

## FATTO<sup>1</sup>

L'excursum diagnostico-clinico oggetto di lite non è contestato e i soli profili di contesa riguardano la configurabilità, nel caso di specie, di un danno iatrogeno essendo fonte di divergenti opinioni la sussistenza o meno, nella materia del giudizio, di una ipotesi di responsabilità medico-sanitaria. L'evento che costituisce terreno di dibattito processuale, è la morte della piccola M.

In estrema sintesi, per quanto qui di rilevanza, va rilevato in fatto che, B, odierna attrice, veniva seguita durante la gestazione dalla convenuta dr.ssa S. La data presunta del parto era stimata in data 12 gennaio 2005. Trascorsa tale data, non essendosi verificata l'espletazione del parto, la B eseguiva monitoraggi ravvicinati sia di carattere clinico che strumentale. Veniva, quindi, sottoposta a controllo ecografico all'esito del quale si rendeva necessario procedere ad intervento di taglio cesareo (TC). L'intervento iniziava alle ore 12.13 e terminava alle ore 12.50. L'estrazione del feto avveniva alle ore 12.14 e nasceva così M. La bambina, però, nasceva senza segni vitali, anche se, in assenza degli accertamenti autoptici, veniva dichiarata viva (e deceduta poi). Nonostante le manovre rianimatorie, non sopravviveva. L'autopsia successivamente svolta, accertava che M era nata senza aria nei polmoni e dunque, era nata morta (cd. prove docimasiche).

La parte attrice citava in giudizio l'ospedale convenuto e la dr.ssa S per ottenere il risarcimento dei danni subiti, deducendo la sussistenza di nesso causale tra la condotta imperita dei convenuti ed il decesso della bambina. Il nosocomio convenuto, costituendosi, concludeva richiedendo il rigetto della domanda attorea, facendo leva sul decreto di archiviazione emesso dal GIP di Varese, in data 4 settembre 2007. Medesime conclusioni rassegnava la S. L'assicurazione Italiana convalidava le conclusioni dell'assicurato.

Con ordinanza del 3 novembre 2009, le prove orali articolate venivano respinte e veniva acquisito l'elaborato peritale svolto in sede penale. Sullo stesso veniva provocato il contraddittorio nel giudizio civile e, all'esito, con ordinanza del 10 giugno 2010, il Tribunale disponeva procedersi a consulenza tecnica d'Ufficio, affinché il perito procedesse a nuovo esame, valutando anche la perizia prodotta dalla parte attrice. Veniva nominato CTU esterno al distretto ed iscritto all'Albo dei consulenti del Tribunale di Brescia (v. ordinanza del 16 luglio 2010). All'udienza del 17 giugno 2011, ritenuta la causa matura per la decisione, ex art. 187, comma I, c.p.c., veniva fissata udienza di precisazione delle conclusioni, in data 16 dicembre 2011. La causa veniva, quindi, trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Va preliminarmente rilevato che il difensore di parte terza chiamata non ha eletto domicilio nel circondario di Varese, avendo, nel mandato alle liti, indicato l'indirizzo del proprio studio in Milano (facente capo ad altro circondario). Orbene, l'avvocato esercente la propria professione al di fuori del circondario del

<sup>1</sup> All'odierno giudizio è applicabile l'art. 58, comma II, legge 18 giugno 2009 n. 69 e, per l'effetto, la stesura della sentenza segue l'art. 132 c.p.c. come modificato dall'art. 45, comma 17, della legge 69/09

tribunale ha l'obbligo di eleggere domicilio presso il luogo dove ha sede l'ufficio giudiziario competente per il giudizio, e l'elezione di domicilio in un luogo diverso dal predetto va considerata *tamquam non esset*, con l'effetto che l'elezione di domicilio s'intende avvenuta *ope legis* presso la cancelleria del tribunale dove si svolge il giudizio (Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2008, n. 15500), giusta l'art. 82, comma II, r.d. 22 gennaio 1934 n. 37, norma che va interpretata nel senso che *anche la sentenza conclusiva del processo può essere notificata presso la cancelleria di detto giudice* (Cass. civ., sez. I, 03 agosto 2007, n. 17055; v. anche Corte cost., ord. 19 gennaio 2007, n.5; v. anche Cass. civ., Sezioni Unite, sentenza n. 20845 del 5 ottobre 2007). La sostanza non muta con l'introduzione delle modalità comunicative a mezzo fax o email, atteso che tali modalità non hanno abrogato la norma sopra indicata e ritenuto che esse siano facoltà dell'Ufficio ma non anche obbligo.

Sempre in via preliminare va precisato che, nell'odierno giudizio, non ha efficacia di giudicato la decisione di archiviazione del Giudice per le indagini preliminari, del Tribunale di Varese. A parte ogni altra considerazione, è sufficiente osservare che, secondo il condivisibile indirizzo delle Sezioni Unite (Corte di Cassazione, sez. Unite Civili, sentenza n. 1768/11; depositata il 26 gennaio 2011, n. 1768), la disposizione di cui all'art. 652 c.p.p. (così come quelle di cui agli artt. 651, 653 e 654 del codice di rito penale) costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile, in quanto tale soggetta ad un'interpretazione restrittiva e non applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. Ne consegue che la sola sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima) pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre alle sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non va riconosciuta alcuna efficacia extrapenale, benché, per giungere a tale conclusione, il giudice abbia accertato e valutato il fatto. In quest'ultimo caso, *il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione.*

Proprio al fine di pervenire ad un autonomo giudizio nella sede civile, va rilevato che in corso di giudizio è stata disposta consulenza tecnica d'Ufficio. Giova rilevare che il Consulente ha adottato un metodo di indagine serio e razionale, provvedendo a rilievi cartolari e fotografici e con esame dettagliato e diagnostico della situazione, secondo le direttive di cui al quesito formulato dal magistrato. Trattasi, pertanto, di indagine tecnica che questo giudice reputa di dovere condividere e fare propria e dal quale trae elementi per la formazione del proprio convincimento (in generale, v. Cass. civ., Sez. III, 8 ottobre 1990, n. 9863 in Mass. Giur. It., 1990; v. anche Cass. civ., 5 agosto 1982, n. 4398). Il motivo che conduce all'adesione alla risposta tecnica del consulente è da individuare nei diversi snodi che sono stati seguiti dall'ausiliario, in particolare il raccordo tecnico - specialistico, così come il contenuto delle operazioni di consulenza nonché, infine, le ricche argomentazioni svolte nelle osservazioni conclusive. Vi sono, poi, invero ulteriori ragioni: ed, infatti, da un lato le oggettive risultanze precostituite, dall'altro la documentazione tecnica e medica in atti, confortano le conclusioni del CTU. Orbene, l'inserimento dell'elaborato peritale, nel quadro di

tutti gli elementi disponibili così illustrati, induce questo giudice a formare il proprio convincimento sul punto da decidere secondo le osservazioni conclusive rassegnate dai periti (su cui, v. Cass. civ., 6 marzo 1984, n. 1567). Le critiche rivolte all'elaborato d'Ufficio vanno disattese in quanto la parte tende a volere imporre le conclusioni del proprio CTP di parte, senza però che le argomentazioni dello stesso siano condivisibili, secondo il prudente apprezzamento di questo giudice, in quanto non oggettive come le conclusioni rassegnate dal CTU che, peraltro, ha anche dettagliatamente replicato alle critiche che sono state rivolte al Suo operato.

Sempre a base della decisione si decide di porre l'elaborato redatto dal Collegio di periti nominati dall'ufficio di Procura del Tribunale di Varese per svolgere le indagini all'uopo necessarie nel già concluso procedimento penale (archiviato dal Giudice per le indagini preliminari in data 4 settembre 2007). La perizia, per alcuni indici, si lascia apprezzare ai fini del suo utilizzo in giudizio: la sua collegialità, con medici nominati fuori dal distretto; le competenze professionali ivi confluite (anatomia Patologica; ostetricia e ginecologia; neonatologia e patologia neonatale); il tipo di quesiti rivolti al Collegio e l'esame condotto in concreto. Orbene, se è vero (come afferma la giurisprudenza più recente, confermata dalle Sezioni Unite civili) che l'accertamento del nesso causale si differenzia, in ragione delle proprie peculiarità, in base al tipo di processo (vuol dire, penale; vuol dire, civile) è anche vero che ciò non osta all'utilizzo di un elaborato peritale comune, se del caso per conclusioni anche diverse. Altrimenti detto: il giudice civile può usare, nel processo svolto davanti a lui, anche una CTU che sia stata espletata nel processo penale. Come ha chiarito il Supremo Consesso, infatti (v. Cass. Civ., sentenza n. 28855 del 5 dicembre 2008), il giudice di merito può legittimamente tenere conto, ai fini della sua decisione, delle risultanze di una consulenza tecnica acquisita in un diverso processo, anche di natura penale ed anche se celebrato tra altre parti, atteso che, se la relativa documentazione viene ritualmente acquisita al processo civile. Ne consegue che anche una consulenza tecnica disposta dal P.M. in un procedimento penale, se ritualmente prodotta dalla parte interessata, può essere liberamente valutata come elemento indiziario idoneo alla dimostrazione di un fatto determinato (v. Cass. Civ., sez. 3, Sentenza n. 16069 del 20 dicembre 2001). E', però, indispensabili che le parti siano poste nelle condizioni di poter farne oggetto di valutazione critica e stimolare la valutazione giudiziale su di essa, atteso che il giudice civile (trattandosi di elaborato formatosi in altro processo) deve sindacarla analiticamente, e valutarla nella sua convergenza globale verso la piattaforma probatoria, da qui accertandone la eventuale pregnanza conclusiva. Ma è quanto è avvenuto nell'odierno processo: a) in data 3 novembre 2009, la perizia è stata acquisita al giudizio abilitando i difensori a farne oggetto di critica e discussione con facoltà di nominare loro CTP; b) all'udienza dell'8 gennaio 2010, è stata tenuta apposita discussione sulla CtU con concessione di termine per la redazione di memorie; e) in data 16 luglio 2010, infine, si è deciso di optare una ulteriore indagine peritale.

#### **1. ESAME AUTOPTICO (30.12.2005) E CONSULENZA (02.07.2007)**

Ciò detto, quanto ai risultati, è opportuno muovere dalla CTU collegiale redatta dai periti nominati dalla Procura, in ordine alle cause della morte (autopsia). I periti del procedimento penale, infatti, svolgono una curata autopsia, sulla piccola M in data 21 gennaio 2005. L'esame autoptico conduce, in primis, ad

accertare, come detto, che il feto è nato già morto, per assenza di aria nei polmoni e, quindi, difetto di vitalità.

Svolti accertamenti istologici, citologici e microbiologici, il Collegio dei periti svolge una accurata indagine attorno ai profili oggettivo – causali, per individuare la l'eziogenesi della morte di M. Ebbene, il Collegio peritale rintraccia la presenza di un ematoma a carico del cordone ombelicale, ritenuto elemento di importanza fondamentale per la comprensione del determinismo del decesso di M. I periti spiegano che per ematoma del funicolo (cordone) ombelicale si intende la presenza di una raccolta emorragica all'interno del cordone ombelicale stesso. E' un evento raro, la sua incidenza nelle gravidanze è stimata intorno a 1:5.000. La sua formazione può essere spontanea o traumatica. L'ematoma del funicolo può determinare una compressione dei vasi del funicolo, con conseguente *deficit* dell'apporto ematico del feto, esitante in ipossia fetale, ossia sofferenza acuta fetale. In altri casi, più rari, l'ematoma del funicolo, determinando sequestro del sangue. Comporta grave anemia fetale con possibile idrope e morte fetale. Su questi fatti, così ritenuti certi dai periti, il Collegio conclude affermando che *"il decesso di Sayadi è da ascrivere a morte endouterina asfittica causata da un arresto della circolazione fetoplacentare per anomalia del funicolo (ematoma del cordone ombelicale)"*. La considerazione trova riscontro nelle evidenze autoptiche: macroscopiche, istologiche e microbiologiche (v. perizia, pag. 16).

Se così è (come affermano i periti) ne discende che *"la causa della morte di M è costituita da exitus endouterina su base asfittica da arresto della circolazione feto-placentare. Tale asfissia è ascrivibile ad improvvisa ipossigenazione del feto provocata dalla compressione esercitata sui vasi del funicolo da parte dell'ematoma della vena ombelicale riscontrato all'autopsia."*

Secondo i consulenti del Collegio peritale, insomma, la morte del feto costituisce l'esito di una complessa serie causale di eventi fattuali, piccoli segmenti eziologici di un esito letale: l'ematoma della vena ombelicale causa compressione sui vasi del funicolo che causa ipossigenazione del feto che provoca asfissia che conduce alla morte.

Alla base dell'intero percorso causale, insomma, l'ematoma della vena ombelicale riscontrato all'autopsia; al riguardo, i periti introducono un elemento che non può essere trascurato: *"la presenza dell'ematoma non era stata evidenziata con le ecografie fetali"*. Ma si tratta di un elemento che può essere carpito dalla diagnostica ecografica? La Ctu collegiale risponde anche sul punto: *l'ematoma del funicolo può essere evidenziato ecograficamente come una masserella ipocogena nel lume del cordone ombelicale*. In altri termini: in astratto, l'ematoma può essere accertato dall'ecografia; in concreto: l'ematoma non fu accertato nelle ecografie.

L'accertamento in concreto dell'ematoma è, peraltro, ricavabile da altri dati della CTU collegiale: 1) i periti escludono che l'ematoma si sia formato durante la fase extrauterina del feto: i.e., esso si era formato durante la fase intrauterina; 2) i periti accertano elementi considerabili come "piccole spie di allarme": l'autopsia ha evidenziato fenomeni malformativi del vaso ossia favorevoli la formazione di un ematoma durante la vita fetale.

Rassegnate le conclusioni sopra indicate, in sede di autopsia, i periti provvedono ad un accertamento in ordine alle eventuali responsabilità dei medici intervenuti (perizia del 21 giugno 2007, depositata in Cancelleria in data 2 luglio 2007). Trattasi di accertamento che completa quello autoptico..

Richiamando l'autopsia, i periti della Procura si concentrano, quindi, sulla responsabilità sanitaria del personale medico intervenuto. In primo luogo, fanno

presente che, a causa della formazione di un ematoma del funicolo, l'evento morte endouterina del feto è inevitabile. L'indagine dei periti si focalizza allora sull'ecografia e, in particolare, osserva che *"l'immagine ecografica di un ematoma del funicolo in genere è conosciuta, non è di difficile interpretazione, ma molto raramente si può fare la diagnosi, in quanto non è pensabile analizzare come routine in tutte le gravidanze, tutto il funicolo alla ricerca di una eventuale patologia senza una indicazione specifica"*. Ripercorse le condotte di monitoraggio dei sanitari, i periti concludono, dunque, escludendo qualsivoglia forma di responsabilità professionale a carico dei medici che ebbero in cura la signora B e M.

## 2. CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

L'analisi peritale svolta in sede penale, coerentemente con la natura del giudizio di matrice penalistica, si concentra soprattutto sulle obbligazioni primarie di prestazione, ricercando un nesso causale certo o, comunque, una eziologia probabile in modo serio e credibile, che tracci in modo univoco un rapporto di causa - effetto tra operato dei sanitari e morte del feto. E, invece, ciò che la perizia non chiarisce adeguatamente riguarda proprio le obbligazioni strumentali all'accertamento dell'ematoma, quale causa della serie causale di eventi che hanno condotto alla morte: infatti, nell'autopsia (svolta due anni prima della consulenza), i periti aprono una piccola (ma chiara) breccia verso profili di responsabilità dei sanitari (sul versante civilistico) ovvero: 1) l'ematoma non si era formato durante la fase extrauterina, ma durante quella intrauterina (e, quindi, poteva essere rintracciato durante le ecografie); 2) nel vaso erano presenti fenomeni malformativi che sono tipici indici di un ematoma durante la vita fetale.

E, qui, il dubbio: ma, allora, in presenza di indici non irrilevanti, gli operatori avrebbero dovuto condurre accertamenti su tutto il cordone, proprio temendo la possibilità di un ematoma, così da intervenire? Si può passare, a questo punto, alla perizia civile, per verificare che dati abbia qui introdotto il perito. Ebbene, per il perito, *"forse nel caso in oggetto con una osservazione nell'arco delle 24 ore si sarebbero potute confermare le alterazioni del battito cardiaco fetale o anche non confermare le alterazioni ed avere un quadro del benessere fetale più accurato"* - A ciò si aggiunga che il monitoraggio del battito cardiaco fetale (NST non stress test) *"è stato registrato in data 15/01/2005 alla 40.3 settimane di gestazione per 2 volte per un totale complessivo di circa 60 minuti ed è risultato non rassicurante per tutto il periodo della registrazione come classificato anche dalle precedenti CTU"*.

Alla luce di tutte le riflessioni sin qui svolte, reputa questo Tribunale che la domanda debba trovare accoglimento: è raggiunta una prova sufficiente in ordine ad un profilo di colpa professionale (omessa adeguata indagine ecografica) che avrebbe potuto evitare, con ragionevole certezza (più probabile che non) la morte del feto, posto che, ove fosse stato tempestivamente individuato l'ematoma, i sanitari sarebbero intervenuti per rimuoverlo, così impedendo che si innescasse la serie causale di eventi conducenti alla morte.

Da qui le differenze tra l'accertamento penale e l'accertamento civile che spiegano i giudizi diversi: nella sede penale, il giudicante - secondo i teoremi garantistici che governano la responsabilità da reato (v. Cass. pen., Sez. Un., sentenza 11 settembre 2002 n. 30328) - ha verificato se la condotta omissiva del medico sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo *con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica'*; nella sede civile, invece, il giudicante applica il diverso criterio del *"più probabile che non"*.

Al riguardo, giova ricordare che la Corte regolatrice ha, di recente, avuto modo di rimeditare *funditus* il problema della causalità civile, per affermare, prima con la sentenza 21619/2007 della terza sezione, poi con la pronuncia 581/2008 delle sezioni unite, che la regola probatoria in *subiecta materia* non può essere considerata quella dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, bensì quella del "più probabile che non" (v. Cass. civ., sez. III, sentenza n. 23676 del 15 settembre 2008). Il nesso di causalità, dunque, in ambito civilistico, consiste nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del «più probabile che non» (Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975). Viene recepita, in effetti, la prassi legale statunitense che applica, ai fini della causalità, il principio "*preponderance of the evidence*" ossia il già citato criterio del "più probabile che non" (puntualmente applicato dalle Sezioni Unite civili nella sentenza 11 gennaio 2008, n. 576, con la enunciazione del principio probabilistico e della causalità adeguata), risultando conforme al *favor victimae* che qualifica la funzione sociale della responsabilità civile da illecito, in relazione al diverso principio del *favor rei*, che concernendo il valore della libertà, esige maggiori garanzie nel campo della repressione penale (così: Cass. civ., 13513/2009). La teoria civilistica della causalità cd. adeguata è stata, da ultimo, ulteriormente ribadita dalle Sezioni Unite (v. Cass. civ., Sez. Unite, sentenza n. 1768 del 26 gennaio 2011, n. 1768) e, di recente, riccamente illustrata da Trib. Milano, sez. X, sentenza 9 dicembre 2009 n. 14694 in *Giustizia a Milano*, 2009, 12, 84. Alla luce dei principi sin qui richiamati, nella responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano (ad una valutazione *ex ante*) del tutto inverosimili (Cass. Civ., sez. III, sentenza 18 luglio 2011 n. 15709). Per quanto riguarda, in particolare, l'illecito omissivo, nell'imputazione per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto (Cass. n. 20328 del 2006; Cass. n. 21894 del 2004; Cass. n. 6516 del 2004; Cass. 22/10/2003, n. 15789): rilievo che si traduce a volte nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio, che la norma di condotta violata tendeva a prevenire. Il Giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

Ebbene, nel caso di specie, accertando come verificatasi, la diligente indagine ecografica, alla luce delle circostanze *rebus sic stantibus*, l'ematoma sarebbe stato accertato ed è più probabile (che non) che la morte non si sarebbe verificata o, comunque, si sarebbe verificata in periodo diverso, più avanti nel tempo.

Le parti convenute, pertanto, sono responsabili.

### 3. RESPONSABILITÀ MEDICA

La responsabilità del medico ha natura negoziale, sussistendo un rapporto contrattuale, quand'anche fondato sul solo contatto sociale (Cass. civ., Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362). La contrattualizzazione della responsabilità medica ha delle ricadute dirette sul riparto degli oneri probatori: essa, infatti, rende operativa la clausola generale di cui all'art. 1218 c.c., come interpretata dalle Sezioni Unite n. 13533 del 2001. Orbene, la giurisprudenza, sgretolando la costruzione dell'obbligazione medica di mezzo, ha applicato i principi espressi dalle SS.UU. 13533/2001 alla responsabilità professionale del sanitario, inaugurando un nuovo orientamento, secondo il quale *"il paziente che agisce in giudizio deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento"* (v. SS.UU. 577/2008). In pratica, il paziente deve provare l'esistenza del contratto (o del 'contatto' sociale) e allegare l'inadempimento consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento; mentre resta a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (id est, l'alea terapeutica). Con la conseguenza che, la prova liberatoria gravante sul medico si sostanzia in una prova di tipo 'causale', ovvero nella dimostrazione che l'evento dannoso si è verificato per l'intervento di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva e non ricollegabile casualmente al suo operato.

Di medesima opinione le recenti Sezioni Unite: *"il paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale adempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante"* (cfr. s.u. 11 gennaio 2008, n. 577).

Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 577/2008), da ultimo, hanno ribadito quanto già ripetutamente affermato dalla giurisprudenza più recente: l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 L. n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere (Cass. civ. 8826/2007). Ecco perché la Suprema Corte ha costantemente qualificato la responsabilità della struttura sanitaria come contrattuale, proprio sul rilievo suaccennato e cioè che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (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 responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'art. 1228 codice civile, secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze (Cass., 19

ottobre 2006, n. 22390; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698).

Nel caso di specie, l'impianto istruttorio sfogliato in parte motiva, esclude la prova liberatoria in capo alle convenute e conferma, invece, l'adempimento all'*onus* probandi da parte dell'attrice. La responsabilità delle convenute è solidale. Quando, infatti, un medesimo danno è provocato da più soggetti, anche se per azioni o omissioni diverse, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non solo sulla base della norma dell'art. 2055 cod. civ., dettata proprio per la responsabilità extracontrattuale, quanto anche perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, "se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrli" (Cass. civ., Sez. III, 9 novembre 2006, n.23918).

#### 4. DANNO RISARCIBILE

La parte attrice allega i danni di cui chiede il ristoro da pag. 25 dell'atto di citazione. E' il caso di analizzare, singolarmente, le specifiche pretese risarcitorie.

**DANNO DA PERDITA DI CHANCE.** La domanda è infondata. La chance è una forma di danno che può essere definita come occasione favorevole di conseguire un risultato vantaggioso, sotto il profilo dell'incremento di un'utilità o della sua mancata diminuzione, diversa dalla mera aspettativa di fatto. La domanda per perdita di chance va distinta da quella di danno futuro, posto che la prima riguarda la perdita della possibilità di raggiungere il risultato sperato ed attiene al danno emergente, mentre la seconda riguarda il mancato raggiungimento del risultato ed attiene al lucro cessante (così, Trib. Piacenza, sentenza 24 giugno 2011, n. 448). Ciò detto è di palmare evidenza che la domanda, per essere accolta, richiede quantomeno la chiara e specifica individuazione della utilità che si reputa persa, tale certo non essendo "le possibilità che la vita può offrire". E', dunque, infondata la domanda sotto il duplice profilo: come perdita in capo ai genitori e perdita in capo alla figlia. Sotto tale ultimo aspetto, si innesta sotto questa domanda, un profilo preliminare che ne decreta la inammissibilità. Si tratterebbe, infatti, di un diritto di M che i genitori eserciterebbero, per lei, *jure hereditatis*. E, però, la successione ereditaria, in questo caso, non si configura, nel senso che M non è diventata persona (pur potendosi considerare soggetto del diritto) e, quindi, non ha trasferito diritti propri ai genitori.

Come si è visto, infatti, l'esame autoptico conduce ad accertare che il feto è nato già morto, per assenza di aria nei polmoni e, quindi, difetto di vitalità. Come noto, la nascita del feto corrisponde alla completa fuoriuscita dal corpo materno. La fuoriuscita del feto (per espulsione [parto naturale] o estrazione [parto cesareo]) non è, tuttavia, requisito sufficiente per considerare il soggetto nato (ed eventualmente poi morto)<sup>2</sup>. E', infatti, necessario l'ulteriore requisito dell'atto respiratorio: il feto, fuoriuscito dall'alveo materno, deve respirare (cd. fase apnoica della vita extrauterina), anche senza essere, poi, vitale (cd. requisito della vitalità: attitudine a vivere di vita autonoma). L'accertamento della nascita, passa per prove scientifiche (cd. prove docimasiche) che sono note per la credibilità

---

<sup>2</sup> La prima autorevole diatriba sulla nascita, risale all'epoca repubblicana dell'antica *societas romana*; per i Sabiniani la nascita avveniva con qualsiasi segno di vita mentre per i Proculiani era necessario che il neonato emettesse un vagito.



oggettiva e riconosciuta dalla letteratura scientifica: in particolare, il feto che, all'esito dell'esame autoptico, non abbia aria nei polmoni, non può definirsi nato vivo, proprio perché sussiste la prova che non ha respirato. E' nato, cioè, morto<sup>3</sup>. Quanto sin qui osservato non appaia irrilevante: e, infatti, da un punto di vista giuridico, un conto è la perdita del frutto del concepimento (il feto), un conto è la perdita del figlio (il bambino nato vivo).

Ebbene, come la manualistica classica insegna, il nato morto non può considerarsi persona poiché il feto, pur essendo senz'altro un soggetto titolare di interessi meritevoli di protezione (v. Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2009 n. 10741) non è persona fisica in senso tecnico-giuridico, non essendo nato (perché venuto alla luce morto). E, allora, non acquista situazioni giuridiche soggettive risarcitorie che possa trasferire agli eredi.

DANNI IN CAPO A M. Per i motivi sopra esposti, nessun danno può essere vantato dai genitori, *jure hereditatis*, in nome di M, né soprattutto quello "tanatologico". Infatti, premesso che i diritti assoluti primari alla salute e alla vita, garantiti dalla Costituzione italiana - artt. 2 e 32 - ed europea - artt. 62 e 63 - sono distinti, la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi la più grave forma possibile della lesione alla salute perché la tutela di questo bene implica che il soggetto leso resti in vita menomato, mentre se la persona offesa muore la morte impedisce che la lesione del bene giuridico della salute sia risarcibile per colui che non è più in vita. Pertanto va esclusa la risarcibilità del danno c.d. tanatologico *jure hereditatis* (Cass. civ., sez. III, sentenza n. 79 del 2010).

DANNO MORALE ED ESISTENZIALE. La domanda dei genitori, sul punto, va intesa come generale richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale. La parte attrice, tuttavia, incorre in un errore concettuale: postula, infatti, la risarcibilità di un danno da perdita del congiunto e, cioè, da perdita del rapporto parentale. Ma questo danno non è configurabile. Gli attori, infatti, per quanto già illustrato, hanno perso il frutto del loro concepimento (il feto) e non il figlio. E' opportuno precisare che le osservazioni qui rassegnate non intendono neanche in minima parte interessare la percezione soggettiva che i genitori possano avere riguardo alla perdita di M che, per essi, resta la speranza di una vita nascente. E, però, sotto un profilo squisitamente giuridico, le due fattispecie presentano inevitabilmente caratteri morfologici differenti che hanno impatto diretto sulla pretesa risarcitoria. La giurisprudenza, infatti, risarcisce in modo diverso la perdita della persona-congiunta rispetto alla perdita del frutto del concepimento (il feto nato morto o non nato affatto e deceduto nella fase intrauterina).

Un primo approccio al tema del danno "da perdita del frutto del concepimento", si rintraccia nella giurisprudenza della Cassazione, nella sentenza Cass. civ., sez. III, 11 marzo 1998 n. 2677 (in *Danno e Resp.*, 1998, 8 ; 9, 817) dove il Collegio distingue, questa posta risarcitoria, dal danno alla salute (insussistente nel caso di specie, invero nemmeno allegato in modo specifico) affermandone la sicura risarcibilità, in quanto lesione del diritto alla genitorialità. Da qui la risarcibilità sia in capo a madre che padre. Trattandosi, tuttavia, di perdita di una speranza di vita e non di una vita, le tabelle milanesi giurisprudenziali sul danno parentale, elaborate per la perdita della persona viva, non sono direttamente utilizzabili, se non come parametro orientativo. E', sul

<sup>3</sup> V. risultati dell'autopsia riportata dalla CTU collegiale: pag. 15

punto, condivisibile l'opinione dottrinale di chi, autorevolmente, ha affermato che *"non è corretto equiparare il dolore provocato dalla perdita di una persona cara con la quale si avevano rapporto di diuturna frequentazione e conoscenza con quella di un essere non ancora dotato di una sua autonomia soggettiva ed il distacco da quale non può, per la natura stesse delle cose, essere lacerante come il distacco da una persona vivente e vitale"*.

Vanno, però, certamente considerate, sia la sofferenza morale dei genitori che la perduta possibilità di programmare ed attuare lo sviluppo della famiglia. Ammesso l'an, il problema si sposta, quindi, sul *quantum debeatur*. Sul punto, tuttavia, il libello introduttivo serba silenzio: nonostante le tantissime deduzioni giuridiche, mancano fatti, episodi circostanziati, deduzioni fattuali che consentano al giudice di apprezzare elementi che contribuiscano alla determinazione del pregiudizio. Peraltro, l'attrice, al momento della perdita, aveva 34 anni e, quindi, si trovava in età tale da potere comunque avere altri figli, non avendo, inoltre, perso la capacità di procreare e non avendo, questo fatto, inciso sul rapporto con il marito, essendo il connubio rimasto intatto. Attingendo al criterio dell'equità cd. calibrata (guardare alle liquidazioni di altri giudici in casi analoghi), elaborata da una Autorevole Dottrina, si scopre che, in caso di perdita del frutto del concepimento, da parte di madre giovane e senza compromissione della capacità procreativa, la giurisprudenza in merito ha liquidato, ad esempio: (ex) lire 30 milioni (Trib. Roma, 24 gennaio 1995 in Riv. Giur. Circolaz. Trasp., 1995, 543); euro 100.000 (Trib. Roma 3 gennaio 2007); euro 15.000,00 a genitore (Trib. Roma 8 marzo 2005); Euro 75.000,00 a genitore (Trib. Roma 10 marzo 2004); Euro 258.228,45 comprensiva però della perdita dell'utero e, quindi, da doverci quanto meno dimezzare (App. Venezia, 2 giugno 1995 n. 738). Una media aritmetica conduce ad una posta media di circa Euro 56.000,00.

Orbene, partendo dal danno previsto dalle tabelle milanesi a favore di ciascun genitore per la morte di un figlio (da Euro 150.000,00 a Euro 300.000,00), in assenza di indici (allegati dal danneggiato) che contraddistinguano il fatto per gravità o peculiarità del caso, pare necessario muovere da un parametro orientativo di Euro 150 mila. E', però, una voce di danno, come detto, prevista per il figlio nato vivo. La somma, dunque, va quantomeno decurtata. Un ulteriore indice in ribasso (per metà) è, poi, come detto, l'età giovane (per una procreazione vitale); altro indice di decurtazione è l'assenza di compromissioni specifiche (non dedotte o allegate; un'altra metà). Si arriva così, ad un abbattimento: da euro 150.000 ad euro 75.000 e da euro 75.000,00 ad euro 37.500,00.

Come si vede, trattasi di somma allineata nella forbice della giurisprudenza in merito (da 15.000,00 a 120.000,00) che, nel caso di specie, appare del tutto congrua. La somma è ritenuta adeguata all'attualità e, per ristorare anche il pregiudizio del padre, va maggiorata di euro 20.000,00, somma ritenuta congrua per il profilo del papà che non subisce un danno amplificato come la madre, nel cui alveo si consuma il trauma.

Il danno non patrimoniale degli attori è, quindi, di Euro 57.500,00.

## **5. ASSICURAZIONE**

La terza chiamata va condannata a tenere indenne la dr.ssa S di quanto questa sarà tenuta a corrispondere agli attori in conseguenza dell'odierna sentenza.

## **6. REGOLAMENTAZIONE DELLE SPESE DI LITE**

Pur consapevole di un indirizzo pretorile di contrario avviso (invero, risalente: Cass. civ., sez. 2, sentenza n. 1247 del 18 febbraio 1983), questo

giudice, aderendo all'orientamento di Cassazione più recente, reputa che il compenso dovuto al C.T.U. abbia il suo fondamento nella peculiare natura della prestazione, effettuata a favore di tutti i partecipanti al giudizio in funzione del superiore interesse di giustizia (art. 61 c.p.c.), ponendosi così su un piano diverso da quello della soccombenza che presiede la regolazione delle spese fra le parti (Cass. civ., sez. II, sentenza n. 28094 del 30 dicembre 2009). E', dunque, ben possibile che, a prescindere dalla soccombenza, le spese di consulenza vengano poste a carico solidale delle parti. Nel caso di specie, si conferma la regolamentazione delle spese di CTU così come svolta in corso di causa.

Quanto alle spese di lite, esse debbono essere poste a carico delle parti convenute, in solido, mentre vanno compensate nei rapporti tra assicurato e assicuratore non essendo ravvisabile la soccombenza. In attesa del DM attuativo dell'art. 9 d.l. 1/2012, le spese vengono liquidate guardando agli standards applicati nella vigenza delle tariffe forensi, non ignorata la nota spese del difensore di parte vittoriosa. Le spese, però, si calcolano sul decisum e non sul disputatum (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 11 settembre 2007, n. 19014).

**CASO** **it**  
**P.Q.M.**  
**IL TRIBUNALE DI VARESE,**  
**SEZIONE PRIMA CIVILE,**  
in composizione monocratica, in persona del giudice dott. Giuseppe Buffone, definitivamente pronunciando nel giudizio civile iscritto al n. 2854 dell'anno 2008, disattesa ogni ulteriore istanza, eccezione e difesa, ed assorbita ogni ulteriore questione non espressamente trattata, così provvede:

■ □ ■

**ACCOGLIE**, nei limiti e per le ragioni di cui in parte motiva, la domanda risarcitoria proposta dalla parte attrice e per l'effetto

**CONDANNA** le parti convenute (S e Ospedale di ...), in solido, al risarcimento del danno non patrimoniale subito dagli attori, liquidato, all'attualità, in Euro 57.500,00 oltre interessi legali dalla sentenza e sino al soddisfo.

**CONDANNA** l'... Assicurazioni, in persona del legale rappresentante pro-tempore, a tenere indenne la convenuta S da quanto questa sia tenuta a pagare verso gli attori, in conseguenza dell'odierna decisione, incluse le voci di danno e le spese legali liquidate in sentenza.

**CONDANNA** le parti convenute (S e Ospedale di ..), in solido, al pagamento delle spese processuali in favore della parte attrice, liquidate in Euro 390,15 per spese ed Euro 5.760,00 per competenze, oltre IVA e CPA.

**COMPENSA** tra tutte le altre parti del giudizio, in modo integrale, le spese del processo.

**CONFERMA**, in via definitiva e esclusiva, la regolamentazione delle

spese della Consulenza Tecnica d'ufficio, come liquidate in corso di giudizio.

**MANDA** alla cancelleria per i provvedimenti di competenza e perché la sentenza sia comunicata.

**Varese, li 14 marzo 2012**

**IL GIUDICE  
DOTT. GIUSEPPE BUFFONE**