N. **18709/2015** R.Gen.Aff.Cont.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Napoli

8 SEZIONE CIVILE

Il Giudice, dott. Claudia Colicchio, ha pronunziato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 18709/2015 R.Gen.Aff.Cont.

TRA

Parte_1 , elett.te dom.ta alla [redacted] presso lo studio dell'Avv. [redacted] dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura in atti

- ATTORE

E

Controparte_1

[...] **in persona del legale rapp.pt pt**, elett.te dom.to alla [redacted] presso lo studio dell'Avv. [redacted] dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura in atti in uno all'Avv. [redacted]

Controparte_2 in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, in virtù di mandato in atti, dagli avv.ti [redacted] e [redacted] elett.te domiciliati presso il loro studio sito in S.M. Capua Vetere [redacted]

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

- CONVENUTI

Controparte_3 rappresentato e difeso dall'avv. [redacted] e dal p. avv. [redacted] in virtù di procura in calce al presente atto ed elettivamente domiciliato presso il loro studio sito in Napoli alla [redacted]

Controparte_4 in persona del legale rapp.pt pt, rappresentata e difesa dall'avv. [redacted] del Foro di Napoli in virtù di procura in atti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Napoli alla [redacted]

TERZI CHIAMATI

Oggetto: Responsabilità professionale.

Conclusioni: come da verbale di udienza del 04/10/2021

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato l' attrice esponeva:

1) di essersi sottoposta in data dell'intervento chirurgico di artroprotesi totale del ginocchio destro, effettuato in data 23/09/2008 di "Sostituzione totale del ginocchio. … si impianta protesi totale cementata presso la *Controparte_5* ma che i problemi di cui soffriva non si risolvevano anzi si aggravavano tanto da sottoporsi a terapia iperbarica e che gli esami praticati dimostravano l'insorgenza di una infezione precoce della protesi impiantata;

2) che in data 01/09/2009, si sottoponeva ad un ulteriore controllo presso il dr. *Controparte_3* il quale certificava la negatività di un esame colturale e scintigrafico ed il giorno 28.09.2009, l'odierna attrice si ricoverava presso l'Unità Funzionale di Ortopedia della [redacted] *Organizzazione_1* di Bologna ove, stante il presupposto dell'assenza di

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

segni clinici della persistenza di uno stato settico, veniva sottoposta ad espianto della protesi e reimpianto di nuova protesi totale di ginocchio in data 29/09/2009;

3) già il giorno successivo la paziente risultava positiva per Enterococcus Cloacae, sensibile ad *Parte_2*

4) proseguiva precisando che l'infezione non veniva debellata e nonostante ricoveri successivi, sempre presso " *CP_1* , ove si praticava prima una rimozione della protesi con applicazione di spaziatore cementato, altro intervento di sostituzione dello spaziatore, successiva rimozione dello spaziatore e tentativo di artrodesi del ginocchio mediante fissazione esterna, rimozione del fissatore esterno ed applicazione di tutore, fino alla definitiva pseudoartrosi infetta del ginocchio.

.Su tali basi chiedeva, previa declaratoria della responsabilità civile dei convenuti, di sentir condannare lo stesso al risarcimento dei danni tutti subiti per i postumi permanenti residuati anche sotto il profilo morale ed esistenziale.

Radicatasi la lite, si costituiva tardivamente la convenuta [redacted] *CP_5* la quale eccepiva nel merito la mancanza di qualsiasi nesso di causalità tra il proprio operato e le conseguenze subite che imponevano, allora, a suo giudizio, il rigetto della domanda. Essendosi costituita a seguito del deposito dell'elaborato peritale muoveva allo stesso precise contestazioni.

Si costituiva la convenuta *Controparte_1* eccependo l'infondatezza nel merito della domanda attorea rilevando come il dott. *CP_3* svolgesse all'interno della struttura attività di libera professione

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

ragione per la quale ne chiamata la chiamata in causa, proponendo domanda di manleva e/o regresso anticipato. Chiedeva ed otteneva altresì l'autorizzazione alla chiamata in giudizio della *Controparte_4* *[...]* quale proprio assicuratore per la responsabilità civile, onde essere dalla stessa manlevata da ogni eventuale conseguenza sfavorevole di lite.

Si costituiva il dott. *CP_3* il quale rilevava l'assoluta correttezza e diligenza del proprio operato sia nell'esecuzione dell' intervento di espianto, sia nella puntuale adozione di idonea profilassi antibiotica, laddove le censure attoree apparivano viceversa dirette alla sola assistenza prestata alla paziente presso la clinica *CP_2* dove fu eseguito il primo intervento chirurgico di artroprotesi totale del ginocchio destro.

Si costituiva *Controparte_4* la quale eccepiva l'assenza di responsabilità solidale della struttura sanitaria privata per errore nell'esecuzione della prestazione medica allorché il paziente si sia rivolto unicamente al professionista come avvenuto nel caso di specie, contestando comunque nel merito la fondatezza della domanda attorea ed eccependo l'inoperatività della polizza.

Disposta ctu medico-legali, la causa sulle conclusioni rassegnate dalle parti costituite all'udienza del 04.10.21 veniva riservata in decisione con la concessione dei termini ex art. 190 cpc.

Reputa lo scrivente in primo luogo necessario evidenziare come le conclusioni rese da parte attrice nel libello introduttivo depongano inequivocabilmente per una precisa opzione di campo: l'azione proposta è indicata come di natura contrattuale. Giova al riguardo precisare che, proprio nell'ambito della responsabilità professionale ed in particolare in quella medica, diverse ed altalenanti risultano essere sia le posizioni,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

registrate nel tempo, al riguardo sostenute dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Si deve ritenere che, sino alla recentissima innovazione legislativa, al caso di specie andavano applicati gli orientamenti della giurisprudenza in tema di attività sanitaria privata che deponevano per una responsabilità contrattuale del medico.

Va infine evidenziato in premessa, quanto al riparto degli oneri processuali in subiecta materia, che "in tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo, invece, a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante" (cfr. Cass. Civ. Sez. 3 - , Sentenza n. 24073 del 13/10/2017; analogamente Cass. Civ Sez. 3 - , Sentenza n. 18392 del 26/07/2017 ed altre).

Principale corollario di siffatta ricostruzione è quello secondo il quale il paziente attore non avrà l'onere di provare nè la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 cod. civ.) essere allegata e provata dal medico.

L'art. 2236 cc difatti prevede una limitazione di responsabilità a carico del professionista, che risponderà solo in caso di colpa grave o dolo, nel caso in cui la risoluzione del caso specifico era di particolare difficoltà o comportasse la risoluzione di particolari problemi.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

In verità se da un lato, la posizione dell'ente ospedaliero è risultata di più facile inserimento all'interno di un sinallagma contrattuale le difficoltà si sono poste con maggiore intensità avuto riguardo alla posizione del medico curante, soprattutto qualora lo stesso sia inserito all'interno della struttura pubblica e perciò non "scelto"dal paziente, situazione non riscontrabile nel caso in esame.

Orbene, tanto osservato e doverosamente premesso, rileva il Tribunale come la Suprema Corte a Sezioni Unite, con sentenza 1° luglio 2002, n. 9556 ha confermato l'orientamento alla stregua del quale, in ipotesi di intervento chirurgico non correttamente eseguito, quella della *CP_1* di *CP_1* (ovvero dell'ente ospedaliero) è ascrivibile al novero della responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione che la stessa Casa di cura assume, direttamente con i pazienti, di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto: ed infatti, all'adempimento dell'obbligazione predetta è collegata la rimunerazione della prestazione promessa, in essa incluso anche il costo inteso come rischio dell'esercizio dell'attività di impresa della *CP_1* .

In particolare, si è in presenza di un contratto atipico a prestazioni corrispettive (cosiddetto contratto di spedalità), che si conclude all'atto dell'accettazione del paziente presso la struttura e da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (da parte del paziente, dell'assicuratore ovvero del *Organizzazione_2*) insorgono, a carico della struttura sanitaria, accanto a quelli di tipo latu sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico, nonché di apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

emergenze (cfr., all'uopo, anche Cass. 14 giugno 2007, n. 13593, Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103).

Peraltro, così ricostruita la fattispecie, la struttura certamente risponde, in via contrattuale, non solo delle obbligazioni direttamente poste a proprio carico (servizio alberghiero, attrezzature, eccetera), ma anche dell'opera svolta dai propri dipendenti ovvero ausiliari (personale medico e paramedico), secondo lo schema proprio dell'art. 1228 cod. civ. A tale proposito, peraltro, la Suprema Corte ha ulteriormente chiarito - così sgombrando il campo da qualsivoglia dubbio ed equivoco - che rispetto al detto inquadramento dogmatico non rileva la circostanza per cui il medico che eseguì l'intervento fosse o meno inquadrato nell'organizzazione aziendale della casa di cura (ovvero dell'ospedale), né che lo stesso fosse stato scelto dal paziente ovvero fosse di sua fiducia (cfr., in tal senso, Cass. 14 giugno 2007, n. 13593; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698), posto che la prestazione del medico è comunque indispensabile alla casa di cura (ovvero all'ospedale) per adempiere l'obbligazione assunta con il paziente e che, ai fini qualificatori predetti, è sufficiente la sussistenza di un nesso di causalità tra l'opera del suddetto ausiliario e l'obbligo del debitore. Principale corollario di siffatta ricostruzione è quello secondo il quale il paziente attore non avrà l'onere di provare nè la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 cod. civ.) essere allegata e provata dal medico. L'art. 2236 cc difatti prevede una limitazione di responsabilità a carico del professionista, che risponderà solo in caso di colpa grave o dolo, nel caso in cui la risoluzione del caso

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

specifico era di particolare difficoltà o comportasse la risoluzione di particolari problemi. La nota sentenza della Cassazione SU n. 13533\01 ha pertanto sostanzialmente affermato che il paziente che agisce in giudizio, deducendo l'inadempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare l'esistenza del contratto (o anche solo del contratto sociale) ed allegare l'inadempimento del sanitario consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove e diverse patologie come effetto dell'intervento stesso.

Nel caso di specie l'operazione effettuata può di certo ritenersi di routine tanto da non porre in rilievo il limite della responsabilità alla colpa grave e al dolo ex art. 2236 c.c. allorché l'esecuzione della prestazione richieda una perizia superiore a quella ordinaria perché il caso concreto si presenta come straordinario ed eccezionale, sì da non essere adeguatamente studiato nella scienza e sperimentato nella pratica, ovvero perché nella scienza medica siano al riguardo proposti e dibattuti diversi ed incompatibili sistemi diagnostici e terapeutici fra i quali debba anche in concreto operare la sua scelta. Nella fattispecie gli stessi convenuti non hanno mai dedotto la particolare difficoltà dell'interevento eseguito né la necessità di una particolare specializzazione per eseguirlo.

Le conclusioni cui è giunto il collegio medico, pur contestate dalla difesa della parte convenuta, depongono per una responsabilità delle strutture convenute per le motivazioni che si andranno ad esaminare.

Va in primo luogo osservato che la convenuta [redacted] si è costituiva in giudizio a seguito del deposito dell'elaborato peritale avvenuto in data 25.06.2018.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

La convenuta, nonostante la regolarità della notifica dell'atto introduttivo come già rilevato nel corso del giudizio, risulta costituita in data 11.05.2020 nell'intervallo temporale tra il deposito della ctu e l'udienza di precisazione delle conclusioni inizialmente fissata al 14.05.2020. Le critiche alla ctu sono dunque contenute in un atto processuale successivo al suo deposito (udienza del 18.10.18) senza che sia stata invocata la tutela ex art. 294 cpc. Ebbene si segnala sul punto che con l'ordinanza 29 gennaio 2020, n. 1990 la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per la eventuale risoluzione, da parte delle Sezioni Unite, della questione riguardante l'ammissibilità della contestazione degli esiti della consulenza tecnica di ufficio espletata in corso di giudizio per la prima volta in sede di comparsa conclusionale e comunque in data successiva alla prima difesa utile a seguito del deposito dando atto della prevalenza, allo stato, dell'orientamento che tale possibilità nega.

In particolare si rileva come i ctu osservano che la paziente, soprattutto in quanto diabetica, doveva essere sottoposta all' esame urine prima di sottoporsi all'intervento proprio per la ricerca di eventuali focolai sepsigeni preesistenti, dal momento che i pazienti diabetici sono maggiormente esposti ad infezioni. Né vale obiettare che gli esami ematochimici eseguiti in data 22.09.2009 (giorno antecedente all'intervento), mostravano una formula leucocitaria perfettamente normale essendo noto che le infezioni urinarie possono rinvenirsi a valle di tale specifico esame.

I ctu affermano nella loro relazione che non venne eseguita profilassi antibiotica subito prima dell'intervento e nei giorni immediatamente

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

successivi con principi attivi somministrati per via endovenosa, in modo da raggiungere una concentrazione efficace nei vari tessuti, segnatamente in quello osseo, muscolare e sinoviale" a monte rilevando che non veniva praticata una profilassi antibiotica, nè prima, ne' durante e ne' dopo l'atto chirurgico.

Parte convenuta CP_2 contesta tale conclusione affermando che, come si evince dalla cartella clinica tale profilassi fu eseguita prima dell'intervento riportando un estratto della cartella senza tuttavia indicare quale delle annotazioni si riferisca alla somministrazione antibiotica (dato ignoto al Tribunale) e se, in particolare, venne eseguita per via endovenosa come ritenuto necessario dai ctu. D'altra parte la stessa difesa della convenuta rileva come le linee guida depositate indichino come necessario l' utilizzo della cefalosporina invece della molecola dichiarata come utilizzata sia stata la teicoplanina, né nulla è detto sulla profilassi (esclusa dai ctu) effettuata subito dopo l'intervento.

Concludono i ctu affermando che "a 50 giorni dall'intervento, (la paziente) si sottopose ad un esame scintigrafico con leucociti marcati. Da tale esame si metteva in evidenza " un quadro scintigrafico compatibile con processo infiammatorio, associato ad infezione in atto dei tessuti periprotesici del ginocchio destro.". Si era quindi instaurata una infezione precoce della protesi di ginocchio impiantata. Quindi la contaminazione batterica è avvenuta nel periodo immediatamente successivo all'intervento e pertanto, secondo le linee guida più aggiornate, è da considerarsi come una infezione di tipo nosocomiale."

Non vi è prova siano state adottate tutte le misure idonee ad evitare l'insorgere dell'infezione contratta dal momento che la struttura non ha

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

dimostrato di avere utilizzato tutte le procedure necessarie (cd. report di sterilizzazione temporalmente riferibili al periodo in questione) per scongiurare l'infezione che, incontestabilmente si è verificata. Con specifico riferimento alle ipotesi in cui l'eziologia del danno sia ricondotta alla contrazione di una patologia infettiva in ambiente ospedaliero - cd. infezione nosocomiale - applicando il ricordato criterio di riparto dell'onere probatorio graverà sulla struttura sanitaria convenuta, una volta che sia stato accertato il nesso causale tra il lamentato pregiudizio e l'infezione de qua, l'onere di dimostrare di avere diligentemente adempiuto la "prestazione" offerta al paziente, anche sotto il profilo dell'adozione, ai fini della salvaguardia delle condizioni igieniche dei locali e della profilassi della strumentazione chirurgica eventualmente adoperata, di tutte le cautele prescritte dalle vigenti normative e delle leges artis onde scongiurare l'insorgenza di patologie infettive a carattere batterico; nonchè della prestazione, ad opera del proprio personale medico, del necessario e doveroso trattamento terapeutico successivo all'eventuale contrazione dell'infezione da parte del paziente. Del resto non vi è alcuna documentazione attestante l'utilizzo dei protocolli ed il monitoraggio microbiologico ambientale per il periodo di interesse.

Può, pertanto, ascriversi alla struttura sanitaria convenuta [redacted] *CP_2* una diretta responsabilità in ordine alla causazione dell'infezione. Infatti, la mancata dimostrazione della preesistenza dell'infezione nella persona del paziente, l'accertata riconducibilità eziologica dell'infezione ad un agente patogeno diffuso in ambito ospedaliero, in uno alla mancata dimostrazione dell'efficace sterilizzazione, della strumentazione adoperata e dei locali di degenza, inducono ad affermare che la struttura non abbia

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

esattamente adempiuto l'obbligo di porre a disposizione del paziente attrezzature idonee ad evitare l'insorgenza della complicanza infettiva. A titolo esemplificativo potevano essere depositati i dati relativi alla cadenza delle operazioni di pulizia, di sanificazione e di sterilizzazione delle sale ospedaliere, dei macchinari e del materiale, comprendendo anche le bocchette di aereazione, la rintracciabilità e la verifica delle sterilizzazioni del materiale chirurgico, le verifiche ispettive ed i controlli attuati, con cadenza semestrale, da parte della direzione sanitaria e del servizio qualità all'uopo istituito, con riguardo al rispetto delle procedure in uso presso la struttura, la sterilizzazione e sanificazione delle sale operatorie all'interno della stessa struttura . Va osservato, al riguardo, come la diligente sterilizzazione dell'ambiente ospedaliero, della sala operatoria, dei luoghi di degenza e delle attrezzature costituisce obbligo precipuo della casa di cura, obbligata, in forza del riferito "contratto di spedalità", ad offrire ambienti salubri ed attrezzature conformi ai parametri della scienza e tecnica medica.

Tale obbligo, nel caso di specie, trova fondamento nel contratto di spedalità intercorso fra l' attrice, e la convenuta struttura, comprovato dall'accettazione e dal ricovero del paziente nella struttura, di cui vi è in atti ampia prova documentale e che, peraltro, costituisce elemento circostanziale non formante oggetto di alcuna specifica contestazione, cosicché esso può senz'altro essere ritenuto al di fuori dal "thema probandum", cioè non investito dell'onere della prova gravante a carico dell'attrice.

Secondo i principi enucleati dalla giurisprudenza di legittimità (ed innanzi ampiamente richiamati) incombeva, dunque, alla struttura sanitaria

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

convenuta l'onere di dimostrare l'inesistenza dell'inadempimento, ovvero di aver disinfettato e sterilizzato con successo la sala e le apparecchiature, od in alternativa la prova dell'inesistenza del rapporto di causalità fra l'inadempimento ed il danno, per la preesistenza dell'infezione (cfr., all'uopo, Cass. civ., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577), sussistendo, al contrario e come sopra si è detto, elementi probatori – offerti dalla difesa delle attrici - valevoli ad escludere tale preesistenza . La convenuta, dunque, non ha fornito adeguata dimostrazione circa l'inesistenza del proprio inadempimento così portando ad accertare il nesso di causalità sulla base di un giudizio di ragionevole verosimiglianza, che va compiuto alla stregua degli elementi di conferma (tra cui soprattutto l'esclusione di altri possibili e alternativi processi causali) disponibili in relazione al caso concreto. Correttamente pertanto il ctu indica di non avere ritenuto provato, per assenza di prova, il corretto adempimento della prestazione da parte della convenuta.

A tale iniziale insorgenza infettiva nella storia clinica della attrice si innestano le successive colpose condotte della convenuta casa di cura *CP_1 [...]* e del medico terzo chiamato al quale si era rivolta la *Pt_1* e che aveva proposto l' intervento di espianto al fine di far fronte al grave processo infiammatorio in atto.

A tal proposito affermano gli Ausiliari che "all'atto del ricovero il dottor *CP_3* sapeva dell'esistenza di una scintigrafia con leucociti marcati, che non lasciava dubbi circa l'esistenza di una infezione protesica (tali dati sono trascritti nella cartella clinica a proposito della anamnesi patologica). Anche all'atto del ricovero, fra gli accertamenti clinici e strumentali, non viene praticato nè il dosaggio della V.E.S. e nè della Proteina C reattiva."

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

Di contro tali esami venivano eseguiti dopo l'intervento di reimpianto della protesi con valori estremamente elevati sia della V.E.S. che dalla Proteina C reattiva, segni quindi di persistenza franca di infezione.

Posto un danno complessivo per come stimato dai ctu e su cui si dirà in seguito va detto che in difetto di specifici elementi probatori valevoli a permettere una precisa graduazione delle responsabilità suscettibili di essere ascritte, rispettivamente, a carico di ciascuno dei convenuti, non può ritenersi superata la presunzione contemplata nella disposizione normativa di cui all'ultimo comma dell'art. 2055 cod. civ.

Peraltro va detto che nessuno dei convenuti originari, solidalmente responsabili del complessivo danno biologico patito dalla paziente, ha chiesto che nei rapporti interni si provvedesse a graduare la colpa di ciascuno dei coobligati con richiesta di condanna al pagamento di quanto eventualmente pagato in eccedenza. La casa di cura *CP_1* nelle conclusioni dell'atto di citazione chiede la condanna , in via subordinata, del *CP_3* a tenere indenne e manlevare la convenuta da ogni pretesa attorea "salva graduazione di responsabilità con *CP_2* . Ebbene va rilevato come tale inciso non valga a qualificare una domanda di regresso nei rapporti interni che, si ricorda, nei confronti dell'attrice ed in mancanza di espressa richiesta in senso opposto, vanno presunti come solidali e paritetici.

Del resto, anche a tale riguardo, la giurisprudenza della Suprema Corte non ha mancato di porre in rilievo che "Qualora l'evento dannoso sia eziologicamente riconducibile a più fatti antecedenti e non sia ravvisabile una condotta prossima sufficiente da sola a produrre l'evento stesso, tutte le varie condotte concorrenti debbono essere considerate sue

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

cause e - ove sia impossibile determinare la loro diversa incidenza - le singole colpe dei più responsabili del fatto si presumono eguali, ai sensi dell'art. 2055, ultimo comma, c. c." (cfr., all'uopo, Cass. civ., sez. III, 25 novembre 1982, n. 6408; Cass. civ., sez. III, 6 agosto 2004, n. 15179; Cass. civ., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 1002).

IL REGRESSO

Con riguardo alla domanda di regresso proposta dalla convenuta società *Controparte_1* nei riguardi del terzo *CP_3*, non è chi non colga l'ammissibilità della stessa, posto che, alla stregua di quanto chiarito dalla recente giurisprudenza di legittimità, "Non è vietata un'azione di regresso in via anticipata, proponibile cioè dal coobbligato solidale contro un altro coobbligato già nel corso dell'azione intrapresa dal creditore nei confronti di uno dei debitori. Quest'ultimo, pertanto, è abilitato a chiamare in causa il corresponsabile del danno, per l'eventualità che quella azione sfoci nella condanna del convenuto. Risponde, infatti, all'esigenza dell'economia dei giudizi che lo stesso giudice adito dal danneggiato - che ha convenuto in giudizio uno solo dei danneggianti - possa giudicare, presente in causa anche un altro dei danneggianti chiamato in causa dal convenuto principale - anche della domanda di regresso, valutandone la misura in funzione della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Conseguenza di questa anticipata forma di regresso è che il coobbligato solidale, condannato a pagare l'intero al creditore, potrà recuperare la quota riconosciutagli in sede di regresso contro l'altro coobbligato - peraltro - solo dopo il pagamento da parte sua, dell'intero debito." (cfr., all'uopo, Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2010, n. 13087).

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

Naturalmente, l'avvenuta proposizione di un'azione di regresso comporta la necessità di procedere all'accertamento della gravità della colpa suscettibile di essere ascritta a carico di ciascuno dei predetti convenuti, conformemente a quanto più volte evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "In tema di fatto illecito imputabile a più persone, la questione della gravità delle rispettive colpe e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate può essere oggetto di esame da parte del giudice del merito, adito dal danneggiato, solo se uno dei condebitori abbia esercitato l'azione di regresso nei confronti degli altri o, in vista del regresso, abbia chiesto espressamente tale accertamento in funzione della ripartizione interna del peso del risarcimento con i corresponsabili, senza che tale domanda possa ricavarsi dalle eccezioni con cui il condebitore abbia escluso la sua responsabilità nel diverso rapporto con il danneggiato." (cfr., in tal senso ed "ex permultis", Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2006, n. 18497).

Ora va detto che la responsabilità contrattuale della struttura nei confronti del paziente danneggiato, non solo potrà ricorrere per il fatto del personale medico dipendente o del personale ausiliario, ma altresì potrà essere affermata per l'eventuale insufficienza o inidoneità dell'organizzazione della struttura stessa, a prescindere dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico.

La struttura sanitaria può esercitare l'azione di regresso, sia in tutto che in parte, nei confronti del medico, atteso che, come si è detto, quest'ultimo assume la veste di ausiliario di cui si è avvalso il debitore nell'adempimento della obbligazione, ex art. 1228 c.c. In questa ipotesi, infatti, è possibile la prova che il danno subito dal paziente sia

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

esclusivamente imputabile al medico e tuttavia la struttura sarà chiamata a risponderne, nei confronti del paziente, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.come del resto , per quanto si dirà, occorso nel caso di specie.

Pertanto, in caso di accertata responsabilità esclusiva del medico, la struttura sanitaria potrà proporre l'azione di regresso per l'intera somma versata al danneggiato.

Infatti anche recentemente la Cassazione ha statuito che "..l'inadempimento del terzo del quale il contraente si avvalga per svolgere l'incarico non costituisce di per sé giusta causa di esonero da responsabilità del contraente stesso, in quanto questi è responsabile della scelta compiuta e risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art. 1228 cod. civ.), salvo che possa dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore, anche con riguardo al comportamento dell'ausiliario. La colpa di quest'ultimo potrà fondare un'azione di regresso del contraente responsabile nei confronti di lui, ma non infirma la responsabilità nei confronti della controparte contrattuale" (vedi Cass. n. 6053 del 12/03/2010).

Del resto l'art. 1299 c.c. disciplina l'azione di regresso, effettuata dal debitore in solido, che abbia pagato l'intero debito, nei confronti del condebitore solidale.

Ritiene il Tribunale che la norma trovi certamente applicazione anche laddove il regresso abbia per oggetto l'intero debito.

Inoltre l'art. 2055 c.c. costituisce un principio di carattere generale in tema di solidarietà (estensibile quindi anche alle ipotesi di responsabilità contrattuale). Infatti la Cassazione ha statuito che "Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi e il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 cod. civ., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto 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 produrlo" (vedi Cassazione n. 7618/2010, Cass. n. 23918/2006). Nella fattispecie concreta, essendo stata acclarato che il danno subito sia causalmente riconducibile esclusivamente, per la seconda "parte" della vicenda clinica successiva all'intervento del 2008, alla condotta del dottor *CP_3* merita accoglimento la domanda di regresso in esame, subordinatamente all'effettivo pagamento da parte della *CP_1* in favore della parte attrice. Va tal punto detto che nella gradazione di responsabilità alcun elemento specifico della casa di cura viene in rilievo (se non ex art. 1228 cc) dal momento che , rispetto alla prestazione latu sensu alberghiera di cui è titolare (o nella totale efficienza dei reparti di degenza o delle camere operatorie solo a titolo esemplificativo) alcuna doglianza viene mossa dallo stesso paziente che imputa a negligenza del medico curante le conseguenze pregiudizievoli dell'intervento.

Pertanto, in totale accoglimento della domanda di regresso proposta dalla convenuta struttura sanitaria nei confronti del terzo quest'ultimo

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

dovrà essere condannato a tenere indenne la prima dal pagamento di tutte le somme che quest'ultima è tenuta a corrispondere in favore dell'attore *Parte_1* e subordinatamente alla loro effettiva ed integrale corresponsione ad opera della stessa convenuta società *Controparte_6* *[...]* .

E' evidente, infatti, che, stante il chiaro disposto dell'art. 1299, comma primo, cod. civ., il regresso risulta condizionato all'effettivo pagamento dell'intero debito, poiché solo in tal caso il debitore solidale ha la possibilità di ripetere, dai condebitori, la parte di ciascuno di essi.

IL QUANTUM

In merito alla liquidazione del danno , sulla scia della sentenza della SC n. 6341/14, va detratto dal danno complessivo patito dalla paziente la percentuale di danno non iatrogena al fine di accertare il danno imputabile a colpa del sanitario. In tema di responsabilità medica, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario. (Cass. 6341/14)

Ciò posto si ritiene che , come solitamente avviene in giudizi analoghi, non esistendo per il giudice precisi riferimenti normativi che

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

indicano criteri certi di liquidazione viene fatto riferimento alla tabelle in uso presso il Tribunale di Milano così come aggiornate con una doverosa precisazione.

A seguito della sentenza n. 25164/20 ove la Suprema Corte ha osservato come le tabelle milanesi "prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno (ndr morale e biologico) e che queste, quindi, "pervengono – non correttamente – all'indicazione di un valore monetario complessivo costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno" le tabelle sono state riformate. Ciò in quanto la componente morale del danno, da accertare caso per caso, non dovrebbe essere considerata come sempre presente e che, per questo motivo, erano state stigmatizzare le tabelle milanesi per la sussistenza di un erroneo automatismo nella liquidazione.

Pertanto, posto che nel caso in esame può essere presunta la prova del danno morale e inteso come " rappresentazione di uno stato d'animo di sofferenza interiore, che prescinde del tutto (pur potendole influenzare) dalle vicende dinamico-relazionali della vita del danneggiato" (Cass cit) che può concretizzarsi nella necessità di vivere sulla sedia a rotelle con l'impossibilità di piegare la gamba. Va tuttavia tenuto in debita considerazione che l'attrice, prima di sottoporsi all'intervento di protesizzazione, lamentava "gonalgia destra da circa un anno con ginocchio dolente, tumefatto e con impotenza funzionale" tali da suggerire , e si badi bene che in ordine all'indicazione dell'intervento alcuna doglianza è stata avanzata, un intervento di "sostituzione totale del ginocchio".

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

Per tale ragione il punto base delle richiamate tabelle verrà incrementato il danno differenziale nella misura del 20% tenuto anche conto delle necessarie ripercussioni sulla impossibilità o forte limitazione della possibilità di attendere alle abitudini casalinghe.

Alla luce delle stesse, considerando una percentuale di invalidità nella misura del 58% ed in considerazione dell'età del danneggiato all'epoca dell'intervento (71), si ottiene una somma di € 266.584,00 da cui detrarre la percentuale del 20% (pari ad € 42.612,00) per un totale complessivo di € 223.972,00 che incrementata della componente morale giunge ad un totale di € 268.766,00

La somma dovuto a titolo di invalidità temporanea e considerando , quale base di calcolo, il punto "base" pari ad € 99,00 si liquida il danno da ITT per 60 giorni con € 5.940,00, ITP al 75% per 720 giorni con € 53.460,00 per un totale di € 328.166,00

Premesso che il danno liquidato attiene esclusivamente ad un danno biologico va precisato che l' attore, in atto introduttivo invoca una personalizzazione del danno in ragione dell'alterazione del proprio stato di benessere psichico e relazionale per come già accennato in precedenza.

Ritiene chi scrive che non vi sia più spazio per un'autonoma figura di danno esistenziale, ma che anche il pregiudizio, che la dottrina e la giurisprudenza intendevano risarcire con il ricorso a tale categoria, ben possa trovare adeguato ristoro con il ricorso alla nozione ampliata di danno non patrimoniale, nel quale fare confluire appunto tutte le ripercussioni alla sfera personale del danneggiato. È evidente che occorre scongiurare il pericolo, peraltro paventato dagli stessi giudici di legittimità nel momento in cui hanno adottato il loro nuovo corso interpretativo

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

sull'art. 2059 c.c., di incorrere in duplicazioni risarcitorie, liquidando più volte il medesimo pregiudizio.

Ed invero in applicazione dei principi sopra esposti e in considerazione del criterio di gerarchia delle fonti, che impone la tutela minima risarcitoria di quei valori della persona umana costituzionalmente garantiti, oltre che il risarcimento del danno per le ipotesi di cui all'art. 185 c.p. e le altre ipotesi speciali previste dalla legge, ai fini dell'applicazione dell'art. 2059 c.c. non può farsi riferimento ad una generica categoria di "danno non patrimoniale" (dagli incerti e non definiti confini), ma occorre individuare se e quali siano, nel caso concreto, i diritti o i valori costituzionalmente garantiti (quali la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero, ecc.) che abbiano subito un'effettiva lesione. Ebbene si osserva che il richiesto danno morale debba essere rispondente alle sofferenze patite dalla parte, sofferenze, che, come qualsiasi fatto costituitivo del diritto che si invoca va allegato e provato dalla parte onde consentire al giudice una reale "personalizzazione" del danno biologico. Ritenere infatti che sia sufficiente richiedere tale voce di danno (e ritenerla esistente unicamente perché è stata provata in giudizio l'esistenza del danno biologico) senza fornire il minimo elemento al giudice per consentirgli di adeguatamente liquidare tale tipo di sofferenza è erroneo. Il giudice deve essere posto nella condizione di conoscere come la sofferenza morale del soggetto abbia inciso sulle proprie abitudini di vita, sulle proprie aspettative ed aspirazioni. Deve poter conoscere il reale disagio dallo stesso patito proprio per evitare le duplicazioni risarcitorie scongiurate dalla nota "sentenza di S. Martino". Illuminante, a tal proposito, la recentissima ordinanza n. 7315/18 che del danno biologico

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

indica gli esatti confini e riempie la locuzione di valore giuridico, insegnando che le esigenze di personalizzazione del danno devono muovere da circostanze diverse da quelle che sono naturale e diretta conseguenza del danno biologico, richiamando, proprio a titolo esemplificativo la perduta possibilità di svolgere attività ricreative che deve essere considerato un danno già ricompreso nel punto tabellare standard dal momento che il "danno dinamico-relazionale" vale ad individuare la compromissione degli aspetti quale perifarsi del danno biologico, provvedimento che indica una strada assolutamente condivisibile e cristallinamente illustrata. "E' infatti autorevole e condiviso, in medicina legale, l'insegnamento secondo cui "non ha più ragion d'essere l'idea che il danno biologico abbia natura meramente statica"; che "per danno biologico deve intendersi non la semplice lesione all'integrità psicofisica in sé e per sé, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona (...). Il danno biologico misurato percentualmente è pertanto la menomazione all'integrità psicofisica della persona la quale esplica una incidenza negativa sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti". "La lesione della salute risarcibile in null'altro consiste, su quel medesimo piano, che nella compromissione delle abilità della vittima nello svolgimento delle attività quotidiane tutte, nessuna esclusa: dal fare, all'essere, all'apparire." Non, dunque, che il danno alla salute "comprenda" pregiudizi dinamico-relazionali dovrà dirsi; ma piuttosto che il danno alla salute è un danno "dinamico-relazionale". Se non avesse conseguenze "dinamico-relazionali", la lesione della salute non sarebbe nemmeno un danno medico-legalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile. La seconda conseguenza è che l'incidenza d'una

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

menomazione permanente sulle quotidiane attività "dinamico- relazionali" della vittima non è affatto un danno diverso dal danno biologico.

Una lesione della salute può avere le conseguenze dannose più diverse, ma tutte inquadrabili teoricamente in due gruppi:

- conseguenze necessariamente comuni a tutte le persone che dovessero patire quel particolare tipo di invalidità:

- conseguenze peculiari del caso concreto, che abbiano reso il pregiudizio patito dalla vittima diverso e maggiore rispetto ai casi consimili.

Tanto le prime che le seconde conseguenze costituiscono un danno non patrimoniale; la liquidazione delle prime tuttavia presuppone la mera dimostrazione dell'esistenza dell'invalidità; la liquidazione delle seconde esige la prova concreta dell'effettivo (e maggior) pregiudizio sofferto.

Dunque le conseguenze della menomazione, sul piano della loro incidenza sulla vita quotidiana e sugli aspetti "dinamico-relazionali", che sono generali ed inevitabili per tutti coloro che abbiano patito il medesimo tipo di lesione, non giustificano alcun aumento del risarcimento di base previsto per il danno non patrimoniale."

Circostanze specifiche ed eccezionali non riscontrabili nel caso di specie.

In ragione di quanto detto il danno risarcibile può essere stimato € 328.166,00 oltre gli interessi legali, dal settembre 2008 alla data di deposito della sentenza, sulla somma devalutata alla data del fatto per il primo anno, e su quella annualmente rivalutata secondo gli indici istat di variazione dei prezzi al consumo per gli anni successivi all'effettivo soddisfo.

I danni patrimoniali

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

Non vi è prova che l'attrice abbia sostenuto spese per il pagamento di una colf in sua sostituzione tenendo anche conto dell'età della attrice al momento del sinistro (anni 71) e soprattutto che l'eventuale assunzione di una domestica in sua vece sia stata (a monte provata con deposito di regolare contratto di assunzione) pagata con propri risparmi non essendo agli atti documentalmente provato nulla.

La posizione dell'ASSICURAZIONE

La convenuta struttura *CP_1* chiedeva di dichiarare la propria compagnia assicuratrice, terza chiamata in giudizio, obbligata a tenerla indenne per quanto condannata a corrispondere all'attrice, a titolo di risarcimento, nell'ipotesi di accertata responsabilità medica.

La Compagnia si costituiva eccependo l'inoperatività della polizza rilevando come la stessa non coprisse gli interventi eseguiti da medici non dipendenti. Eccepiva inoltre la sussistenza di una franchigia pari ad uno scoperto di € 25.000,00 e di una operatività a secondo rischio.

Per quanto attiene la clausola relativa all'oggetto dell'assicurazione va detto che appare chiaro che la delimitazione dell'oggetto è relativa all'assicurazione personale non dipendente. Recita invero la clausola " premesso che l' *Parte_3* si avvale dell'opera di personale non dipendente, sanitario e non, si conviene che l'assicurazione è estesa alla r.c. che possa ricadere sull' assicurato/contraente per fatto del suddetto personale, per danni da esso arrecati nello svolgimento delle mansioni svolte per conto dell'assicurato/contraente" restando escluso unicamente la garanzia assicurativa personale per i non dipendenti.

L'operatività a secondo rischio è subordinata alla presenza di altre polizze e pertanto, gravando sulla parte convenuta provare l'inoperatività della

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

polizza era altresì suo onere dimostrare l'esistenza polizze contratte a primo rischio che ne escludevano l'operatività, non potendosi richiedere una prova negativa circa l'inesistenza di altre coperture in capo alla struttura.

Va unicamente limitata la manleva alla franchigia pattuita come pari ad euro 25.000,00.

Le spese di lite, incluse quelle di ctu, si pongono carico dei soccombenti e e si liquidano, ex DM 55/14, sulla base dello scaglione del decisum al medio della tariffa

P.Q.M.

Il Giudice definitivamente pronunziando ogni altra istanza respinta o disattesa, così provvede:

1) Accoglie la domanda attorea e per l'effetto dichiara *[...]* *Controparte_7* responsabili di quanto è causa e, di conseguenza, li condanna al pagamento in favore di parte attrice della somma di € 328.166,00 oltre gli interessi legali, dal settembre 2008 alla data di deposito della sentenza, sulla somma devalutata alla data del fatto per il primo anno, e su quella annualmente rivalutata secondo gli indici istat di variazione dei prezzi al consumo per gli anni successivi all'effettivo soddisfo;

2) Condanna altresì la convenuta *Controparte_7* *[...]* al pagamento, in favore dell'attore delle spese del presente giudizio, che si liquidano, complessivamente, in €. 600,00 per spese ed € 21.387,00 per compensi professionali forensi, oltre ad I.V.A. e Cassa Previdenza Avvocati come per legge con clausola di attribuzione al difensore dichiaratosi anticipatario;

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

3) Pone a carico dei convenuti soccombenti le spese di CTU, come liquidate nel corso del giudizio;

4) in accoglimento della domanda di manleva proposta dalla convenuta società *Controparte_7* condanna il terzo chiamato *CP_4* *[...]* a tenere indenne la predetta società dal pagamento di tutte le somme che quest'ultima è tenuta a corrispondere, in favore dell'attore ed indicate nei precedenti capoversi del presente dispositivo subordinatamente alla loro effettiva ed integrale corresponsione ad opera della stessa convenuta società *Controparte_7*

5) in accoglimento della domanda di regresso proposta dalla convenuta società *Controparte_7* condanna il terzo chiamato *[...]* *CP_3* a tenere indenne la predetta società dal pagamento di tutte le somme che quest'ultima è tenuta a corrispondere, in favore dell'attore ed indicate al precedente capoverso sub 1) del presente dispositivo subordinatamente alla loro effettiva ed integrale corresponsione definitiva ad opera della stessa convenuta società *Controparte_7*

6) Condanna *Controparte_3* al pagamento in favore di parte *[...]* *Controparte_7* delle spese del presente giudizio che si liquidano in complessivi € 12.678,00 per spese oltre iva, cpa e rimb forf come per legge;

7) Condanna *CP_4* al pagamento in favore di parte *[...]* *Controparte_7* delle spese del presente giudizio che si liquidano in complessivi € 12.678,00 per spese oltre iva, cpa e rimb forf come per legge.

Così deciso in Napoli, il 10/01/2022.

Il Giudice

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790

(dott.ssa Claudia Colicchio)

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-790