

N. R.G. 5468/2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO

PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Nicola Di Plotti
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **5468/2018** promossa da:

M. D. L. S. C. (C.F. *omissis*), con il patrocinio dell'avv. SAVOLDI MASSIMO e dell'avv. SAVOLDI MARIA ISABELLA (SVLMSB68B47F205Z) VIALE TUNISIA 25 MILANO, elettivamente domiciliata in VIALE TUNISIA, 25 20100 MILANO presso lo studio dei difensori

ATTRICE

contro

AZIENDA SOCIO SANITARIA TERRITORIALE FATEBENEFRAPELLI SACCO (C.F. 09319690963) in persona del legale rappresentante pro tempore, con il patrocinio dell'avv. SALSONE ANTONINO, elettivamente domiciliato in PIAZZA BERTARELLI, 1 20122 MILANO presso lo studio del difensore

CONVENUTA

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da atti telematicamente depositati.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione di data 26.1.2018 M. D. L. S. C. conviene in giudizio l'ASST Fatebenefratelli Sacco, allegando in sintesi che:

- il 25.3.2008 si sottopone a un intervento di mastectomia destra presso l'Ospedale Fatebenefratelli, con contestuale posizionamento di espansore cutaneo temporaneo;
- il 30.6.2008 viene eseguito l'intervento per il posizionamento della protesi definitiva, con rimozione dell'espansore temporaneo;
- in pari data viene eseguito anche un intervento di simmetrizzazione del seno sinistro (che era sano), in relazione al quale l'attrice non aveva formulato alcuna richiesta, né prestato alcun consenso; il risultato di tale intervento è peggiorativo dal punto di vista estetico e provoca l'insorgenza di un focolaio di necrosi tissutale, compromettendo la possibilità di reperire vari linfonodi, tra cui quello sentinella;
- nel marzo 2011 si rende così necessario un terzo intervento per asportare la zona interessata dalla liponecrosi e dalle anomali calcificazioni causate dal secondo intervento;
- la cartella clinica relativa al secondo intervento non viene consegnata all'attrice, a differenza delle altre due.

Conclude chiedendo il risarcimento dei danni patiti e il rimborso delle spese mediche sostenute.

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli Sacco si costituisce in giudizio, evidenziando che l'intervento del 30.6.2008 ha natura funzionale e di tutela della salute (chirurgia ricostruttiva), non di chirurgia estetica; l'intervento, ivi compresa la simmetrizzazione del seno sinistro, è stato correttamente e tempestivamente eseguito; la simmetrizzazione è stata preceduta da una corretta informazione; in ordine alla documentazione sanitaria relativa al secondo intervento l'ASST ha presentato formale denuncia di smarrimento; i danni sono erroneamente quantificati. Conclude chiedendo il rigetto delle domande attoree e, in via subordinata, l'accertamento e la liquidazione del danno nella minore misura risultante all'esito

del giudizio

Nel corso del giudizio è stata espletata una CTU, da ritenersi condivisibile ed esaustivamente motivata. Dall'elaborato peritale emerge quanto segue:

- nella primavera del 2008 l'attrice riscontra la presenza di due noduli alla mammella destra;
- il 24.3.2008 viene ricoverata nel reparto di chirurgia generale dell'Ospedale Fatebenefratelli con diagnosi di *“adenocarcinoma mammella destra (duplice focolaio). Linfonodo negativo per localizzazione metastatica”* (pag. 2 CTU);
- il 25.3.2008 viene sottoposta a intervento di mastectomia destra semplice con asportazione del linfonodo sentinella e posizionamento di espansore mammario; la scelta e l'esecuzione dell'intervento sono corrette (pag. 8 CTU);
- l'esame istologico evidenzia un *“duplice focolaio di carcinoma invasivo”*;
- il 1.4.2008 la paziente viene dimessa in buone condizioni;
- il 30.6.2008 viene eseguito l'intervento di rimozione dell'espansore con protesi definitiva a destra e contemporanea mastoplastica riduttiva di simmetrizzazione del seno sinistro (pag. 3 CTU);
- non risulta in proposito alcuna documentazione (pag. 4 CTU); l'attrice dichiara che le fu proposto l'intervento a sinistra, ma che espresse il suo dissenso e che non firmò alcun documento relativamente a un eventuale consenso (pag. 5 CTU);
- la fase ricostruttiva può essere immediata o differita; entrambe le soluzioni possono ritenersi corrette (pag. 8 CTU); la normale procedura prevede il posizionamento di una protesi e la simmetrizzazione del controlaterale; l'esito si realizza in termini di somiglianza e non di identità *“in quanto, a prescindere dal tipo di tecnica adottata, l'aspetto delle due mammelle non potrà mai essere tale e quale, non trattandosi di una chirurgia con finalità puramente estetiche – che lavora sull'individuo sano – ma di una fase di un percorso ricostruttivo, in cui si cerca di conseguire anche un risultato cosmetico accettabile”* (pag. 8 CTU);
- la scelta di procedere con l'impianto di un espansore e successivamente di protesi mammaria e concomitante simmetrizzazione controlaterale *“rappresenta, secondo le possibilità tecniche offerte oggi giorno ed all'epoca dei fatti, la migliore opzione ricostruttiva disponibile secondo le linee guida”* (pag. 9 CTU);
- non essendo disponibile la cartella clinica, non è possibile esprimere giudizi sulla sua conduzione tecnica (pag. 9 CTU);
- a seguito di tale intervento si manifestano *“segni di sofferenza cutanea con ampia liponecrosi localizzata ai quadranti inferiori della mammella sinistra”*, cioè di quella sottoposta a intervento di simmetrizzazione (pag. 4 e 9 CTU); ciò rende necessario un ulteriore intervento, successivamente richiamato (pag. 9 CTU); la sofferenza ischemica è una complicanza citata in letteratura in termini di frequenza variabile dal 3% al 7%; su tale complicanza (che può essere sia non altrimenti evitabile, sia la conseguenza di inidonea tecnica chirurgica) non sono possibili considerazioni data l'assenza di documentazione medica (pag. 9, 10 CTU);
- il bacino linfonodale profondo del prolungamento ascellare e dell'ascella sinistra dell'attrice è integro. *“Non vi sono elementi per prospettare che il bacino linfonodale ascellare sia disgiunto dalla ghiandola mammaria. Pertanto, nella malaugurata ipotesi dell'insorgenza in loco di un carcinoma ... il linfonodo sentinella sarà esplorabile”* (pag. 11 CTU);
- il 23.2.2011 viene eseguita una mammografia, che evidenzia la *“comparsa di plurime calcificazioni al quadrante infero interno di sinistra”* (pag. 4 CTU);
- il 3.4.2011 l'attrice viene ricoverata nel reparto di chirurgia della medesima struttura sanitaria con diagnosi di *“microcalcificazioni di dubbia citologia alla mammella sinistra in esiti di mastoplastica riduttiva e pregressa mastectomia destra”* (pag. 4 CTU);
- il 4.4.2011 viene eseguito un intervento di escissione della lesione mammaria;
- i trattamenti successivi all'intervento del 30.6.2008 sono aderenti alle linee guida.

La giurisprudenza di legittimità si è espressa più volte in tema di incompletezza della cartella clinica (caso assimilabile, pur se di minore rilevanza, rispetto a quello qui in considerazione della totale assenza della medesima con riferimento all'intervento del 30.6.2008), enunciando il principio secondo cui in tema di responsabilità medica *“la difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui anzi, in ossequio al principio di vicinanza della prova, è dato*

ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato (tra le altre, Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, Cass. 27 aprile 2010, n. 10060, Cass. 31 marzo 2016, n. 6209). In tale prospettiva si è, quindi, precisato che l'incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice di merito può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente, essendo, però, a tal fine necessario sia che l'esistenza del nesso di causa tra condotta del medico e danno del paziente non possa essere accertata proprio a causa della incompletezza della cartella, sia che il medico abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a causare il danno (Cass. 12 giugno 2015, n. 12218)" (Cass. 27561/17).

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6209/16, richiamata da quella precedentemente citata, ha anche rilevato che i principi in tema di presunzioni *"costituiscono espressione del criterio della vicinanza alla prova nel più ampio quadro della distribuzione degli oneri probatori"*; in tale ottica essi *"assumono speciale pregnanza in quanto sono destinati ad operare non soltanto ai fini della valutazione della condotta del sanitario (ossia dell'accertamento della colpa), ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la condotta medica e le conseguenze dannose subite dal paziente"*. Confermando i principi esposti, la Corte di legittimità si è nuovamente pronunciata sul punto con ordinanza n. 26428/2020, evidenziando che *"la lacunosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari non può pregiudicare sul piano probatorio il paziente, cui, per il principio di vicinanza della prova, è dato ricorrere a presunzioni se sia impossibile la prova diretta a causa del comportamento della parte contro la quale doveva dimostrarsi il fatto invocato: tali principi operano non solo ai fini dell'accertamento della colpa del medico, ma anche in relazione alla stessa individuazione del nesso eziologico fra la sua condotta e le conseguenze dannose subite dal paziente ... la conformazione della condotta del sanitario nel senso di astratta idoneità alla causazione dell'evento dannoso, è logicamente il primo elemento da vagliare, mentre soltanto se, al contrario, la condotta del sanitario fosse astrattamente ovvero assolutamente inidonea a causarlo, non occorrerebbe alcuna ulteriore ricostruzione fattuale"*.

Applicando i principi esposti alla fattispecie in esame, risulta che:

a) la condotta medica attuata è, alla luce dell'elaborato peritale, astrattamente idonea a determinare l'evento lesivo; i CTU affermano infatti che *"la sofferenza ischemica al punto di intersezione dei bracci delle cicatrici a "T" rovesciata del seno sinistro"* può essere una complicanza citata in letteratura con frequenza variabile dal 3% al 7%; le lesioni riscontrate possono *"parimenti rientrare nell'alveo delle complicanze non altrimenti evitabili così come in quello delle conseguenze di inidonea tecnica chirurgica"*;

b) la condotta medica non è oggetto di descrizione su base documentale, non essendo disponibile la cartella clinica; è pertanto impossibile accertare le cause delle lesioni riscontrate; su tali cause *"non sono possibili considerazioni visto che nulla è dato sapere sull'intervento chirurgico"*;

c) l'incertezza sulla ricostruzione del nesso eziologico risulta quindi cagionata proprio dalla lacuna probatoria derivante dall'assenza della cartella clinica della cartella, fatto che deriva *"dall'inadempimento della parte più prossima alla documentazione in parola, con la conseguenza che l'opposto valore presuntivo così assunto da quella carenza non può essere obliterato, pena l'erronea sussunzione della fattispecie concreta in quella legale (Cass., 30/04/2018, n. 10320, Cass., 29/08/2019, n. 21772) inerente alla disciplina delle presunzioni e del nesso causale, oltre che del relativo riparto degli oneri probatori, secondo cui è il danneggiato che deve provare l'eziologia, ma può farlo anche per presunzioni (Cass., 14/11/2019, n. 28991, Cass., 14/11/2019, n. 28992); per sovrapponibili ragioni (infatti espresse negli stessi arresti appena richiamati), le lacune in questione si riverberano anche sul vaglio della prova della correttezza della condotta medica, che dev'essere offerta dal danneggiante - dimostrando che l'esatta prestazione non sia stata attuata per una causa imprevedibile e inattuabile -"* (Cass. ord. 26428/2020).

La denuncia di data 8.10.2012 presentata alla Stazione CC Milano Moscovia da parte del responsabile del procedimento per conto della struttura sanitaria convenuta (peraltro del tutto generica nel suo contenuto) non è dirimente, posto che non può incidere sull'obbligo di custodia da parte della struttura medesima e sui conseguenti riflessi in tema di ripartizione dell'onere probatorio e di vicinanza della prova.

Ciò posto, lo smarrimento e l'indisponibilità in giudizio della cartella clinica non si traduce in una fonte autonoma di danno e di risarcimento in favore dell'attrice, ma si limita ad esplicitare i suoi effetti sul piano processuale nei termini già esposti.

Deve essere pertanto affermata la responsabilità del personale della struttura convenuta con riferimento alle lesioni nella misura del 6% riconosciute dalla consulenza tecnica d'ufficio, che includono ogni aspetto – estetico e funzionale – devoluto alla valutazione dei consulenti.

Non vi sono responsabilità (dunque nessun danno deve essere riconosciuto) con riferimento al profilo inerente il linfonodo sentinella. La CTU – facendo espresso riferimento all'intervento sul seno sinistro – attesta che il bacino linfonodale profondo del prolungamento ascellare e dell'ascella dell'attrice è integro. *“Non vi sono elementi per prospettare che il bacino linfonodale ascellare sia disgiunto dalla ghiandola mammaria. Pertanto, nella malaugurata ipotesi dell'insorgenza in loco di un carcinoma ... il linfonodo sentinella sarà esplorabile”* (pag. 11 CTU).

Ciò premesso, deve essere valutato il danno che ne è derivato all'attrice.

In ordine alla quantificazione del danno non patrimoniale si osserva quanto segue.

Già durante il periodo di vigenza della L. 189/2012, il Tribunale di Milano riteneva applicabile l'art. 3 comma 3 della legge stessa, che prescriveva che il danno biologico e non patrimoniale conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria fosse risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 D. L.vo 7.9.2005 n. 209. Ciò sulla base dell'orientamento della Corte di Cassazione (Cass. S.U. 2926/67, Cass. 2433/00 e 14073/02), secondo il quale *“il principio dell'irretroattività della legge comporta che la legge nuova non possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di esso; lo stesso principio comporta, invece, che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore”* (Cass. 16620/2013). L'applicazione della c.d. legge Balduzzi a fatti già verificatisi al momento della sua entrata in vigore non incideva negativamente sul fatto generatore del diritto alla prestazione, ma si limitava a fissare nuovi criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

A maggior ragione tale principio deve essere applicabile sotto la vigenza della L. 24/17, alla luce del disposto dell'art. 7 comma 4.

Ciò premesso, a titolo di danno biologico, permanente e temporaneo si applicano i criteri di cui all'art. 139 Cod. Ass. con gli importi come modificati dal DM 22.7.2019.

Si deve tenere conto dell'età (54 anni) della danneggiata al momento del fatto, cioè al 30.6.2008 e della percentuale di invalidità permanente riconosciuta nella misura del 6%.

I CTU hanno rilevato che attualmente l'attrice è in buona salute e che non vi è evidenza di ripresa della malattia oncologica. La predetta è portatrice degli esiti di una duplice chirurgia: quella demolitiva del seno destro e quella di simmetrizzazione relativamente al seno sinistro; è riscontrabile una *“significativa asimmetria dei coni mammari”* (pag. 11 CTU).

Rispondendo alle osservazioni dei CTP attorei, i CTU specificano che non vi è alcuna evidenza di fatti flogistici cronicizzati con aspetti dolorosi a carico della mammella sinistra; confermano pertanto la valutazione già esposta; la condizione cicatriziale è di entità piuttosto contenuta e *“non si accompagna ad alcun riverbero funzionale”* (pag. 14 CTU); si tratta di danno estetico.

Tenendo conto dei criteri di quantificazione già richiamati, la somma liquidabile a titolo di danno biologico permanente ammonta a € 6.478,33.

Con riferimento all'inabilità temporanea, la domanda di parte attrice è fondata in termini assoluti per giorni 3 (pari a € 142,47), nonché – tenuto conto del tempo impiegato dalla sofferenza ischemica a guarire e di quello normalmente necessario a portare a termine la convalescenza dopo un intervento come quello dell'arile 2011 - nella misura del 75% per giorni 30 (pari a € 1.068,52), del 50% per giorni 30 (pari a € 712,35), del 25% per giorni 30 (pari a € 356,17), per complessivi € 2.279,51 in moneta attuale.

Il danno biologico complessivamente liquidato ammonta dunque a € 8,757,84.

Non vi sono tempestive e specifiche allegazioni in tema di personalizzazione del danno.

Deve essere inoltre riconosciuto il danno derivante dal mancato tempestivo godimento dell'equivalente

pecuniario che, in difetto di diversi elementi probatori, si ritiene di compensare adottando quale parametro quello degli interessi legali da calcolarsi, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n.1712/95), sulla somma via via rivalutata dalla produzione dell'evento di danno (da individuarsi nella data in cui l'intervento è stato eseguito, cioè il 30.6.2008) sino a oggi, tempo della liquidazione. Così, tenuto conto di questo criterio - previa devalutazione alla data del fatto della somma espressa in moneta attuale - vanno aggiunti alla somma via via rivalutata annualmente gli interessi compensativi nella misura legale dall'evento fino alla data odierna. Da oggi, giorno della liquidazione, all'effettivo saldo decorrono gli interessi legali sulla somma sopra liquidata complessivamente.

L'attrice lamenta l'assenza non tanto di un consenso informato all'intervento chirurgico di simmetrizzazione del 30.6.2008 con riferimento al seno sinistro, quanto piuttosto di un consenso in termini assoluti; allega cioè che tale intervento è stato eseguito senza essere stata in alcun modo informata che ciò sarebbe accaduto.

Non si tratta pertanto di accertare la completezza delle informazioni rese alla paziente, ma di verificare se la stessa sia stata – ed eventualmente in che modo – resa edotta che l'intervento del 30.6.2008 avrebbe interessato anche il seno sinistro.

Non è stato dimostrato dalla struttura convenuta che ciò sia accaduto, né in forma scritta – diversamente da quanto accaduto in occasione del primo intervento da parte della medesima – né oralmente.

Si richiamano le osservazioni già svolte sull'indisponibilità della cartella clinica e sulla ripartizione dell'onere probatorio.

L'obbligo del medico di informare compiutamente il paziente sul trattamento sanitario proposto nasce dalla necessità di consentire la piena espressione del diritto di autodeterminazione di ogni persona nelle scelte terapeutiche che la riguardano. *“Esso rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”* (Cass. n. 2847/2010).

Il consenso informato costituisce, dunque, espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico e presuppone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze - sia pure infrequenti - , con il solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali - al limite del fortuito - che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo (in tal senso, ad esempio, Cass. 27751/13).

Deve inoltre tenersi conto di quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 28985/2019, in tema di omessa prestazione di consenso informato. Tra le ipotesi in essa considerate, alla luce delle considerazioni già esposte, si ritiene che si versi in quella contemplata alla lett. B) di pag. 19, cioè nel caso di *“omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi; in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente”*.

Richiamando inoltre le indicazioni fornite dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, deve tenersi conto della lieve entità del danno recato all'attrice, come risultante dall'elaborato peritale, limitato alla categoria delle lesioni micropermanenti, unitamente alla consistente entità della mancata informazione, che assume – per quanto processualmente dimostrato – carattere assoluto.

Si ritiene pertanto di liquidare il danno nella misura di € 4.000,00.

Non vi sono ulteriori voci di danno autonomamente riconoscibili.

Le decisioni in tema di spese processuali, di CTU e di CTP tengono conto:

- del riconoscimento delle ragioni dell'attrice, nei limiti in cui le sue domande vengono accolte;

- delle sole spese sostenute dalla predetta per i consulenti di parte, in particolare:

✓ quelle relative al Dott. Fidel Serra: ricevute n. 339 del 23.5.2019 per € 976,00 (doc. 16), n. 705 del 6.12.2012 per € 508,20 (doc. 18), n. 291 del 14.5.2013 per € 605,00 (doc. 19);

✓ quelle relative al Dott. Andalò: fattura n. 29 del 12.4.2019 per € 800,00 (doc. 17), ricevuta n. 76 del 15.11.20 per € 501,81 (doc. 20), ricevuta n. 23 del 3.5.2013 per € 605,00 (doc. 21).

per complessivi € 3.996,01.

La fattura emessa dall'Istituto Clinico Humanitas non riporta una causale riferibile con certezza ai fatti di cui si discute in questa sede.

P.Q.M.

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

1) Condanna l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli Sacco al pagamento in favore di M. D. L. S. C., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale della somma di € 8,757,84 e, a titolo di risarcimento del danno da mancata informazione, della somma di € 4.000,00, oltre agli interessi compensativi nella misura legale sulle somme via via rivalutate annualmente dal 30.6.2008 alla data della sentenza e agli interessi legali dalla presente sentenza al saldo.

2) Condanna l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli Sacco alla rifusione delle spese processuali in favore di M. D. L. S. C., liquidate in € 788,00 per spese, € 4.835,00 per compensi, oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 15%; IVA e CPA come per legge; nonché delle spese relative ai CTP Dott. Fidel Serra e Dott. Andrea Andalò, liquidate nella misura di € 3.996,01.

3) Pone le spese di CTU definitivamente a carico dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli Sacco.

Milano, 10 gennaio 2022

Il Giudice
dott. Nicola Di Plotti