TRIBUNALE DI CATANZARO

SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Giudice, dr.ssa Alessia Dattilo,

letti gli atti ed esaminati documenti della causa iscritta al n. **5155/2022** R.G.A.C. e pendente, con il rito sommario di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c., tra *Parte_1* *[...]* **(C.F.:** *C.F._1* **) nella sua qualità di tutore di** *Pt_2* *[...]* **,** rappresentata e difesa dall'avv.to [redacted] foro di Cosenza, **CONTRO** *Controparte_1* **(C.F.** *P.IVA_1* **),** in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti [redacted] e [redacted] nonché *Controparte_2* *[...]* **,** **(C.F.:** *P.IVA_2* **) , in persona del legale rappresentante p.t.,** rappresentata e difesa dall'avv.to [redacted]

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 20.02.2024:

OSSERVA E RILEVA

1.Con ricorso *ex* art. 702-*bis*, la ricorrente nella qualità in epigrafe indicata, ha agito in giudizio affinché venga accertata e dichiarata la responsabilità dei sanitari della *[...]* *Controparte_3* nei confronti di *Parte_2* , per come emersa dalla CTU espletata nel giudizio di ATP e la predetta casa di cura venga condannata al risarcimento del danno, detratta la somma già ricevuta dalla Casa protetta *Org_1* che non è stata citata in giudizio. Ha chiesto, altresì, la condanna della resistente alla rifusione delle spese di lite, comprese quelle di CTU relative al giudizio di atp, nonché il compenso del ctp.

Ha da ultimo chiesto che la condanna venga estesa anche nei confronti della garante assicurativa della *Parte_3* la *Controparte_2* .

A fondamento della domanda ha dedotto che *Parte_2* , in data 7.06.2019, mentre era ospite della casa protetta il *Org_1* , poiché paziente interdetto con grave

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

disabilità psichica, subiva un grave infortunio da caduta, causato da culpa in vigilando dei dipendenti della struttura.

In seguito a tale caduta veniva ricoverato presso il reparto di ortopedia del [redacted] di [redacted] con la diagnosi di frattura basicervicale femore sinistro, ove si sottoponeva al primo intervento chirurgico di riduzione della frattura.

All'esito gli veniva consigliata terapia riabilitativa intensa, quindi dimesso dalla casa di cura il *Org_1*, veniva prima ricoverato presso *Organizzazione_2* e poi presso la causa di *Controparte_1* per essere sottoposto al secondo intervento chirurgico di artroposi dell'anca.

In occasione di questo secondo intervento chirurgico, in data 27.01.2020, subiva un errato posizionamento del materiale protesico, per cui dopo qualche giorno, ovvero in data 7.02.2020, veniva effettuato il terzo intervento chirurgico di revisione della protesi.

Senonché si scopriva la rottura della parete posteriore superiore del cotile di cui veniva asportato, nel corso dell'intervento, un grosso frammento.

Il paziente veniva dimesso in data 25.02.2020, ma i problemi persistevano perché egli subiva un'infezione nosocomiale a carico della protesi che lo costringeva a nuovo ricovero in data 23.02.2021 presso l'azienda ospedaliera *Organizzazione_3*.

In data 29.03.2021 subiva il quarto intervento chirurgico di revisione e sostituzione dell'anca infetta con impianto di spaziatore antibiotato a 4 cerchiaggi metallici.

Dopo tutti gli interventi subiti dal paziente sullo stesso è residuata ipomiotrofia della coscia e della gamba rispetto la controlaterale, nonché la presenza di esiti cicatriziali chirurgici sulla faccia laterale della coscia, oltre alle ulteriori conseguenze che hanno reso il *Pt_2* impossibilitato ad assumere la posizione eretta e a deambulare.

I CTU nominati nel giudizio di atp hanno acclarato la sussistenza di danno da medical malpractice, con danno biologico nella misura del 48%, imputabile per il 29% alla *[...] Controparte_1* e per il 19% alla struttura sanitaria *Organizzazione_4*

Senonché all'esito del giudizio di ATP il *Org_4* procedeva a ristorare il danneggiato dai danni subiti nei limiti della quota di responsabilità accertata dai CTU a

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

suo carico, pari al 19%, mentre l'attuale resistente non procedeva al risarcimento, rendendosi necessaria la proposizione del presente ricorso.

Si è costituita in giudizio la *Parte_3* eccependo innanzitutto l'erroneità della CTU espletata nel giudizio di ATP e chiedendone il rinnovo.

In particolare ha affermato la correttezza dell'operato dei propri sanitari alla luce delle considerazioni svolte dal proprio ctp.

Sul punto ha dedotto di avere allegato argomentate e pertinenti deduzioni tecniche idonee ad inficiare il testo finale dell'elaborato peritale reso in sede di ATP, supportandole con richiami documentali nonché con studi e letteratura scientifica in materia.

Ha evidenziato una responsabilità dell'azienda ospedaliera *Org_3* quanto all'incidenza causale, sull'attuale livello di invalidità del signor *Pt_2* della lussazione dello spaziatore antibiotato poiché tale lussazione è stata accertata (1.4.2021) a distanza di poche ore dall'intervento su un paziente a riposo.

Per cui o lo spaziatore era stato inserito in maniera non congrua o la lussazione è dipesa dall'inadeguato contenimento del paziente allettato nell'immediato postchirurgico.

Pertanto ha chiesto l'autorizzazione alla chiamata in causa dell'azienda ospedaliera *Org_3* .

In merito al nesso causale ha evidenziato che ai fini del riconoscimento di una sua responsabilità non è stata raggiunta la soglia del più probabile che non.

Quanto all'entità dei postumi ha contestato la mancata indicazione da parte dei CTU del Bareme utilizzato ed anche il criterio per l'attribuzione della propria percentuale di responsabilità.

Ha dedotto che non può essere riconosciuto al danneggiato alcun danno morale, non avendo lo stesso costituito oggetto di allegazione e prova.

Né può essergli riconosciuta alcuna personalizzazione, non essendo state allegate circostanze che la consentano.

Ha chiesto in ogni caso l'autorizzazione alla chiamata in causa, oltre che dell'azienda ospedaliera *Org_3* , anche della propria compagnia assicurativa al fine di

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

essere manlevata da ogni somma dovesse essere tenuta a corrispondere all'esito del giudizio.

Pertanto ha chiesto in via preliminare il rigetto del ricorso perché infondato.

In via subordinata ha chiesto che venga accertata l'effettiva quota di responsabilità su di essa gravante alla luce dei profili di responsabilità esistenti sull'azienda ospedaliera " *Org_3* ".

In ogni caso ha chiesto la riduzione del risarcimento del danno con applicazione dell'equità correttiva ai sensi dell'art. 1226 c.c. e per il caso di accoglimento della domanda, ha chiesto che la *CP_4* gruppo assicurativo *Controparte_2* la tenga indenne da ogni somma che debba corrispondere alla ricorrente. Il tutto con vittoria di spese e competenze del giudizio.

Questo giudicante con decreto del 14.06.2023 ha rigettato la richiesta di chiamata in causa dell' *Controparte_5* ed ha differito la prima udienza al fine di consentire alla compagnia assicurativa, già citata in via diretta dalla ricorrente, di difendersi sulla domanda di manleva azionata nei suoi confronti dalla resistente.

Si è costituita in giudizio la *Controparte_2* , eccependo in via preliminare l'inammissibilità della domanda azionata in via diretta dalla ricorrente nei suoi confronti, non avendo la ricorrente azione diretta da poter esperire ed ha chiesto la conversione del rito da sommario ad ordinario.

In merito all'operatività della garanzia ha chiesto che operino le franchigie ed il massimale previsto dal contratto.

Sul punto ha chiesto che il giudice accerti e dichiari applicabili la franchigia minima fissa per sinistro di € 75.000,00 e la franchigia aggregata annuale di euro 145.000,00, dichiarandola tenuta al risarcimento solo per l'eventuale parte di danno eccedente tali importi.

Inoltre, il contratto di assicurazione stabilisce un massimale di € 5.000.000,00, per ogni sinistro e periodo assicurativo annuo e quindi la manleva andrà contenuta nei limiti del massimale.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

Ha ulteriormente chiarito che dalla garanzia sono escluse le spese di lite sostenute dall'assicurata per il proprio legale fiduciario, *ex* art. 6 C.G.A.

Nel merito ha evidenziato che l'operato dei sanitari della propria assicurata è stato conforme alla scienza medica.

In ogni caso ha eccepito l'interruzione dell'eventuale nesso eziologico tra la condotta dei sanitari di *CP_1* ed i postumi lamentati dalla parte ricorrente, ad opera delle condotte dei successivi sanitari che ebbero in cura il paziente**.**

Ha chiesto comunque che si proceda ad un accertamento della quota di responsabilità in ragione delle strutture mediche coinvolte e che vengano esclusi dal risarcimento sia il danno morale che la personalizzazione del danno biologico.

Pertanto in via preliminare ha chiesto che venga dichiarata l'inammissibilità dell'azione diretta esperita dalla ricorrente nei suoi confronti.

Nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso perché infondato e per il caso di accoglimento che venga accertata la quota di responsabilità della propria assicurata e che si tenga conto di quanto già versato alla ricorrente dalla casa di cura il *Org_1* .

Per il caso di manleva ha chiesto che la struttura venga garantita al netto delle franchigie e nei limiti del massimale, in ogni caso con esclusione delle spese di lite. Il tutto con vittoria di spese e compensi del giudizio.

Acquisito il fascicolo relativo al procedimento per ATP questo giudicante all'udienza del 21.11.2023 ha riservato la decisione.

Senonché, a scioglimento della riserva assunta alla predetta udienza, questo giudicante ha chiesto ai CTU del giudizio di atp di chiarire quale *CP_6* sia stato utilizzato per la determinazione del danno biologico (in tal senso Cass. Civ. sentenza n.11724/2021).

Dopo i chiarimenti resi dai CTU questo giudicante ha rinviato per la decisione all'udienza del 20.02.2024.

2. Preliminarmente deve essere confermata la decisione di rigetto della richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa dell'azienda ospedaliera *Org_3* , formulata dalla resistente *CP_1* nel presente giudizio.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

Ed invero nel procedimento per ATP n. 3105/2021 acquisito al presente giudizio, era già stato dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'azienda ospedaliera *Org_3 [...]*, in accoglimento dell'eccezione espressamente formulata dall'azienda.

In particolare questo giudicante con provvedimento del 18.11.2021 ha evidenziato come né col ricorso introduttivo, né con la ctp di parte ricorrente venissero attribuiti profili di responsabilità ai sanitari della predetta azienda ospedaliera tali da giustificarne la chiamata in causa.

Si aggiunga che questo provvedimento non è stato contestato dalla resistente, al fine di chiedere la partecipazione alle operazioni peritali anche dell'azienda ospedaliera *Org_3* .

Senonché solo con l'instaurazione del presente ricorso la resistente *Parte_4* ha chiesto che fosse riconosciuta un'eventuale percentuale di responsabilità a carico della predetta azienda.

Trattasi di istanza che non può trovare accoglimento non avendo l'accertamento della responsabilità dell'azienda estromessa, costituito oggetto del presente giudizio.

Sul punto giova evidenziare che il procedimento introdotto con ATP a cui fa seguito il procedimento per 702 bis c.p.c., deve essere considerato come un procedimento a struttura bifasica in cui i due ricorsi devono essere necessariamente considerati come collegati.

Ne consegue che la domanda proposta nel ricorso per ATP potrà essere modificata con il ricorso per 702 bis c.p.c. ma non potranno essere proposte domande nuove (in tal senso Cass. Civ. SS.UU. sentenza n. 12310/2015), sia perché rispetto alla domanda nuova non risulta esperita la condizione di procedibilità dell'accertamento tecnico preventivo, né la mediazione, sia per non vanificare le esigenze di celere definizione sottese al rito sommario di cognizione.

Ed invero ove si autorizzasse la chiamata in causa di un soggetto che non è stato parte del procedimento per atp la CTU di quel giudizio, non potrebbe essergli opposta con conseguente necessità di rinnovo a danno della ricorrente.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

2.1. Deve essere accolta l'eccezione preliminare sollevata dalla compagnia assicurativa di inammissibilità della chiamata diretta e delle domande formulate da parte ricorrente nei suoi confronti.

In merito è opportuno evidenziare che le disposizioni ex artt. 8 e 10 Legge Gelli-Bianco, che contemplano la chiamata diretta della compagnia di assicurazione, non sono ancora entrate in vigore, per la mancata emanazione dei decreti attuativi previsti dall'art. 10 Legge n. 24 dell'08 marzo 2017, che ha introdotto l'obbligo di copertura assicurativa per le strutture sanitarie.

Ne deriva che la parte ricorrente non ha legittimazione all'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del presunto responsabile del danno, non essendo parte del rapporto contrattuale di garanzia tra la struttura sanitaria e la compagnia di assicurazione.

In ogni caso la compagnia assicurativa resta parte del presente giudizio, poiché nei suoi confronti è stata espressamente formulata domanda di manleva da parte della *CP_1* *[...]* resistente.

3.Tanto premesso la domanda deve trovare accoglimento per le ragioni di seguito evidenziate.

In diritto la responsabilità della struttura sanitaria per la condotta negligente dei medici in essa operanti è riconducibile nel novero della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c.

Ed invero *L'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente. Tale responsabilità discende dall'art. 1228 cod. civ., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi (*in tal senso Cass. Civ. sez. III sentenza n. 8826/2007; Cass. Civ. sez. III sentenza n. 21090/2015).

Del resto la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria è stata chiaramente affermata anche dall'art. 7 comma 1 della legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli *Per_1*) , che trova applicazione al caso di specie, trattandosi di vicenda successiva alla sua entrata in vigore.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

Ne consegue che in base ai principi generali che regolano la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, incombe sul paziente che agisce per il risarcimento del danno l'onere di provare il nesso di causalità tra l'aggravamento della patologia (o l'insorgenza di una nuova malattia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre, ove il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta alla struttura dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inadempimento o inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (Cass. Civ. sezione terza ordinanza n. 26700/2018).

L'applicazione dei su esposti principi al caso di specie porta questo giudicante ad affermare che l'istruttoria espletata ha consentito di provare il dedotto inadempimento dei medici ed i danni che ne sono derivati.

In particolare nella parte della CTU relativa alle considerazione medico-legale i periti individuano una prima responsabilità per la caduta di *Parte_2* imputabile al personale della *Controparte_7* ove si trovava al momento del fatto.

Si legge testualmente a pag. 14 dell'elaborato peritale che *Parte_2* *era un paziente affetto da insufficienza mentale ed epilessia riconosciuto invalido civile al 100% con indennità di accompagnamento. All'epoca del fatto oggetto di valutazione era ricoverato nella* *Organizzazione_5* *, struttura che garantisce ai degenti assistenza medica ed infermieristica nelle 24 ore. L'evento avverso risale al 6 giugno 2019 quando* *Parte_2* *, durante la notte, si alzò dal letto per recarsi in bagno e cadde riportando la frattura per trocanterica del femore sinistro e la frattura del coccige. Non è dato sapere se si sia trattato di caduta accidentale o correlata alla patologia epilessia da cui era affetto. Nessuno si accorse di quanto era accaduto nonostante che sia la frattura del femore che la frattura del coccige inducano dolore e limitazione funzionale. Solo al mattino seguente al rientro dalla doccia, e pertanto dopo avere ulteriormente caricato il peso sull'arto traumatizzato, il Personale Sanitario si accorse che il paziente lamentava dolore al gluteo sinistro con tumefazione loco regionale. Nell'ottica valutativa dei profili di responsabilità si ritiene che il Personale Sanitario della Struttura, nella qualità di sorvegliante di soggetto minore, disabile,*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

insufficiente mentale ed epilettico, dovesse esercitare azioni di protezione e vigilanza idonee ad evitare condotte auto lesive poiché all'atto del ricovero il dovere di sorveglianza viene ad essere trasferito dai familiari all'istituzione dedita alla cura del paziente.

La CTU continua descrivendo il ricovero del paziente presso il [redacted] di [redacted] ove, dopo la diagnosi di frattura basicervicale del femore sinistro e di frattura del I elemento coccigeo, venne sottoposto ad intervento di osteosintesi della frattura del femore con posizionamento del chiodo endomidollare.

Senonché i consulenti non ravvisano alcun profilo di responsabilità nella condotta dei medici del [redacted] di [redacted] né nella condotta dei sanitari della *Organizzazione_2* ove fu trasferito per la riabilitazione (pag. 15 dell'elaborato peritale).

I controlli radiografici successivi eseguiti sul *Pt_2* evidenziavano una frattura ancora non consolidata e quindi il 27 gennaio 2020 il paziente venne ricoverato presso l'Unità Operativa di Ortopedia della *Controparte_1* di *Org_3*. La diagnosi fu di artrosi localizzata primaria dell'anca (pag.16 dell'elaborato peritale).

A questo punto i CTU mettono in evidenza i profili di responsabilità dei sanitari della *Controparte_1*; si legge testualmente a pag. 17 dell'elaborato peritale che *nel decorso post operatorio non vi è menzione di crisi epilettiche o di eventi traumatici che possano giustificare l'evoluzione peggiorativa né tanto meno il riferimento ad azioni incongrue poste in atto dal paziente. Era per altro nota la condizione mentale dello stesso e la necessità di porre in atto azioni di vigilanza . Il 5 febbraio (a 9 giorni dall'intervento) venne rilevata la lussazione della protesi….La lussazione nell'immediato post operatorio necessita generalmente di una riduzione in narcosi e non compromette il futuro della protesi. Nel caso oggetto di valutazione, presso la [...] Controparte_1 , non venne eseguita una riduzione della protesi lussata ma un re intervento. Venne repertato il cotile lussato superiormente al di fuori dell'acetabolo mentre la componente femorale era stabile. Venne apprezzata la rottura della parete postero superiore del cotile e se ne asportava un grosso frammento distaccato. La*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

lussazione della protesi da frattura del cotile non è correlata in atti ad eventi connotati da movimenti incongrui del paziente. La rottura della parete posteriore del cotile rende - più probabile che non- l'errore di esecuzione tecnica dell'intervento. In paziente allettato , che non aveva ancora caricato il peso sull'arto protesizzato, che non aveva manifestato crisi epilettiche post operatorie, la lussazione della protesi da rottura di cotile introduce elementi di responsabilità professionale nella esecuzione dell'intervento di protesizzazione (pag. 18 dell'elaborato peritale).

La CTU prosegue dando atto delle dimissioni del paziente (pag. 18-19 dell'elaborato peritale) testualmente *Dalla lettura del diario clinico emerge che la ferita chirurgica non guariva per prima intenzione ma dava esito ad una secrezione sierosa in paziente con brividi, febbre a 38,8°C. Il quadro infettivo venne attribuito all'apparato urinario ma si ritiene censurabile non avere eseguito un tampone con antibiogramma della secrezione proveniente dalla ferita chirurgica che avrebbe consentito la esecuzione di una antibiotico terapia mirata. Venne comunque praticata terapia antibiotica empirica. Il 25 febbraio 2020 il paziente veniva dimesso per insufficienza respiratoria grave con ipossiemia, stato febbrile, rantolante, recente sepsi delle vie urinarie, in operato recentemente di artroprotesi di anca e lussazione. In realtà veniva trasferito presso l'* *Org_6* *di* *Org_3* *. Non si hanno notizie della degenza presso l* *Org_6* *[...]* *di* *Org_3* *. La storia clinica del paziente prosegue quindici giorni dopo la dimissione dalla* *Controparte_1* *presso la* *Organizzazione_2* *dove venne redatto un piano di assistenza individualizzato. Il paziente seguiva un programma di FKT a letto. Era programmato, ma compatibilmente con la condizione ortopedica, un trasferimento in carrozzina. Altri elementi di valutazione documentano che a distanza di un anno dall'intervento nel febbraio 2021 il paziente accedeva all'OBI dell* *Org_7* *[...]* .

In occasione di questo secondo ricovero presso l *Controparte_5* viene rilevata l'infezione da precedente intervento chirurgico eseguito presso la *CP_1* *[...]* *Controparte_1* testualmente *Nel caso in cui sia stato utilizzato ed impiantato materiale protesico il periodo di insorgenza va considerato sino a 12 mesi*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

dall'intervento (da Responsabilità medica nelle infezioni ospedaliere – Donelli). L'intervento di revisione ha documentato la presenza di una iperemia dell'area cicatriziale , con tramite fistoloso profondo per piani. Viene descritto nell'atto operatorio che eseguita la capsulotomia fuoriusciva abbondante liquido purulento.

Al fine di porre rimedio a tale infezione il 29 marzo il paziente venne sottoposto ad intervento chirurgico di revisione e di sostituzione della protesi di anca infetta, con impianto di spaziatore antibiotato con 4 cerchiaggi metallici.

Continua la CTU evidenziando che *quando il 16 aprile 21 il paziente venne dimesso il femore di sinistra, presentava lo spaziatore lussato e dislocato cranialmente rispetto alla cavità acetabolare*.

I CTU hanno chiarito che la lussazione dello spaziatore è una delle possibili complicanze che possono derivare dal suo impianto, quale evento prevedibile ma non prevenibile.

Hanno poi aggiunto che *L'ultima valutazione risaliva al 31 maggio 20 quando al controllo radiografico persisteva la lussazione dello spaziatore stesso, l'infezione era in via di risoluzione e il paziente assumeva la posizione seduta* (pag. 20 e 21 dell'elaborato peritale).

I CTU concludono evidenziando che *in corso di operazioni di consulenza tecnica è emerso che il* Pt_2 *prima deambulante in modo autonomo, allo stato attuale si ritrova ad alternare la posizione assisa con quella di allettamento. Data anche la patologia di base che gli impedisce di aderire a programmi finalizzati al recupero di autonomia è impossibilitato ad assumere la stazione eretta ed a deambulare con l'aiuto di idonei appoggi , restando i movimenti possibili solo con l'aiuto di terze persone e solo con carrozzina. L'infezione risulta eradicata. L'attuale condizione patologica è riconducibile tanto alla frattura /lussazione del cotile e che all'infezione della protesi nel corso dell'attività svolta presso la* Controparte_1 *di* Org_3 *. La lussazione dello spaziatore antibiotato posizionato presso l'* Controparte_8 [...] *deve essere inquadrato come complicanza intervenuta in un contesto di rilevante alterazione dello stato locale. L'attuale danno biologico è percentualmente*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

pari al 44 % per attuale impossibilità di protesizzazione- articolarità altamente limitata – enterometria di 15 cm –anomala rotazione dell'arto – grave sofferenza scheletrica.

Senonché il ctp della *Controparte_1* contesta che vi sia stata un'infezione del sito chirurgico.

A fronte di tale rilievo appare convincete la risposta fornita dai CTU in sede di ATP in cui testualmente si legge che *l' Controparte_5 nel rilasciare la cartella clinica relativa all'intervento di rimozione della protesi e posizionamento dello spaziatore antibiotato non ha allegato alla stessa i risultati degli esami colturali eseguiti tanto sul liquido corpuscolato prelevato dopo capsulotomia che su prelievi da elementi osteo protesici.* Ciò induce i CTU ad esprimersi sulla presenza dell' infezione secondo un criterio di probabilità e non già di certezza. Quali sono gli elementi che orientano verso la infezione protesica: prima della dimissione dalla *Controparte_1* l**a** ferita chirurgica non guariva per prima intenzione ma dava esito ad una abbondante secrezione siero ematica in paziente con brividi, febbre a 38,8°C. - non risulta eseguito un tampone della secrezione e pertanto è stata eseguita antibiotico terapia empirica e non mirata – in presenza di protesi l'infezione può dare evidenza di se anche 12 mesi dopo l'atto operatorio pertanto il tempo intercorso non esclude l'evento (pag. 22 dell'elaborato peritale).

All'esito della descrizione di tutti gli interventi eseguiti sul paziente per ciò che attiene ai profili di responsabilità oggetto del presente giudizio i CTU elaborano le seguenti conclusioni: *Le prestazioni rese dal Personale della Controparte_1 nei confronti del Pt_2 non sono conformi a quanto prescritto dalla scienza medica.*

Emerge, secondo un criterio di probabilità, esclusi in atti eventi avversi riconducibili al paziente, l'errore tecnico del Personale della Unità Operativa di Ortopedia della [...] Controparte_1 che eseguì l'intervento chirurgico di artroprotesi di anca idoneo a determinare la lussazione della protesi per rottura della parete postero superiore del cotile Tale errore rese necessario il re intervento chirurgico.

Nel secondo intervento emerge l'errore per posizionamento di una vite che debordava nello scavo pelvico.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

Nella fase intra / post operatoria presso la Controparte_1 *di* Org_3 *si è realizzata l'infezione del sito chirurgico che nel tempo è stato complicato da un flemmone della coscia sinistra.In presenza di secrezione di ferita non risulta eseguito un esame colturale con antibiogramma.*

Si rendeva necessario il ricovero presso la Unità Operativa di Ortopedia dell [...] Controparte_9 *-- la rimozione dell'impianto protesico infetto – il posizionamento di uno spaziatore in cemento antibiotato con 4 cerchiaggi metallici. L'intervento era gravato dalla lussazione dello spaziatore evento prevedibile ma non prevenibile.*

Trattasi di conclusioni che appaiano prive di vizi logici e che vengono pienamente recepite da questo giudicante a fini decisori.

Infatti del tutto prive di pregio appaiano le contestazioni della convenuta casa di cura innanzitutto per ciò che attiene alla non riconducibilità dell'infezione all'intervento in essa eseguito.

Ed invero per come correttamente evidenziato dai CTU l'infezione è riconducibile all'intervento di protesi eseguito presso la Controparte_1 con probabilità che questo giudicante considera alta, ove si consideri che il paziente subito dopo l'intervento versava in stato febbrile e nonostante ciò veniva dimesso.

Si aggiunga che i CTU hanno chiarito come il tempo decorso tra l'intervento ed il ricovero presso l'azienda ospedaliera Org_3 non esclude la correlazione con l'intervento, perché l'infezione può dare segni di se anche a distanza di 12 mesi dall'intervento.

Quanto ai profili di responsabilità dell Controparte_5 che pure la convenuta cerca di individuare ai fini di ridurre la propria quota di responsabilità, tali profili sono stati espressamente esclusi dai CTU.

Del resto non è il personale dell' Controparte_5 ad aver effettuato l'intervento che ha cagionato l'infezione e sicuramente il personale della casa di cura avrebbe dovuto usare la dovuta diligenza e perizia nel seguire il percorso post-operatorio del paziente, prima di procedere alle sue dimissioni.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

3. Per ciò che attiene alle conseguenze che sono derivate dall'errore medico i CTU hanno rilevato che il danno biologico temporaneo riconducibile alla condotta posta in essere presso la *Controparte_1* abbia determinato un danno biologico temporaneo assoluto per giorni 30, un danno biologico temporaneo parziale al 75% per giorni 30 ed un d anno biologico temporaneo parziale al 50% per giorni 90.

Per ciò che attiene al danno biologico permanente attuale ovvero disarticolazione dell'anca e frattura del coccige, per lo stesso è stata operata una valutazione del 48% , di questo la percentuale fino al 19% è stata attribuita alla *Organizzazione_5* e quella del 29 % alla *Controparte_1* .

Dopo i chiarimenti sollecitati da questo giudicante i CTU hanno chiarito testualmente (a pag. 4 dei chiarimenti) che il *CP_6* utilizzato è Linee Guida per la valutazione medico legale del danno alla persona in ambito civilistico- Testo della società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni- *Controparte_10* 2016. I riferimenti utilizzati dai CTU sono quelli riportati alla voce *Parte_5* e *Pt_6* pag. 359-360-361.

In merito alla determinazione del quantum debeatur l' art. 7, comma 4, della Legge "Gelli Bianco", stabilisce, che chi ha subìto un danno a causa dell'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria, è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con quanto previsto al comma 1 del predetto art. 138.

Tuttavia trattandosi di lesioni macropermanenti e non essendo stata ancora adottata la tabella unica nazionale prevista dall'art. 138 del codice delle assicurazioni private il quantum del risarcimento dovrà essere determinato applicando le tabelle di Milano (in tal senso Cass. Civ. sentenza n. 12 408/2011).

Pertanto in applicazione delle tabelle di Milano e considerato che all'epoca dell'intervento (27.01.2020) il *Pt_2* aveva compiuto 39 anni gli dovranno essere corrisposti i seguenti importi: per giorni 30 di invalidità temporanea totale € 2.970,00, per giorni 30 di invalidità temporanea parziale al 75% € 2.227,50, per giorni 90 di

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

invalidità temporanea parziale al 50% € 4.455,50 ed a titolo di danno biologico permanente nella misura del 29% € 98.785,00 per un totale di € 108.437,5.

Nessuna ulteriore somma può essere riconosciuta né a titolo di danno morale né di personalizzazione, poiché tali voci devono essere debitamente allegate prima ancora che provate ed una tale specifica allegazione manca nel caso di specie (ex plurimis Cass. Civ. ordinanza n. 19922 del 12.07.2023 in cui i giudici di legittimità hanno affermato che *In tema di risarcimento del danno alla persona, ai fini della liquidazione del danno morale, ontologicamente diverso dal danno biologico, ben possono essere utilizzate le Tabelle milanesi, nelle versioni successive al 2008, laddove comprendono nell'indicazione dell'importo complessivo del danno anche una quota diretta a risarcire il danno morale, secondo il criterio logico-presuntivo di proporzionalità diretta tra gravità della lesione e insorgere di una sofferenza soggettiva, a condizione che nel caso concreto tale liquidazione sia giustificata da un corretto assolvimento dell'onere di allegazione e prova e senza riconoscere ulteriori importi, altrimenti incorrendosi in una duplicazione risarcitoria.*

Sulla somma così determinata, devalutata al dì dell'intervento e rivalutata anno per anno fino alla presente pronuncia devono essere riconosciuti gli interessi compensativi, oltre agli interessi legali dalla presente pronuncia al soddisfo.

Non possono essere rimborsate le spese relative al giudizio di atp poiché sono state poste a carico dell'erario, essendo parte ricorrente ammessa al gratuito patrocinio.

Non possono essere nemmeno rimborsate le spese sostenute per il consulente tecnico di parte avendo la ricorrente allegato il contratto ma non l'intervenuto pagamento del consulente (vedi allegato 2 del ricorso introduttivo).

Sul punto la giurisprudenza di legittimità con ordinanza n. 21402 del 6.07.2022 ha chiarito che in *tema di spese sostenute per la consulenza tecnica di parte, non è possibile disporre la condanna del soccombente al pagamento delle stesse in mancanza di prova dell'esborso sopportato dalla parte vittoriosa, dovendosi escludere che l'assunzione dell'obbligazione sia sufficiente a dimostrare il pagamento*.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

4. A questo punto essere esaminata la domanda di manleva formulata dalla *Parte_3* nei confronti della compagnia assicurativa *Controparte_2* .

Sul punto giova evidenziare che la compagnia assicurativa non contesta l'esistenza della polizza ma chiede l'operatività della franchigia contrattualmente prevista.

Dalla disamina della polizza agli atti emerge chiaramente che il punto 12 del contratto prevede una franchigia per ciascuna richiesta di risarcimento di € 75.000,00 a cui deve aggiungersi una franchigia annuale aggregata di € 145.000,00.

Con particolare riferimento alla franchigia aggregata annua a pag. 9 del contratto si chiarisce che per tale si intende testualmente "*la parte del danno indennizzabile al netto della franchigia per sinistro, che rimane a carico dell'assicurato ovvero l'ammontare fino a concorrenza del quale l'assicurato assume a suo carico il pagamento di tutte le somme, al netto della franchigia per sinistro, liquidate a termini di questo contratto per il risarcimento dei danni indennizzabili relativi ai sinistri rientranti in un determinato periodo assicurativo annuo. Soltanto dopo che il totale dei risarcimenti pagati al netto della franchigia per sinistro avrà esaurito la franchigia annua, la società risponderà delle ulteriori somme liquidate".*

Ora come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza di legittimità nella parte motiva dell' ordinanza n. 30524/2019 il superamento della franchigia è un fatto costitutivo della domanda di manleva, perché la circostanza attiene agli elementi che consentono alla parte assicurata di giovarsi della manleva pattuita, esclusa contrattualmente al di sotto di un cero importo.

In senso conforme alla giurisprudenza di legittimità si è pronuncia anche la locale Corte d'Appello di Catanzaro con la sentenza n. 1470/2021.

Ciò posto la resistente non ha assolto all'onere della prova relativo alla franchigia annuale aggregata su di essa gravante, ma si è difesa con le note di trattazione scritta depositate per l'udienza del 21.11.2023 sostenendo che la franchigia aggregata non è destinata ad operare in questa fase di riconoscimento del diritto ma solo in fase esecutiva.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290

Si aggiunga che la casa di cura non ha nemmeno contestato l'eventuale nullità della clausola contrattuale che prevede la franchigia aggregata.

Ora anche a voler ritenere che il profilo di nullità della clausola possa essere esaminato d'ufficio questo giudicante ritiene che la clausola non sia nulla poiché non ha un importo elevato rispetto al premio annuale versato dalla *CP_1* di Cura assicurata pari ad € 147.750,00 (in tal senso Cass. Civ. sentenza n. 21217/2022 in cui i giudici di legittimità hanno affermato che Il *patto di franchigia "aggregata" (mediante il quale l'assicuratore della responsabilità civile si obbliga a tenere indenne l'assicurato in relazione a sinistri che cumulativamente eccedano un determinato importo) risponde a diverse funzioni meritevoli di tutela - in quanto preordinate a responsabilizzare l'assicurato e ridurre i costi -, e ciò anche nell'ipotesi in cui la franchigia sia di importo pari o superiore al premio, incorrendo nella nullità per difetto di causa nel solo caso in cui, alla stregua di un giudizio sintetico "a posteriori" del concreto atteggiarsi delle pattuizioni contrattuali, la previsione di una franchigia di importo elevato risulti in realtà dissimulare una parte del premio ovvero persegua una finalità di elusione fiscale (quale quella di ridurre la base imponibile su cui è calcolata l'imposta di cui all'art. 1 I. n. 1216 del 1961), ovvero, ancora, finisca per annullare, di fatto, l'"alea" contrattuale (ad es., quando sia di importo tale da renderne del tutto inverosimile il superamento, avuto riguardo ai danni che l'assicurato può concretamente arrecare).*

In definitiva non avendo assolto all'onere della prova su di essa gravante la domanda di manleva deve essere rigettata.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza, incluse quelle della CTU liquidata nel giudizio di ATP, e vengono liquidate ai sensi del D.M. 147/2022 come in dispositivo, con la precisazione che in base al valore effettivo della controversia è stato applicato lo scaglione compreso tra € 52.000,01 ed € 260.000,00 nei valori medi, con esclusione della fase istruttoria che non si è svolta.

P.Q.M.

1.accoglie la domanda e per l'effetto accertata e dichiarata la responsabilità della resistente in relazione ai fatti di causa, condanna la *Controparte_11*

[...]

[...]

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

[...] in persona del legale rappresentante p.t. al pagamento in favore di Parte_1 [...] in qualità di tutore di Parte_2 al pagamento della somma di € 108.437,5 , oltre ad interessi per come chiarito in parte motiva;

2. condanna la Controparte_11 in persona del legale rappresentante p.t. al pagamento in favore di Parte_1 in qualità di tutore di Parte_2 alla rifusione delle spese del presente giudizio che si liquidano nella misura complessiva di € 634,00 per esborsi ed € 8.433,00 per competenze professionali, oltre al rimborso forfettario spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

3.pone definitivamente a carico della Controparte_1 in persona del legale rappresentante p.t.le spese della CTU svoltasi nel giudizio di ATP per come liquidate con separato decreto;

4) dichiara l'inammissibilità della domanda proposta da Parte_1 nei confronti di Controparte_2 in persona del legala rappresentante p.t.;

5)rigetta la domanda di manleva formulata dalla Controparte_11 in persona del legale rappresentante p.t. nei confronti di CP_2 [...] Controparte_2 in persona del legala rappresentante p.t.;

6) condanna la Controparte_11 in persona del legale rappresentante p.t. e Parte_1 nella qualità in epigrafe indicata, in solido fra loro ,al pagamento delle spese di lite in favore di Controparte_2 [...] in persona del legale rappresentante p.t. che liquida in complessivi € 8.433,00 per compensi professionali, oltre al rimborso forfettario spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

Catanzaro, 20 febbraio 2024

Il Giudice

dr.ssa Alessia Dattilo

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-290