Proc. N. 20769/2020

TRIBUNALE DI NAPOLI NORD

ORDINANZA ex art. 702 ter c.p.c

Il Giudice, dott. Rosaria Gatti;

a definizione del procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis e ss. c.p.c., iscritto a ruolo presso questo Tribunale con il n. 20769/2020 di R.G.A.C., avente ad oggetto PRESTAZIONE D'OPERA INTELLETTUALE proposto da:

Parte_1 [redacted] C.F. *C.F._1*, elett.te dom.ta in [redacted] in NAPOLI, presso lo studio dell'Avv. [redacted] che la rapp. e dif. in virtù di mandato in calce al ricorso;

RICORRENTE

E

Controparte_1, P. IVA *P.IVA_1* soggetta alla Direzione ed al Coordinamento, ex art. 2497 bis c.c., esercitata da *Controparte_2* con sede in Napoli [redacted] in persona del Vice Presidente del CdA, l.r.p.t., dott. *Controparte_3* rapp. e dif., in virtù di procura allegata alla comparsa di costituzione e risposta, dall'Avv. [redacted] e dall'Avv. [redacted] presso il cui studio in [redacted] in SANTA MARIA CAPUA VETERE (CE) è elett.te dom.ta;

RESISTENTE

E

Controparte_4

[...], C.F. e P. IVA *P.IVA_2*, iscritta al REA n. [redacted] CCIAA Milano, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, avv. [redacted] rapp. e dif., anche in

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

via disgiuntiva, giusta procura speciale alle liti rilasciata su foglio separato, congiunta telematicamente alla comparsa di costituzione e risposta e ad essa da ritenersi in calce, ex art. 83 comma 3 c.p.c., dall'Avv. [redacted] e dall'Avv. [redacted] presso lo studio di quest'ultimo in [redacted] in NAPOLI è elett.te dom.ta;

RESISTENTE

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. ritualmente notificato, *Parte_1* premesso di aver con ricorso ex art. 696 bis c.p.c, , adito l'intestato Tribunale, al fine di ottenere la nomina di un C.T.U. che, previo esperimento del tentativo di conciliazione, accertasse la natura e l'entità delle lesioni subite, nonché il nesso di causalità tra l'evento lesivo e la condotta medica e della struttura sanitaria imprudente, imperita e negligente, con relativa quantificazione del danno, deduceva che:

- in data 22.09.2015, si ricoverava presso il *Organizzazione_1* *[...]* di [redacted] (CE), con diagnosi di ingresso *"Gonartrosi sin."*. In data 23.09.15, veniva sottoposta ad intervento chirurgico di *"Artoprotesi totale ginocchio sx"*. Nonostante la RX rilevasse: *"Modico enfisema sottocutaneo metachirurgico"*, dimessa in data 29.09.15 con diagnosi: *"Grave gonartrosi a sin."*.;
- in data 05.11.15, i sanitari di [redacted] le riscontravano *"Fistola secernente su esito di protesi ginocchio. Si richiede di praticare n. 20 sedute di camera iperbarica"*;
- dal 9.11.15, effettuava n. 30 sedute di Ossigenoterapia Iperbarica presso il centro di terapia Iperbarica della [redacted] Anche i sanitari di *Org_2* *[...]* [redacted] CE) in data 23.12.15 e dell' *[...]* *Controparte_5* in data 28.12.2015, le riscontravano la patologia settica in atto;
- in data 13.01.2016, veniva attivata la terapia a pressione negativa domiciliare (Dott.sa *Persona_1* , *Org_3*) e l'istante continuava il suo percorso di visite specialistiche, esami e medicazioni;

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

- all' CP_5 Org_4 di Napoli, in data 09.03.16, veniva refertata "Osteomelite periprotesica ginocchio sin." e, in data 16.03.16 "Sepsi periprotesica ginocchio sin.";
- l'ecografia al ginocchio sin. del 17.03.16, effettuata al centro [redacted] di [redacted] (NA), evidenziava una discreta quota fluida a livello di recessi laterali e sovra-rotulea;
- in data 04.05.2016, la sig. Parte_1 si ricoverava all' CP_5 [...] di Napoli, con diagnosi di ingresso *"Sepsi periprotesica ginocchio sin"*;
- in data 11.05.2016 l'istante subiva il secondo intervento chirurgico per rimuovere la protesi infetta, di debridement e di applicazione di spaziatore antibiotato. Veniva anche identificato lo Stafilococco Aureus Meticilliano Sensibilis;
- In data 29.06.2016, lo specialista del [redacted] attestava che la signora Parte_1 *"presentava sepsi periprotesica ginocchio sin. conseguente all'intervento chirurgico del 23.09.2015 c/o "* CP_1 *. Successivamente, è stata trattata con medicazioni biologiche, O.T.I. e pressione negativa senza alcun risultato. In data 11.05.2016 è stata sottoposta ad intervento di rimozione protesi, debridement ed impianto di spaziatore antibiotato. Allo stato, la pz non è in grado di deambulare, presenta ginocchio immobilizzato con tutore in estensione";*
- in data 15.07.16, la ricorrente si ricoverava nuovamente presso l' [...] CP_5 , dimessa il 20.07.2016 con la seguente diagnosi: *"Pregressa sepsi periprotesica ginocchio sinistro trattata con rimozione protesi ed impianto spaziatore antibiotato*";
- in data 05.09.2016, l'istante si ricoverava nuovamente all' CP_5 [...] , in data 12.09.2016, subiva il terzo intervento chirurgico di rimozione dello spaziatore antibiotato con reimpianto di protesi ginocchio. In data 22.09.16 veniva dimessa con diagnosi *"Pregressa sepsi protesi ginocchio sinistro trattata chirurgicamente con rimozione spaziatore antibiotato e reimpianto protesi ginocchio sinistro"*;

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

- le cure specialistiche, gli esami e le medicazioni proseguivano finché, in data 20.04.2017, la signora *Parte_1* veniva considerata guarita con postumi da valutare in sede medico-legale;
- la mancanza del consenso informato come risultava dall'allegata Cartella Clinica del P.O. *CP_1* n. [redacted]
- nella relazione medico-legale allegata e dalla documentazione medica depositata agli atti risultava provato il nesso di causalità tra evento e danni, la cui responsabilità era da ricondurre alla struttura *CP_1* di [redacted] (CE) ed al suo personale;
- fallito il tentativo di conciliazione, i CTU incaricati nel giudizio recante N.R.G. 2068/2018, Dott. *Persona_2* e Dott. *Persona_3*, in data 28 luglio 2020 depositavano la Consulenza Tecnica d'Ufficio;

Tutto ciò premesso si chiedeva il risarcimento dei danni patrimoniali e non.

Si costituiva nel procedimento *Controparte_1* in persona del l.r.p.t., chiedendo al Giudice in via preliminare ed in rito e, laddove, non ritenga superfluo procedere alla chiamata in causa della *CP_4*, già evocata in giudizio dal ricorrente, di differirsi, ex art. 269 c.p.c., la prima udienza onde consentire, alla comparente-istante, di poter chiamare in causa e in garanzia la *[...] Controparte_4* nel rispetto dei termini dell'art.163 bis c.p.c..

Nel merito chiedeva in via principale, di rigettare l'avversa domanda perché inammissibile ed improcedibile, oltre che infondata in fatto e in diritto, provvedendo a mutare il rito e a concedere i termini di cui all'art. 183 c.p.c., o quanto meno procedere ad una rinnovazione della CTU.

In via gradata e nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda e di accertamento della responsabilità professionale, chiedeva di dichiarare la terza chiamata *Controparte_4* tenuta a garantire e mantenere indenne la comparente, da ogni responsabilità e/o esborso.

Si costituiva la *Controparte_4 [...]* in persona del l.r.p.t., chiedendo, in via preliminare e/o pregiudiziale, di dichiarare il difetto di legittimazione passiva di *Controparte_4* per inammissibilità dell'azione diretta della ricorrente nei confronti della Compagnia convenuta, stante anche l'inapplicabilità dell'art. 8

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

comma 4 L. 24/2017 a fronte della mancata attuazione dell'art. 12 della L. n. 24/2017, con conseguente estromissione della *Controparte_4* dal presente giudizio. In via ulteriormente preliminare e/o pregiudiziale, chiedeva di accertare e dichiarare l'improcedibilità o, comunque, l'interruzione del presente giudizio, non sussistendo i presupposti per una istruttoria sommaria e disporre la conversione del rito, ex art. 702 ter c. 2 c.p.c., nelle forme ordinarie, con rinvio alla prima udienza di comparizione, ex art. 183 c.p.c., al fine di garantire il contraddittorio e la pienezza dell'istruttoria di causa. In via ulteriormente preliminare e/o pregiudiziale, richiedeva di accertare e dichiarare il difetto di legittimazione passiva della *Controparte_6* in relazione all'invalidità/inoperatività della polizza n. [redacted] ai sensi dell'art. 2.19 delle Condizioni di polizza, atteso che il sinistro oggetto della presente causa rientrava tra i casi di espressa esclusione della copertura assicurativa, con conseguente estromissione della *Controparte_4* dal presente giudizio.

Nel merito chiedeva al Giudice di respingere, in quanto infondate in fatto ed in diritto, nonché inammissibili e/o improcedibili, le domande tutte formulate dal ricorrente nei confronti della *Controparte_7* ed assolvere interamente la medesima da ogni domanda e, conseguentemente, respingere l' eventuale domanda di garanzia assicurativa della *Controparte_7* *[...]* nei confronti della odierna deducente *CP_4* *Controparte_6* *[...]* ..

In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande del ricorrente chiedeva di: accertare l'inesistenza del danno patrimoniale e non patrimoniale, in quanto non provato e, comunque, richiesto senza che ricorrano i presupposti o sia stata fornita adeguata prova; accertare e dichiarare l' esclusiva responsabilità del dr. *CP_8* e della sua equipe medica e, conseguentemente, escludere la copertura della *Controparte_6* *[...]* per l'intero, ovvero, in subordine, ridurre per l'importo relativo alle eventuali quote di corresponsabilità degli eventuali altri medici coinvolti, senza solidarietà tra le compagnie ovvero, in subordine, secondo quanto previsto sia dall'art. 4.4.2 della polizza *Controparte_4* , sia dall'art. 1910 cod. civ., secondo le quote rispettive di responsabilità su ciascuno gravanti, fermo restando

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

l'esercizio dell'azione di rivalsa da parte della *CP_4* nei confronti di ciascuno dei sanitari coinvolti in ipotesi di accertamento della loro colpa grave, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4.7 della polizza azionata; di accertare e dichiarare l'esclusione di copertura della *CP_4* laddove i medici coinvolti risultino liberi professionisti ai sensi dell'art. 11 delle definizioni ed art. 2.2. delle condizioni di polizza; accertare e dichiarare la odierna comparente *Controparte_4* tenuta a prestare la copertura assicurativa nei limiti dei precisi accordi negoziali assunti tra Assicurato e Assicurazione, con particolare riguardo alla limitazione del risarcimento dovuto dalla *Controparte_4* al massimale previsto dalla polizza, tenuto conto dell'esistenza di scoperto di polizza SIR pari ad Euro 275.000,00, riconosciuta per ogni danneggiato e per ciascuna richiesta risarcitoria per il sinistro di specie, in ogni caso la polizza *Controparte_4* dovrà essere ritenuta a II rischio in relazione alle eventuali altre polizze che la "Parte Contraente" convenuta, ovvero la *CP_7* abbia stipulato con altre compagnie di assicurazioni; accertare e dichiarare, ai fini dell'azione di regresso tra coobbligati ex art. 2055 cod. civ., le diverse responsabilità e gradazioni di colpa, della convenuta *Controparte_7* e dei medici ivi operanti, oltre ad eventuali terzi a qualsiasi titolo coinvolti nella fattispecie de qua, con conseguente condanna risarcitoria graduata della convenuta *Controparte_7* *[...]* con riferimento alla eventuale diseguale efficienza causale delle condotte accertate e/o eventuale esclusione o riduzione del carico risarcitorio per *CP_4* *[...]*

Al fine di accertare le cause ed i danni lamentati nel ricorso, la ricorrente chiedeva ed otteneva l'instaurazione dinanzi all'Autorità giudiziaria adita del procedimento di accertamento tecnico preventivo, ai sensi degli artt. 696 bis c.p.c., recante R.G. n. 2068/2018, consulenza tecnica preventiva espletata dal dott. *Persona_3* e e dal dott. *Persona_2* .

Ciò premesso, la domanda giudiziale proposta dalla ricorrente è fondata e merita, pertanto, di trovare accoglimento nei limiti di cui si dirà

****

-Sulla responsabilità medica in generale.

Prima di passare all'esame della fattispecie oggetto di controversia, appare opportuno premettere che la presente controversia è sottratta all'applicazione della

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

Legge n.17 dell'8 marzo 2017 (cd. Legge Gelli Bianco), ciò in conformità a quanto affermato di recente dalla Cassazione civile, Sez. III, che con la sentenza n. 28994 dell'11.11.2019, nell'affrontare la natura e il regime della responsabilità medico-sanitaria successiva alla riforma del 2017, avuto particolare riguardo al diritto intertemporale, aderisce all'indirizzo interpretativo espresso dai giudici di merito, affermando il principio di diritto per cui le norme sostanziali contenute nella Legge n. 24/2017, non hanno portata retroattiva e non possono applicarsi ai fatti avvenuti in epoca antecedente alla loro entrata in vigore.

Ciò detto, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza, in ipotesi di danni riportati a seguito di intervento chirurgico, il titolo della responsabilità ascrivibile alla struttura sanitaria (nonché al medico operante) è di natura contrattuale, che si origina grazie al contatto che si instaura tra medico e paziente.

Con sentenza 1 luglio 2002, n. 9556, in particolare, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha definitivamente sposato l'orientamento alla stregua del quale, in ipotesi di intervento chirurgico non correttamente eseguito, quella della *CP_7 [...]* (ovvero dell'ente ospedaliero) è ascrivibile al novero della responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione che la stessa *CP_7* 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_7*. 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 *Controparte_9*) insorgono, a carico della struttura sanitaria, accanto a quelli di tipo alberghiero (somministrazione di vitto e alloggio), 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 emergenze (cfr., Cass., sez. Un., n. 9556/2002, cit.; in senso conforme, Cass. Sez. III, 11 maggio 2009, n.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

10473; si vedano anche Cass., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13593, Cass. Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698, Cass., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066).

La struttura sanitaria risponde quindi, 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 c.c. (cfr. motivazione della sentenza n. 9556/2002: "la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività, rilasciatagli dall'ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno). In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il "pubblico è obbligato per legge a valersi" (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto").

Va poi osservato che non rileva la circostanza per cui il medico che eseguì l'intervento chirurgico 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., sez. III, 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 (rectius, di occasionalità necessaria) tra l'opera del suddetto ausiliario e l'obbligo del debitore (cfr., in tal senso, Cass., sez. III, 11 maggio 1995, n. 5150; si vedano anche Cass., sez. III, 8 gennaio 1999, n. 103 e Cass., S.U., n. 9556/2002, cit.).

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

In conclusione, in ipotesi di danno conseguente ad intervento, la struttura sanitaria risponde a titolo di responsabilità contrattuale, sia per fatto proprio, ex art. 1218 cod. civ., laddove vengano inadempiute obbligazioni connesse al contratto di spedalità e direttamente a carico dell'ente debitore (assistenza post - operatoria; sicurezza delle attrezzature e degli ambienti; custodia dei pazienti, tenuta della cartella clinica; vitto ed alloggio), sia per fatto dei dipendenti ovvero degli ausiliari, ex art. 1228 cod. civ., con riferimento all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta dal sanitario.

È bene precisare, a questo punto, che non incide sui principi giurisprudenziali sin qui esposti, elaborati dalla Suprema Corte, il disposto dell'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189; ed invero, come chiarito dalla Suprema Corte, l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve (così Cass., sez. VI-III, ord. 17 aprile 2014, n. 8940; in senso conforme, Cass., sez. VI-III, ord. 24 dicembre 2014, n. 27391; nella giurisprudenza di merito, si veda, nello stesso senso, Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574: in tema di responsabilità civile sanitaria il tenore letterale dell'art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, conv. in l. 189/2012 (c.d. decreto Balduzzi) anche alla luce dell'esame dell'intenzione del legislatore non consente di ritenere che la responsabilità del medico, per condotte interne ad una struttura sanitaria pubblica o privata, sussista solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano perché tale distinzione non è ricavabile dal tenore della norma che ha ad oggetto esclusivo, in punto di delimitazione della responsabilità, l'esimente penale colpa lieve per tutti gli esercenti le professioni sanitarie senza distinzione tra sanità pubblica e privata; si veda anche Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693: l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi non incide né sul regime di responsabilità

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

civile della struttura sanitaria (pubblica o privata), né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della cosiddetta attività libero professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c., ed è indifferente che il creditore/danneggiato agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti della sola struttura, del solo medico o di entrambi. Il richiamo nella norma suddetta all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. per l'esercente la professione sanitaria che non risponde penalmente (per essersi attenuto alle linee guida), ma la cui condotta evidenzia una colpa lieve, non ha nessun riflesso sulla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che ha concluso un contratto atipico con il paziente (o, se si preferisce, è comunque tenuta ex lege ad adempiere determinate prestazioni perché inserita nel Ssn) ed è chiamata a rispondere ex art. 1218 c.c. dell'inadempimento riferibile direttamente alla struttura anche quando derivi dall'operato dei suoi dipendenti e/o degli ausiliari di cui si è avvalsa; la medesima pronuncia ha ritenuto che la responsabilità del medico per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare).

Per quanto concerne, poi, il riparto dell'onere della prova nelle controversie concernenti la responsabilità professionale del medico, un risalente orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte distingueva tra intervento di semplice esecuzione (in cui la dimostrazione, da parte del paziente, dell'aggravamento della propria situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie era ritenuta idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando al medico fornire la prova che la prestazione professionale era stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi erano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile) e interventi di difficile esecuzione (in cui spettava al paziente allegare dimostrare quali erano state le

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

inidonee modalità di esecuzione: cfr., in tal senso, Cass., sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141).

Dopo la nota sentenza delle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte del 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di riparto dell'onere della prova in ipotesi di inadempimento ovvero inesatto adempimento di un contratto, tuttavia, tre pronunce della Suprema Corte (cfr. Cass., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471; Cass., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488) hanno chiarito che, in applicazione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova dettati dalle Sezioni Unite con la suddetta pronuncia, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del medico, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento.

Con la conseguenza per cui la distinzione tra interventi di facile esecuzione e prestazioni implicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare complessità non rileva più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma deve essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando in ogni caso a carico del sanitario allegare e provare che la prestazione era di particolare difficoltà.

In buona sostanza, al paziente è richiesto di provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica ovvero l'insorgenza di nuove malattie, senza dover provare specifici e peculiari aspetti di responsabilità professionale; il medico (ovvero l'ente ospedaliero o la struttura sanitaria) deve dimostrare che la prestazione fu eseguita in maniera diligente e che gli esiti peggiorativi furono determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile (cfr. sul punto Cass., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997).

Da ultimo, tale impostazione è stata recepita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. sentenza 11 gennaio 2008, n. 577), che hanno altresì affrontato la questione della dimostrazione del nesso di causalità, rilevando che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire,

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Con specifico riguardo a tale ultimo profilo, del nesso di causalità tra condotta del medico (ovvero della struttura sanitaria) ed evento (danno riportato all'esito dell'operazione ovvero del trattamento sanitario), va premesso, sul piano generale, che la valutazione del nesso causale in sede civile, pur ispirandosi ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 c.p. (secondo i quali un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché al criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione "ex ante" - del tutto inverosimili) presenta tuttavia notevoli differenze in relazione al regime probatorio applicabile, stante la diversità dei valori in gioco tra responsabilità penale e responsabilità civile. Nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige infatti la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741; si veda anche Corte di Appello di Bari, sez. III, 13 marzo 2012, n. 274).

In sede civile, in particolare, nell'imputazione di un evento dannoso per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto; il giudice, pertanto, è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato "controfattuale", che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato (cfr. Cass., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709), il tutto secondo un criterio di "credibilità razionale" o "probabilità logica", in base alle effettive circostanze fattuali (cfr. sul punto Cass. Pen., Sez. IV, 12 novembre 2013, n. 8073).

La giurisprudenza più recente, in particolare, ha valorizzato, rispetto al criterio dell'alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica, quello del "più probabile che non", quale regola che presiede il giudizio qualificatorio del

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

nesso eziologico (cfr., da ultimo, Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619; Cass., sez. Un. 10 gennaio 2008, n. 576; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 582; Cass., sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 584; Cass., n. 10741/2009, cit.; Cass., sez. III, 8 luglio 2010, n. 16123).

Conseguentemente, con specifico riguardo alla responsabilità del medico, essendo quest'ultimo tenuto ad espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso (cfr. Cass., sez. III, 8 luglio 2010, n. 16123).

In tema di riparto dell'onere probatorio in tema di causalità materiale, si evidenzia come la Suprema Corte di Cassazione anche di recente abbia in più occasioni ribadito il principio secondo cui in tema di 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'evento di danno (aggravamento della patologia preesistente ovvero insorgenza di una nuova patologia) e l'azione o l'omissione dei sanitari, non potendosi predicare, rispetto a tale elemento della fattispecie, il principio della maggiore vicinanza della prova al debitore, in virtù del quale, invece, incombe su quest'ultimo l'onere della prova contraria solo relativamente alla colpa ex art. 1218 cod. civ. (cfr. in tal senso Cass. Ordinanza n.20812 del 2018).

In particolare con la sentenza n.28991 del 2019 si è affermato il condivisibile principio secondo cui in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle "leges artis" nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

****

Occorre esaminare le risultanze della consulenza tecnica preventiva affidata al dott. *Persona_3* e al dott. *Persona_2* .

La consulenza tecnica d'ufficio disposta dall'intestato Tribunale, le cui conclusioni sono condivise, ha individuato la responsabilità del personale medico e della struttura convenuta nella produzione del danno iatrogeno emerso a seguito degli interventi chirurgici.

Sul punto i CCTTUU hanno ricostruito la vicenda che ci occupa, osservando in merito all'esecuzione degli interventi presso la struttura convenuta che *"Dalla valutazione dei fatti presi in esame si evince - incontrovertibilmente - che la sig.ra* *Parte_1* *ebbe a riportare un'infezione periprotesica contratta durante l'intervento subìto nel settembre 2015 presso la* *Controparte_10* *di* [redacted] *configurandosi di fatto profili censurabili nell'attività prestata dalla struttura sanitaria in questione."*.

In merito all'aspetto della profilassi e del contagio i CCTTU hanno osservato che: *"indipendentemente dall'esecuzione di una profilassi sul degente, che nel caso di specie pare essere stata seguita per la sig.ra* *Pt_1* *(almeno in fase intraoperatoria allorquando era prevista cefazolina come indicato nella cartella anestesiologica per poi ritrovarsi una terapia antibiotica empirica prescritta alla dimissione), l'iter documentato comprova scolasticamente il nesso di causa fra l'evento chirurgico ed il contagio, laddove i tempi sono assolutamente congrui alla manifestazione acuta dell'infezione nel rispetto del criterio cronologico essendo stata diagnosticata la presenza di fistola a poco più di 30 giorni dall'intervento, peraltro con una sintomatologia clinica documentata già a far data da dieci giorni dopo la dimissione; anche la sede anatomica è assolutamente rispettata in quanto banalmente inquadrabile nel sito chirurgico in ossequio al criterio topografico; le caratteristiche microbiologiche del batterio identificato, poi, sono congrue al danno manifestatosi in ottemperanza al criterio di efficienza quali-quantitativa; l'infezione rilevata è tipicamente di tipo nosocomiale essendo caratterizzata da un agente etiologico che nel 50-60% dei casi si manifesta in ambiente ospedaliero per interventi ortopedici con necessità di applicazione di*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

mezzi di sintesi secondo il criterio statistico-epidemiologico ed infine non sono dimostrati altri possibili momenti di infezione nel rispetto del criterio di esclusione di altri momenti etiologici."

Pertanto, i CCTTU hanno ritenuto che: *"si trattò di un'infezione periprotesica certamente inquadrabile nel novero di una grave infezione nosocomiale, potrà altrettanto semplicemente e chiaramente affermarsi la responsabilità medica della* Controparte_10 *nel determinismo dell'infezione stessa come pure di tutte quelle gravi sequele post-chirurgiche fino all'attuale ed assai importante quadro esitale di compromissione sub-totale del sistema statico-deambulatorio (secondo il ben noto principio che causa causae est causa causati), susseguenti alla necessità di quegli ulteriori trattamenti medico-chirurgici che, per quanto accettabili e congrui sul piano tecnico, non poterono scongiurare – anche e soprattutto a causa dello stato patologico preesistente della perizianda stessa – la grave realtà esitale allo stato obiettivabile"*.

I CCTTUU aggiungono, altresì, che *"Per quanto attiene, poi, la suscettibilità individuale e ambientale al contagio va detto che dall'esame della certificazione acquisita, per vero, si rilevano dati incontrovertibili circa numerosi e gravi fattori patologici preesistenti della sig.ra* Pt_1 *(come, in primis, la grave obesità) che possono aver certamente favorito l'infezione, ma rileva che questi comunque non esimerebbero dal risarcimento anzi sarebbero dovuti essere oggetto di adeguata informazione (che non sembrerebbe esserci stata almeno considerando l'assenza di un valido consenso informato in atti)"*.

I CCTTU, pertanto, hanno osservato conclusivamente che: *"Orbene, nello specifico, esaminata la patogenesi e l'evoluzione delle infezioni protesiche, la storia clinica e la certificazione in atti, relativamente alle problematiche cliniche e medico-legali del caso in oggetto è possibile rilevare: l'assenza di soluzioni di continuità tali da giustificare una virulentazione o sovrapposizione microbica indipendente da pratica chirurgica come - ad es. - nel caso di fratture esposte; la stretta connessione temporale tra l'intervento di cui si discute (23.09.2015) e la comparsa dei primi sintomi della patologia infettiva (10 giorni dopo), nonché la sua forma conclamata (05.11.2015); la presenza di fattori favorenti la patologia infettiva quali l'obesità, ecc.; il mancato riscontro di elementi favorevoli l'asepsi e/o un'adeguata copertura antibiotica, seppur per correttezza vada riconosciuto*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

come quest'ultima non sia un fattore determinante nell'evitamento del processo. Tutto ciò consente di affermare che la sig.ra Parte_1 *abbia contratto un'infezione peri-operatoria e, anche se è impossibile stabilire quale sia stato il momento esatto in cui si è interrotto il circuito di sterilità e/o di asepsi, è pur sempre possibile ricondurre l'infezione a fattori connessi all'ambiente operatorio (contaminazione della sala operatoria e/o degli strumenti utilizzati, ecc.) o al personale in contatto con il paziente. Pertanto, emerge chiaramente la responsabilità del P.O.* CP_1 *nel determinismo dell'infezione post-operatoria concretizzante una osteomielite acuta che fu causa di un lunghissimo iter clinico-terapeutico post-chirurgico caratterizzato dalla necessità di lunghe terapie medico-chirurgiche successive, andanti dalla rimozione della protesi con impianto di spaziatore antibiotato fino alla successiva riprotesizzazione dell'arto stesso che, in un soggetto già affetto da obesità grave e poliartrosi, non poté scongiurare quella grave condizione clinica oggi presente, e con ogni verosimiglianza oramai stabilizzata, di compromissione sub-totale del sistema statico-deambulatorio,".*

Trattasi di conclusioni cui i CCTTUU sono arrivati dopo una analisi dettagliata dei dati e non sono emersi elementi atti a minare le valutazioni degli ausiliari del Giudice.

Da detta Consulenza Tecnica d'Ufficio i cui contenuti si intendono integralmente riportati, è rimasta accertata l'esistenza del nesso di causalità della condotta dei sanitari della convenuta struttura nei termini sopra descritti ed il danno di cui chiede il ristoro, paventato come iatrogeno.

Sul punto le conclusioni dei nominati CCTTUU appaiono pienamente rispondenti ai criteri che orientano l'accertamento del nesso di causalità in campo medico legale ed appaiono congruamente e puntualmente motivate anche a mezzo di richiami alla letteratura scientifica ed alle linee guida operanti nel settore di riferimento.

Alla luce delle considerazioni di cui sopra, i CCTTUU precisano in relazione alla misura del danno: *"è possibile affermare che la sig.ra* Parte_1 *era affetta da una grave patologia gonartrosica sin. (in soggetto grande obeso e poliartrosico perciò con un sistema statico-deambulatorio già parzialmente compromesso) trattata clinico-chirurgicamente in maniera non adeguata cosicché*

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

la non corretta gestione sanitaria del caso, con la conseguente infezione periprotesica, fu causa di un prolungamento del periodo di malattia (I.T.T. di gg. 90 ed I.T.P. al 75% di giorni 210 calcolati quale plus di temporanea rispetto a quel periodo di malattia scolasticamente atteso quale conseguenza di un intervento di protesizzazione ed al suo normale iter clinico-riabilitativo post-chirurgico) nonché di un danno biologico permanente iatrogeno differenziale valutabile nella misura complessiva di 20 (venti) punti percentuali da calcolare e monetizzare quale plus di danno compreso tra il 40% ed il 60%".

In buona sostanza, quindi il danno anatomico e funzionale allo stato riconoscibile, può essere adeguatamente quantificato nella misura del 20% (danno iatrogeno differenziale).

Quanto all'individuazione del criterio di liquidazione del danno biologico così sopra individuato, con la recente sentenza n. 25164/20 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". Va aggiunto che la Cassazione sostiene che la componente morale del danno, da accertare caso per caso, non dovrebbe essere considerata come sempre presente e che quindi, anche per questo motivo, non può che stigmatizzare le tabelle milanesi per la sussistenza di un erroneo automatismo nella liquidazione.

Pertanto, posto che nel caso in esame non è stata data 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.) tale voce di danno non può essere liquidata.

Alla luce delle nuove tabelle di Milano, adottate dal Tribunale meneghino proprio facendo seguito alla predetta sentenza della Cassazione n. 25164/2020, considerando una percentuale di invalidità nella misura del 60%, a cui deve sottrarre la percentuale del 40%, per un danno iatrogeno differenziale nella misura complessiva 20%, ed in considerazione dell'età del danneggiato all'epoca dell'intervento (59), si ottiene una somma di **€ 155.755,00** (€ 307.361,00 - € 151.606,00)**.**

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

Tale somma è stata ottenuta effettuando il calcolo in chiave differenziale (cfr. Cassazione sentenza n. 6341 del 2014), dove si assume come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, non riconducibile alla responsabilità del sanitario.

La somma dovuta a titolo di invalidità temporanea e considerando, quale base di calcolo, il punto "base" pari ad € 99,00 si liquida:

1) il danno da ITT per 90 giorni è pari ad € 8.910,00;

2) il danno da ITP al 75% per 210 giorni è pari ad € 15.592,50;

Il totale dovuto è pari, pertanto, alla somma di **€ 180.257,50**, cui vanno sommate le spese mediche documentate pari ad euro € 596,62 per la somma totale di **€ 180.854,12**, già determinata all'attualità, per cui non va aggiornata e su di essa, quindi, non va corrisposta la rivalutazione monetaria.

Nella liquidazione del danno cagionato da illecito civile, in caso di ritardo nell'adempimento, tuttavia, deve altresì tenersi conto del nocumento finanziario (lucro cessante) subito dal soggetto danneggiato a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento, la quale se tempestivamente corrisposta, avrebbe potuto essere investita per ricavarne un lucro finanziario; tale danno, invero, ben può essere liquidato con la tecnica degli interessi, con la precisazione, tuttavia, che detti interessi non debbono essere calcolati né sulla somma originaria, né su quella rivalutata al momento della liquidazione, dovendo gli stessi computarsi, piuttosto, o sulla somma originaria progressivamente rivalutata, anno per anno, ovvero in base ad un indice di rivalutazione medio (cfr., in tal senso ed ex multis, Cass. SS. UU., 17 febbraio 1995, n. 1712, nonché Cass. 10 marzo 2000, n. 2796).

Orbene, per ottenere l'effetto pratico del riconoscimento degli interessi calcolati sulla somma rivalutata in base ad un indice di rivalutazione medio questo Giudicante reputa opportuno condannare la struttura resistente al pagamento, in favore di *Parte_1* degli interessi al tasso legale previsto dal codice civile, dalla data dell'evento dannoso (23.9.2015) sull'importo di **€ 180.854,12,** somma che deve essere devalutata, in base all'indice ISTAT delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai (cosiddetto indice *Orga*, alla

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

suddetta data del (23.9.2015) - quale momento in cui l'illecito si è prodotto - e, quindi, anno per anno, ed a partire dal (23.9.2015) e fino al momento della pubblicazione della presente decisione (mediante deposito in Cancelleria), sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra indicata, con divieto di anatocismo.

Dal momento della pubblicazione della presente sentenza e fino all'effettiva corresponsione, infine, dovranno essere corrisposti, sulla somma totale sopra liquidata a titolo risarcitorio, gli ulteriori interessi al tasso legale, ai sensi dell'art. 1282 cod. civ., posto che, al momento della pubblicazione della sentenza, l'obbligazione risarcitoria, che ha natura di debito di valore, si trasforma in debito di valuta, con conseguente applicabilità degli istituti tipici delle obbligazioni pecuniarie in senso stretto, sulla somma globale composta da capitale, rivalutazione e coacervo degli interessi maturati fino alla data predetta (pubblicazione della sentenza: cfr., in tal senso, Cass. 3 dicembre 1999, n. 13470; Cass. 21 aprile 1998, n. 4030).

Premesso che il danno liquidato attiene esclusivamente ad un danno biologico va precisato che parte ricorrente, in atto introduttivo invoca una personalizzazione del danno.

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 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

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

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 costitutivo 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 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 perifrasi del danno biologico, provvedimento che indica una strada assolutamente condivisibile e cristallinamente illustrata. "È 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

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

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 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.

****

In merito alla mancanza del consenso informato va rammentato che in tema di responsabilità professionale del medico, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione

Dall’archivio dell’Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

alcuna rilevanza causale sul danno alla salute (cfr. in tal senso Cass. Civ. sentenza n.2847 del 9 febbraio 2010).

Ed invero ciò che si vuole tutelare, con il conseguente risarcimento del danno per mancato consenso, deve essere valutato in concreto, tenendo presenti le reali possibilità di scelta che si ponevano di fronte al paziente, nel caso in cui fosse stato adeguatamente informato.

A ciò consegue che la rilevanza causale del mancato consenso sussiste soltanto quando una tale disinformazione abbia comportato una scelta terapeutica che, altrimenti, sarebbe stata, con alta probabilità, rifiutata o modificata dal paziente stesso.

Ciò vuol dire, richiamando quanto già detto, che, anche ove si deduca la violazione dell'obbligo di acquisire un consenso informato all'esecuzione dell'intervento chirurgico, l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno, nelle obbligazioni così dette di comportamento, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

Il che comporta: a) da un lato, la necessità, per la parte istante, di allegare un inadempimento, per così dire qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno; b) che la sussistenza del nesso eziologico va indagata, non solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento o terapia adottata e pregiudizio della salute, ma - ove sia allegata la violazione del consenso informato - anche in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico, per non aver informato il paziente, ed esecuzione dell'intervento o adozione di una determinata terapia.

Ciò nell'ottica che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute (Cass. 13.7.2010 n. 16394; Cass. 9.2.2010 n. 2847; Cass. 11.5.2009 n. 10741; Cass. 3.9.2007 n. 18513); con la conseguenza di un risarcimento.

Nel caso di specie non è stata fornita la prova, il cui onere gravava su parte ricorrente, che nel caso di una corretta informazione avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento.

****

Va adesso considerata l'eccezione di mancanza di legittimazione passiva di *Controparte_4* per inammissibilità dell'azione diretta della ricorrente.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

È principio generale del nostro ordinamento quello secondo cui il preteso danneggiato sia privo di azione diretta nei confronti dell'assicuratore per la responsabilità civile verso terzi dell'asserito danneggiante., salvo le diverse ipotesi regolate da espresse disposizioni normative, quali, ad esempio, il risarcimento per danni provocati dalla circolazione di veicoli o natanti (tra le tante Cass. sent. n. 925/2017).

Un'azione diretta è stata introdotta con la legge n. 24/2017 (cd. *Legge Gelli-Bianco*), entrata in vigore l'01.04.2017, prevista dall'art. 12. Il comma 1 del suddetto articolo ha, infatti, introdotto nel nostro ordinamento il diritto per il preteso danneggiato di agire direttamente nei confronti delle imprese di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi delle strutture sanitarie e dei medici.

Trattasi di normativa non applicabile al caso di specie, atteso che trattasi di fatti risalenti al 2013 , prima dell'entrata in vigore dell' **entrata in vigore della *Legge Gelli – Bianco***. L'intera disciplina introdotta da tale norma – compreso l'art. 12 - è, pertanto, inapplicabile alla presente controversia *ratione temporis*, come definitivamente chiarito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 28994/2019.

Inoltre il comma 6 dell'art. 12 della *Legge Gelli* – *Pt_2* subordina espressamente l'operatività dell'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al 20 comma 6 dell'articolo 10 della medesima legge, con il quale saranno determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative. Decreto attuativo non ancora emanato .

Ciò detto occorre considerare che la resistente [redacted] nella propria costituzione ha chiesto tempestivamente di essere autorizzata alla chiamata del terzo ai sensi dell'art. 269 c.p.c. al fine di essere manlevata .

Sul punto occorre evidenziare che con ordinanza del 2 febbraio 2022, pubblicata il 23 marzo 2022, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione si è nuovamente pronunziata sulla domanda riconvenzionale cd. trasversale, ossia quella domanda formulata da un convenuto nei confronti di un altro convenuto, statuendo che la stessa è assoggettata alle forme e ai termini previsti dal codice di procedura civile per la proposizione della domanda riconvenzionale "in senso stretto" (con ciò intendendosi quella formulata dal convenuto nei confronti dell'attore), con conseguente inapplicabilità dell'art. 269 c.p.c.

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

In sostanza in tali ipotesi, in cui rientra il caso di specie, non si può esigere l'impiego delle forme prescritte per la chiamata in causa del terzo "*per l'evidente ragione*" che non può configurarsi una "chiamata in causa" nei confronti di un soggetto che è già parte del giudizio, risultando, dunque, sufficiente e corretto formulare la domanda riconvenzionale trasversale nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata.

Ciò detto la domanda di manleva va considerata nel merito , atteso che *CP_4 [...]* ha eccepito l'inoperatività della polizza in base a quanto previsto dall'art. 2.19 "ESCLUSIONI" delle Condizioni di polizza che prevede che la polizza *CP_4* "*non si applica ad alcuna richiesta di risarcimento derivante direttamente o indirettamente, o in qualsiasi modo correlata, a: 2.19. Stafilococco aureo resistente alla meticillina (MRSA) e sue varianti.".*

L'eccezione di inoperatività appare infondata, atteso che dalla CTU emerge chiaramente : " *I microrganismi che tipicamente causano le infezioni in ambiente ospedaliero sono i batteri Gram-positivi fra cui spicca lo staphylococcus aureus, e cioè il medesimo agente individuato nel caso in oggetto allorquando era praticato un esame colturale condotto su tampone da ferita chirurgica."*

Dal tampone effettuato il 4.5.2016 e allegato alla cartella clinica risulta che trattasi di *Stafilococco aureo sensibilis* .

Sulla base di quanto detto la domanda di manleva va accolta

Le spese seguono la soccombenza

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, nella causa iscritta al n. 20769/2020 del R.G.A.C., avente ad oggetto PRESTAZIONE D'OPERA INTELLETTUALE, pendente tra *Parte_1* e *Controparte_1* , in persona del l.r.p.t., *Controparte_4* , *Controparte_4* in persona del l.r.p.t., ogni contraria istanza disattesa così provvede:

1. Accoglie nei limiti di cui in parte motiva la domanda risarcitoria proposta da parte ricorrente e per l'effetto condanna la parte resistente *[...] CP_1* , in persona del l.r.p.t. alla corresponsione, in favore della ricorrente della somma complessiva di euro **€ 180.854,12**; oltre interessi al tasso legale previsto dal codice civile, dalla data dell'evento dannoso

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

(23.9.2015) sulle somme indicate che devono essere devalutate, in base all'indice ISTAT delle variazioni dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai , alla suddetta data del (23.9.2015) - quale momento in cui l'illecito si è prodotto - e, quindi, anno per anno, ed a partire dal (23.9.2015) e fino al momento della pubblicazione della presente decisione, sulla somma di volta in volta risultante dalla rivalutazione di quella sopra indicata, con divieto di anatocismo;

2. condanna la resistente, *Controparte_1* , in persona del l.r.p.t. alla corresponsione in favore della ricorrente dal momento della pubblicazione della presente sentenza e fino all'effettiva corresponsione, al pagamento sulle somme sopra liquidate a titolo risarcitorio, degli ulteriori interessi al tasso legale, ai sensi dell'art. 1282 cod. civ.;
3. condanna la resistente, *Controparte_1* , in persona del l.r.p.t. al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente *Parte_1* che si liquidano in euro € 607,00 per esborsi ed € 8.433,00 per onorari, oltre contributo forfettario 15%, IVA e CPA come per legge con attribuzione al procuratore dichiaratosi anticipatario;
4. condanna la resistente *Controparte_1* , in persona del l.r.p.t. al pagamento in favore della ricorrente *Parte_1* delle spese dell'ATP R.G. n. 2068/2018 che si liquidano in euro € 607,00 per esborsi ed € 3.827,00 per onorari, oltre rimborso forfettario per spese generali, iva e cpa con attribuzione al procuratore dichiaratosi anticipatario.
5. Condanna la resistente *Controparte_1* , in persona del l.r.p.t. al pagamento in favore della ricorrente *Parte_1* delle spese per la CTU nell'ATP RG. n. 2068/2018.
6. Condanna *[...]* *Controparte_4* *[...]* in persona del l.r.p.t., a tenere indenne *Controparte_1* per quanto dovuto sub 1) 2)3)4)5)

Così deciso in Napoli, il 17.3.2023

Il Giudice

Dott. Rosaria Gatti

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712

Osservatorio ICA Italia
osservatorioicaitalia.it

Dall'archivio dell'Osservatorio ICA Italia · osservatorioicaitalia.it/sentenze/hai-712