

**CORTE D'APPELLO di Venezia - Sezione IV - sentenza n. 868 del 4 maggio 2017**

**ESTRAZIONE, EFFETTUATA DALL'AUSILIARIO, IDONEA A PROCURARE LESIONI AL NERVO LINGUALE**

*Il giudice di primo grado ha ritenuto di escludere la colpa del medico in quanto, ricondotta la dinamica della lesione all'attività materiale dell'assistente del medesimo, costui si sarebbe trovato nell'impossibilità di verificare l'entità della forza impiegata dall'ausiliaria nel trattenimento del lembo.*

*La Corte di Appello invece ha ritenuto che nella responsabilità per fatto dell'ausiliario assume fondamentale rilevanza la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si avvalga nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore, sicché la stessa risulta inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio.*

*La responsabilità che ne deriva riposa sul principio cuius commoda eius et incommoda, o, più precisamente, dell'appropriazione o avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione che comporta l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino, essendo al riguardo sufficiente la mera occasionalità necessaria. Ciò anche prescindendo dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato che, nel caso, non può che rafforzare l'assunzione della responsabilità da parte del datore di lavoro.*

*omissis*

**FATTO E DIRITTO**

Con l'atto introduttivo della controversia Be.El. conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Venezia, sezione distaccata di San Donà di Piave, il Dott. Pe.Da. al fine di sentirlo condannare al risarcimento di tutti i danni patiti a seguito di un intervento di avulsione dell'elemento dentario n. 48, affetto da carie, eseguito in data 10.09.2008, a fronte del quale la stessa riportava lesioni personali permanenti.

Narrava l'attrice, infatti, che terminato l'intervento permaneva nella parte destra della lingua la sensazione tipica dell'anestesia, problematica non risoltasi nel prosieguo e che, a seguito di accertamenti clinici, emergeva la lesione del nervo linguale di destra, lesione da attribuirsi alla cattiva esecuzione dell'intervento dell'odontoiatra.

Si costituiva il Dott. Pe. contestando gli assunti di parte avversa sia in punto an che in punto quantum, rivendicando la bontà dell'intervento eseguito.

In ogni caso, chiedeva di essere autorizzato alla chiamata in causa delle compagnie assicuratrici Vittoria Assicurazioni Spa e Milano Assicurazioni Spa onde esserne manlevato.

Si costituiva Vittoria Assicurazioni Spa quale delegataria, associandosi alle difese del Dott. Pe. e chiedendo, nell'ipotesi di riconoscimento della responsabilità dell'assicurato, che la stessa venisse dichiarata tenuta alla garanzia nei limiti della polizza in essere.

La causa veniva istruita documentalmente e tramite l'espletamento di CTU medico-legale.

Il giudice di primo grado ritenuto: che l'attrice non avesse allegato con la dovuta specificità l'inadempimento efficiente del danno lamentato; che la consulenza medica non concludesse espli-

citamente per la sussistenza di colpa medica ma solo per l'esistenza del nesso di causalità materiale fra intervento e danno; che l'inadempimento qualificato del medico (in realtà attribuibile all'assistente alla poltrona), qualora sussistente, non fosse addebitabile al medesimo ex art. 1218 c.c. a fronte dell'impossibilità per il sanitario di effettivo controllo dell'attività dell'ausiliaria; rigettava la domanda compensando le spese di lite e suddividendo tra le parti le spese di CTU.

Avverso detta decisione ha proposto appello Be.El. evidenziando, in primis, sulla scorta della CTU medica, la sussistenza dell'inadempimento qualificato nell'attività del sanitario per non aver il medesimo adottato tutte le procedure cautelative nell'intervento in questione, atte alla salvaguardia dell'integrità delle strutture nervose del nervo linguale.

Inoltre, provati da parte dell'attrice: la sussistenza del contratto tra medico e paziente; l'esecuzione dell'intervento da parte del sanitario con le modalità dalla stessa descritte; la sussistenza della lesione successivamente all'operazione; era onere del convenuto dare la prova che l'inadempimento fosse attribuibile a fatti allo stesso non imputabili tali da interrompere il nesso causale tra fatto e danno.

L'appellante, inoltre, censura la sentenza impugnata per aver escluso la responsabilità del medico ai sensi dell'art. 1218 c.c., in relazione all'art. 1228 c.c., posto che il debitore che si avvale per l'esecuzione della prestazione di ausiliari ne risponde salvo che possa dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore anche con riferimento all'ausiliario.

In fine: ritenute applicabili le tabelle elaborate dal Tribunale di Milano ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale; sulla scorta delle risultanze della CTU; reclamata la personalizzazione del danno a fronte della lesione permanente patita al senso del gusto; quantifica la pretesa in € 13.111,46.

Si sono costituiti nel presente grado il Dott. Pe. e Vittoria Assicurazioni Spa contestando entrambi, nel merito, i rilievi della controparte e la seconda l'applicabilità delle tabelle milanesi a favore di quelle elaborate del Tribunale di Venezia.

Il Dott. Pe. ribadisce la domanda di manleva nei confronti delle compagnie assicuratrici.

Ritiene questa Corte che l'appello sia fondato e debba essere accolto nei termini di cui al proseguio.

L'attrice ha dato prova dell'esistenza del contratto tra le parti (in realtà non contestato); ha dato prova del nocumento verificatosi successivamente all'intervento e tuttora perdurante; il convenuto non ha fornito alcun elemento atto a ricondurre la lesione in essere a cause diverse del proprio operato.

Il Dott. Ni., esperto in Odontomastologia di cui si è avvalso il CTU, operata la categorizzazione di tutte le modalità di lesione del nervo linguale in relazione all'intervento in questione, escluse quelle non in sintonia con i sintomi riportati dalla paziente, conclude riconducendo la lesione alla forza esercitata nella trazione o compressione del lembo linguale, attività esercitata dall'assistente dell'operatore (l'attività di estrazione del dente e sua frantumazione con mezzi meccanici non potrebbe essere compiuta dal solo sanitario), determinante un danno meccanico al nervo citato.

Viene, pertanto, riconosciuta la sussistenza di un nesso di causalità materiale tra le lesioni lamentate e l'intervento di estrazione.

Il CTU Dott. Ni. osserva, pertanto: "Nessun dubbio sussiste circa l'etiologia jatrogena della lesione ormai irreversibile. Del nervo linguale dx".

Ed ancora: "Sgomberato pertanto il campo da qualsivoglia equivoco in tema di malpractice medica fattispecie di solare evidenza procederemo alla valutazione del danno...".

I consulenti di parte non hanno avanzato osservazioni alle conclusioni del CTU di talché le valutazioni del medesimo anche in ordine all'entità delle lesioni debbono considerarsi condivise.

A fronte delle dette determinazioni, in verità di incontestabile evidenza, il giudice di primo grado ha ritenuto di escludere la colpa del sanitario in quanto, ricondotta la dinamica della lesione all'attività materiale dell'assistente del medesimo, costui si sarebbe trovato nell'impossibilità di verificare l'entità della forza impiegata dall'ausiliaria nel trattenimento del lembo. L'inadempimento qualificato atto a fondare la responsabilità, pertanto, anche qualora esistente, non sarebbe imputabile al convenuto ex art. 1218 c.c..

Si ritiene non condivisibile la valutazione del Tribunale in quanto derivante da assunti ingiustificati.

Il giudice di primo grado, invero, pur sottolineando l'applicabilità dell'art. 1228 c.c. in punto responsabilità dell'ausiliario del debitore, assume del tutto apoditticamente che la manualità del medesimo (nel caso di specie) "...si contrassegna sia per aspetti visibili, e dunque controllabili dal medico dominus dell'intervento, sia per aspetti non visibili, anche questi, come è nel presente caso, rilevanti, ma non controllabili". Ancora: "In mancanza di indicazioni diverse da parte del consulente, ritiene questo giudice che sia impossibile al medico verificare la quantità di forza impiegata dall'assistente nel trattenimento del lembo".

A parere di questa Corte il ragionamento andava semmai capovolto alla luce proprio della tipologia di intervento e della agevole o meno prevedibilità di una conseguenza dannosa nell'attività meccanica di trazione o compressione del lembo linguale da parte dell'ausiliario.

La consulenza medica esperita, invero, ha evidenziato che l'intervento eseguito (estrazione dell'ottavo inferiore) è l'atto chirurgico più comune in chirurgia odontomastologica e che il medesimo presenta idoneità a procurare lesioni al nervo linguale (così si esprime il dott. Ni.).

Qualificato l'intervento come di routine e agevolmente prevedibili eventuali conseguenze sul nervo linguale anche a fronte dell'attività di collaboratori, è sicuramente onere del sanitario, stimolando l'attenzione dei medesimi, attivarsi onde evitare possibili rischi.

Che, poi, l'eccessiva divaricazione dei margini del lembo sia operazione non visibile da parte del medico è convinzione non suffragata da elementi ed è circostanza che semmai avrebbe dovuto essere messa in risalto proprio dalla CTU. Anzi, detta divaricazione, proprio in quanto finalizzata allo scoprire la radice del molare da rimuovere, appare operazione visibile e controllabile e, comunque, azione nelle sue caratteristiche doverosamente conoscibile sia dal chirurgo, sia dall'eventuale assistente, in virtù dell'abitudine della sua esecuzione.

Era onere, comunque, del convenuto dar conto dell'impossibilità della corretta prestazione per causa al medesimo non imputabile, anche con riguardo all'assistente, valutazione non allegata nemmeno dal proprio consulente di parte.

In ogni caso, risulta principio più volte ribadito che il debitore il quale nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (Cass. 6.06.2014, n. 12833).

Nella responsabilità per fatto dell'ausiliario assume fondamentale rilevanza la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si avvalga nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore, sicché la stessa risulta inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio.

La responsabilità che ne deriva riposa sul principio cuius commoda et incommoda, o, più precisamente, dell'appropriazione o avvalimento dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione che comporta l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino, essendo al riguardo sufficiente la mera occasionalità necessaria (sempre Cass. 6.06.14, n. 12833).

Ciò anche prescindendo dall'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato che, nel caso, non può che rafforzare l'assunzione della responsabilità da parte del datore di lavoro.

Con riguardo alla quantificazione del danno, ritenendo di dover fare applicazione dei criteri di liquidazione vigenti al tempo e, in particolare, delle Tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, la cui utilizzabilità al fine di garantire l'uniformità di trattamento nel territorio è stata più volte confermata dalla Suprema Corte di legittimità, sulla base delle risultanze della CTU espletata, conseguono le seguenti somme: (età danneggiato al momento del sinistro anni 52) € 1.200,00- quale danno biologico temporaneo con valore base giornaliero di € 96,00 - atteso il grado di sofferenza valutato dal consulente (€ 360,00 = 5 gg. al 75%; € 480,00 = 10 gg. al 50%; € 360,00 = 15 gg al 25%); € 5.168,00 - quale danno biologico permanente sul quale si ritiene di non operare alcuna personalizzazione in relazione al modesto grado di invalidità e alla circostanza rilevata dall'ausiliario del CTU secondo cui l'alterazione della sensibilità gustativa nella parte lesa della lingua è rapidamente compensata dalla sensibilità gustativa controlaterale e del dorso della lingua. Sul danno complessivamente liquidato di € 6.368,00 spettano gli interessi al tasso legale dal giorno del sinistro sulla somma devalutata a tale data e annualmente rivalutata sino alla decisione. Sono state riconosciute come congrue le spese mediche nell'ammontare di € 602,96.

A fronte della chiamata in garanzia delle compagnie assicuratrici le stesse andranno condannate a tenere indenne il dott. Pe. di quanto il medesimo sarà tenuto a pagare all'appellante e nei limiti della percentuale di rischio assunto e dei contratti assicurativi.

Le spese di lite del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate, secondo il noto criterio del "decisum", considerate le questioni affrontate, la loro natura e difficoltà, applicando i parametri di cui al D.M. 55/2014.

### **P.Q.M.**

La Corte di Appello di Venezia, definitivamente pronunciando sulla causa d'appello in epigrafe indicata, disattesa ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, accoglie l'appello per quanto di ragione e, in riforma della sentenza impugnata.

1. Condanna Pe.Da. a risarcire il danno patito da Be.El. nella misura di € 6.368,00 a titolo di danno non patrimoniale, oltre interessi al tasso di legge sulla somma devalutata alla data del si-

nistro e annualmente rivalutata sino alla presente decisione e nella misura di € 602,96 a titolo di danno patrimoniale, oltre interessi di legge dagli esborsi alla presente decisione;

2. condanna Pe.Da. alla refusione delle spese di lite del doppio grado di giudizio a favore di Be. El. che liquida, quanto al primo grado, in € 3.000,00 per compenso professionale e in € 205,00 per esborsi, oltre alle spese forfettarie del 15%, iva e cna e quanto al secondo grado in € 2.000,00 per compenso professionale e in € 354,23 per esborsi, oltre alle spese forfettarie del 15%, iva e cna.

3. dichiara Vittoria Assicurazioni Spa e Unipolsai Assicurazioni Spa, nei limiti delle rispettive quote di assunzione del rischio, 70% per la prima e 30% per la seconda, tenute a manlevare Pe. Da. delle somme che lo stesso sarà tenuto a pagare in forza della presente sentenza, nel rispetto dei limiti di polizze;

4. Pone le spese della CTU definitivamente a carico di Pe. Da..

Così deciso in Venezia il 8.02.2017