio, pro reo*). Nel secondo caso, viceversa, proprio per la diversità di scala dei valori coinvolti (non più la libertà personale ma il patrimonio), ai fini dell'affermazione della responsabilità per quel medesimo fatto storico è sufficiente che sia ragionevolmente da escludere un diverso decorso causale (c.d. elevata probabilità logica).

La particolare conformazione del processo logico-argomentativo di verifica del nesso causale in ambito civilistico impone altresì di distinguere tra la causalità c.d. generale – idoneità di un dato fattore a determinare un dato evento sul piano meramente teorico e statistico (regola dell'*id quod plerumque accidit*) – dalla causalità c.d. individuale o del singolo caso (ragionevole probabilità di concretizzazione, in un singolo caso, della legge causale generale), in cui la più accorta Dottrina ravvisa applicazione della teoria c.d. del rischio specifico; vale a dire, si perviene all'accertamento del nesso causale tra fatto illecito e danno integrando il criterio della regolarità causale – che ravvisa la causa di un evento nel fatto normalmente adeguato a produrlo (cfr. sul punto *ex plurimis* Cass. 19 dicembre 2006 n. 27168) – con il criterio del rischio specifico – alla stregua del quale il nesso causale sussiste comunque, quando il danno, che non sia a rigore definibile quale normale conseguenza del fatto, realizza il rischio specifico creato da quel determinato fatto (cfr. da ultimo – sia consentito il rinvio – Trib. Piacenza 26.03.2013 n. 230).

Ciò che si sintetizza appunto nella c.d. tesi del "*più probabile che non*" (su cui *ex plurimis* v. Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008 n. 576 e, da ultimo, Cass. 21255/2013 e Cass. 23575/2013), e che può essere ulteriormente precisato rilevando che, in ogni caso, tra la condotta (commissiva od omissiva) e l'evento lesivo "*deve ricorrere, secondo la combinazione dei principi della "condicio sine qua non" e della causalità efficiente, la duplice condizione che si tratti di una condotta antecedente necessaria dell'evento e che la stessa non sia poi neutralizzata dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento stesso*" (cfr. da ultimo Cass. 23915/2013).

Ora, è appunto in termini probabilistici che l'azione attorea è stata (peraltro correttamente) impostata, in considerazione del notevole lasso di tempo trascorso tra il fatto asseritamente lesivo (intervento chirurgico di plastica per ernia inguinale nel gennaio 1999) e il momento di insorgenza della lesione lamentata (dolori addominali, con intervento d'urgenza nel febbraio 2010, 11 anni dopo) in occasione

del quale si è "scoperto il vizio" - secondo la tesi attorea - dell'intervento del 1999. Tale lasso di tempo rendeva, evidentemente, alquanto onerosa la prova della derivazione causale: correttamente il CTU osserva che è estremamente improbabile che un corpo estraneo quale la garza possa stazionare per tale arco temporale nel corpo del paziente senza determinare processi infiammatori o infettivi. Su tale considerazione, conseguentemente, il CTU ha ipotizzato come più verosimile l'ipotesi di un errore percettivo dei sanitari intervenuti nel 2010 che avrebbero refertato come "garza" il reperto rinvenuto sottocute, anziché come retina protesica verosimilmente distaccatasi nel corso degli anni, probabilmente a ridosso dell'insorgenza del fenomeno doloroso lamentato dal paziente. Tale ipotesi appare invero teoricamente ben sostenibile, alla luce della puntuale ricostruzione operata dal CTU delle modalità operative dell'intervento di plastica erniaria a suo tempo eseguito dal convenuto [REDACTED] e della oggettiva plausibilità della somiglianza tra una garza e una retina la cui permanenza nell'organismo e la presenza del granuloma potevano aver modificato anche pesantemente nei tratti morfologici e strutturali. D'altra parte, non vi sono in atti esami chimici, fisici, fotografici o colturali del reperto estratto dal corpo dell'attore.

Va però osservato che l'una e l'altra ipotesi ricostruttiva presentano una incidenza assai limitata sull'oggetto del presente giudizio, emergendo in entrambi i casi profili di colpa del convenuto: nel primo caso - garza dimenticata sottocute - per evidente negligenza, imprudenza, imperizia; tesi supportata dalla teste, infermiera, che ha riferito come all'epoca dei fatti non fosse prassi procedere alla conta delle garze prima e dopo l'intervento; nel secondo caso - elemento della protesi distaccatosi nel corso degli anni - risultando invece ipotizzabile una esecuzione dell'intervento chirurgico non pienamente conforme alle regole dell'arte medica. A tale ultimo riguardo si osserva che la natura anomala ovvero, di contro, perfettamente fisiologica, del distacco della rete, ed il compiuto accertamento di modi e tempi di tale distacco, avrebbero richiesto ulteriori e più compiuti, ove possibili, approfondimenti istruttori.

Si è scelto di non procedervi alla luce di quanto dallo stesso attore dichiarato al CTU: aver goduto di buona salute per i dieci anni successivi all'intervento e non aver avuto, conseguentemente, alcun apprezzabile pregiudizio; circostanza questa che la difesa attorea non ha contestato specificamente nel primo scritto successivo al deposito dell'elaborato peritale, al quale ha invece mosso censure globali e complessive senza tuttavia, giova rimarcarlo, prendere posizione alcuna su un fatto storico così dirimente come la dichiarazione resa dall'attore stesso al consulente tecnico d'ufficio. Dichiarazione che, oltretutto, collima perfettamente con quanto accertato sul piano clinico, ovvero la modestia del pregiudizio reliquato, avente carattere esclusivamente estetico e che, per le concrete caratteristiche e per la sua localizzazione, non appare integrare profili di lesività. Si discute infatti di una

cicatrice sulla parte sinistra dell'inguine, in soggetto di sesso maschile e che non svolge attività lavorativa pregiudicata da tale esito cicatriziale. In altri termini, la valutazione del danno estetico sarebbe stata ben diversa in caso di danneggiato di sesso femminile e di insistenza della cicatrice su altra, più visibile, regione cutanea. Si osserva al riguardo, per maggior chiarezza motivazionale, che in un precedente di questo Ufficio (Trib. Piacenza n. 230 del 26.03.2013) il danno estetico alla persona offesa da sinistro stradale era stato espressamente considerato nella liquidazione del danno non patrimoniale complessivo, in considerazione della natura devastante delle lesioni subite a carico dell'apparato maxillo-facciale; fattispecie evidentemente ben diversa da quella che ci occupa.

Non è stata del pari fornita dall'attore la prova di un apprezzabile pregiudizio di ordine funzionale, posto che la disfunzione a carico dell'apparato articolare interessato - oltre a costituire esito predicabile con elevata probabilità logica, prossima alla certezza, della degenerazione della protesi - non appare imputabile invece, con sufficiente probabilità, ad errori nell'esecuzione dell'intervento protesico eseguito dal ██████████. Si concorda sul punto con la valutazione operata dal CTU, che ha qualificato come ineccepibile, avuto riguardo alle *leges artis* del tempo, l'opera del chirurgo. Ben diverso è il giudizio, invece, in ordine alle altre circostanze che, nella complessa serie causale, appaiono assumere una portata ben maggiore, fino a porsi quali cause efficienti di per sé idonee a determinare l'evento dannoso: si allude alla oggettiva natura usurante - quantomeno per l'articolazione dell'anca - dell'attività lavorativa svolta dall'attore (muratore) e dello stile di vita dello stesso (fumatore accanito), circostanze ancora una volta non oggetto di alcuna contestazione di parte.

Tanto consente di superare il profilo di estrema criticità, sul piano probatorio, su cui invece si diffondono ampiamente le contrapposte Difese, vale a dire la esatta qualificazione del reperto rinvenuto nel corpo dell'attore, identificato come "garza" da chi redasse la cartella clinica nell'immediatezza dei fatti. Se la prospettazione data dal CTU - non garza ma elemento della protesi - appare oggettivamente più plausibile in considerazione della inerzia biologica del materiale protesico, che ben spiega l'assenza di patologie o sintomatologie dolorose negli undici anni successivi all'intervento, ciò nondimeno va rilevato che la qualificazione come garza è contenuta in un atto pubblico - cartella clinica - che non risulta sia stato ritualmente disconosciuto o impugnato, e che rimane oscura infatti la ragione per cui il personale sanitario, che certamente era a conoscenza della possibile somiglianza tra una garza e una retina ortopedica del tipo di quelle utilizzate nell'intervento protesico originario, rimaste per anni in un corpo umano, avrebbe - esaminatolo dopo l'estrazione - *falsamente* qualificato il reperto come garza, osservato altresì, al riguardo, che la cartella clinica non reca neanche indicazioni idonee a supportare una qualificazione in forma dubitativa (non v'è, ad esempio,

un'indicazione del tipo "*probabilmente / verosimilmente / forse identificabile come garza*" oppure "*garza oppure elemento della protesi originaria*").

In ogni caso, come detto, la mancata prova di un apprezzabile danno, anche di tipo fisico e non solo estetico, travolge e supera ogni diversa questione.

6. L'estrema particolarità della fattispecie e la complessità delle questioni giuridiche trattate, anche alla luce delle novità normative e giurisprudenziali sopravvenute, integrano i presupposti di legge (art. 92 c.p.c., nel testo *ratione temporis* applicabile) per la integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

**Rigetta** la domanda attorea;

**Compensa** integralmente tra le parti le spese di lite.

Piacenza, 11 novembre 2015

Il Giudice  
dott. Antonino Fazio