

4333 / 16

Repert. n. 4876/2016 del 07/12/2016

RG. 309/10
Ca. 3641/16
Ref. 4876/16
Rel. Notaro.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI NAPOLI

Sezione III civile

La Corte d'appello di Napoli, sezione III civile, così composta:

dott. Rosa Giordano	presidente
dott. Giulio Cataldi	consigliere
dott. Francesco Notaro	cons. rel. est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa recante il numero di ruolo 309 registro affari contenzioni per l'anno 2010, avente ad oggetto appello avverso la sentenza n. 12737/08, pubblicata il 16.12.2008, del tribunale di Napoli, non notificata

TRA

cf.

e

, cf. , rappresentati e difesi dall'avv. Michele Liguori e dall'avv. Tiziana Conte giusta procura stesa a margine dell'atto di appello, elett.nte dom.ti presso lo studio del primo in Napoli, p.zza Esedra Ed. Edilforum Is. F10, Centro Direzionale

Appellanti

E

Cuozzo Antonio, nato a Napoli il 12.9.1958, rappresentato e difeso dall'avv. Irene Cossu come da mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione di primo grado, elett.nte dom.to presso il suo studio in Napoli, via Ferdinando del

Carretto n.26

Appellato

NONCHE'

Ina Assitalia s.p.a., quale incorporante di Assitalia s.p.a., in persona del procuratore speciale indicato in atti, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Magaldi come da mandato in calce alla copia notificata dell'atto di appello, elett.nte dom.to in Napoli, presso lo studio del medesimo procuratore, p.zza Carità n.32

Appellata

E

Generali s.p.a., in persona dei legali rappresentanti indicati in atti, rappresentati e difesi dall'avv. Renato Magaldi come da mandato in calce alla copia notificata dell'atto di appello, elett.nte dom.to in Napoli, presso lo studio del medesimo procuratore, p.zza Carità n.32

Intervenitrice Volontaria

Conclusioni

All'udienza dell'1.6.2016 le parti si riportavano ai rispettivi atti e alle conclusioni già in precedenza rassegnate.

Motivi della decisione

Il tribunale di Napoli, in primo grado, con la sentenza indicata in epigrafe, decideva sulla domanda proposta da . in proprio e nella qualità di rappresentante del minore , nei confronti di Cuozzo Antonio, volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'intervento di onicectomia all'alluce destro, eseguito in data 7.10.1999, che

(Fu)

esitava, dopo una serie di medicazioni, cure e terapie, nella necessità di amputazione per necrosi, con la chiamata in causa da parte del sanitario della impresa assicuratrice Assitalia s.p.a.. Il primo giudice, a) dopo aver esposto diffusamente le risultanze della c.t.u. svolta in primo grado, conclusasi con un giudizio di imperizia e imprudenza a carico del Cuzzo, b) riteneva che, dalla stessa relazione, emergesse che non vi erano dati clinici sicuri su cui basare tale valutazione; che andava rilevato che la teste escussa, , aveva riferito di aver assistito all'intervento in quanto tirocinante del convenuto e che la natura dell'intervento era stata illustrata dal sanitario; che il Cuzzo praticò anestesia solo con carbocaina al 2%, senza uso di adrenalina, mentre l'eventuale errore di inoculazione dell'anestetico era stato solo ipotizzato, così come non individuata come possibile causa quella della formazione del cappio alla base del dito, essendo anche emerso che il sanitario suggerì di allentare la garza; c) che, pertanto, diversamente da quanto argomentato dal c.t.u., non si ravvisavano certezze giuridicamente idonee a fondare un giudizio di responsabilità, né ragioni di colpa a carico del Cuzzo. Inoltre, in merito al mancato raccoglimento del consenso informato, o all'asserita sua incompletezza e non esaustività: d) la teste aveva riferito il contrario, andando a carico del paziente l'onere di provare il mancato assolvimento dei doveri di informazione; che era da stimare inammissibile, in presenza del documento scritto, la prova testimoniale sul suo contenuto. Pertanto, rigettava la domanda, ponendo a carico della . le spese di lite come da dispositivo, con compensazione di quelle relative al rapporto processuale tra il convenuto e la terza chiamata.

Avverso detta pronuncia proponevano appello / , divenuto

maggiorenne e _____, alla cui lettura si rimanda quale parte espressa della presente decisione (componendosi il gravame di ben 105 pagine), lamentando, in estrema sintesi, sia riguardo alle questioni afferenti il consenso informato, che la responsabilità del sanitario, la violazione delle norme in tema di distribuzione dell'onere della prova; il mancato esame di tutte le allegazioni difensive delle parti e di tutti gli elementi presenti nel processo; un'arbitraria ed erronea interpretazione delle risultanze probatorie, anche con conseguente contraddittorietà della motivazione, gravando, sulla base della più recente e oramai consolidata giurisprudenza di legittimità, la prova di aver assolto correttamente ai doveri di informazione, così come di avere correttamente adempiuto alla prestazione, nonché dell'assenza del nesso causale, in capo al sanitario. Contestava, inoltre, l'attendibilità delle dichiarazioni della teste _____, oltre che la violazione dei criteri che governano l'accertamento del nesso causale in sede civile, avendo il tribunale omissso di considerare tutti gli accertamenti tecnici eseguiti, non solo quello del c.t.u., già sfavorevole al Cuozzo, ma anche quelli di parte e quello eseguito nel giudizio penale, prodotto dallo stesso convenuto. Chiedeva, pertanto, in riforma della sentenza impugnata, accogliere la domanda degli attuali appellanti, con declaratoria di inadempimento contrattuale e/o di inesatto adempimento contrattuale e/o responsabilità extracontrattuale del Cuozzo, per omessa o incompleta informazione sui rischi del trattamento tecnico-assistenziale e chirurgico eseguito, con condanna dello stesso alla restituzione, in favore della _____, della somma di euro 1062,61, oltre interessi e maggior danno; disattendere le conclusioni restrittive del c.t.u. in merito alla percentuale di I.P. iatrogena riconosciuta all' _____, facendo proprie le risultanze del consulente _____.

(Fu)

di parte Savoia nelle Note controdeduttive da intendersi richiamate sul punto; condannare conseguentemente Cuzzo Antonio e, in caso di inerzia dello stesso, direttamente la Ina Assitalia s.p.a., ex art. 1917 comma 2 c.c., eventualmente previa surroga nei diritti dell'assicurato ai sensi dell'art. 2900 c.c., al risarcimento di tutti i danni subiti, diretti e riflessi, patrimoniali da lucro cessante e da inabilità permanente e/o emergente da perdita di possibilità passata, attuale e futura (cd. perdita di *chance*), emergente, passato e futuro per spese vive sostenute e da sostenere, per spese al difensore, al patrocinatore e al c.t. di parte, per l'attività stragiudiziale; non patrimoniali, biologico da invalidità permanente e da invalidità temporanea, alla vita di relazione, alla veste estetica, morale, esistenziale, alla vita privata, al rapporto e all'integrità familiare, per la lesione al diritto ad una compiuta informativa e, comunque, per la lesione dei valori/interessi giuridicamente protetti e dei personalissimi diritti umani inviolabili, nella misura che verrà ritenuta di giustizia, oltre rivalutazione ed interessi nella misura determinata di giustizia, vinte le spese del giudizio con distrazione in favore dell'avv. Liguori, anche con maggiorazione per assistenza plurima, con vittoria di spese anche della fase stragiudiziale, con distrazione in favore degli avv. Liguori e Conte, sempre per assistenza plurima di almeno due parti; in via gradata, pronunciarsi sull'inadempimento o sulla responsabilità del Cuzzo, con condanna dello stesso in via generica ex art. 278 c.p.c., come sopra, con provvisoria, disponendo rinnovo della c.t.u.

Si costituiva il Cuzzo il quale resisteva all'impugnazione, riproponendo la domanda di manleva nei riguardi dell'assicurazione.

Si costituiva anche la Ina Assitalia s.p.a. che chiedeva la propria estromissione

Fm

dal giudizio ed interveniva nel giudizio la Generali, quale cessionaria della prima; entrambe resistevano all'impugnazione, reiterando le proprie difese anche in merito ai limiti della copertura assicurativa.

All'udienza indicata in epigrafe, acquisita la copia della consulenza eseguita sulla persona della _____ la causa veniva riservata a sentenza, con concessione dei termini di gg. 60 + 20 per scritti conclusionali.

A) Tanto premesso, si osserva che pur partendo dalle considerazioni sviluppate dagli appellanti nel primo motivo di impugnazione afferente l'acquisizione del consenso informato, le obiezioni avanzate al riguardo dall'_____ e dalla _____ introducono questioni, ulteriormente precisate nella parte dedicata all'esecuzione e agli esiti dell'intervento, che assumono rilevanza non solo sulla specifica questione del consenso informato, ma anche sulla responsabilità del sanitario e sulla prova del nesso causale, permettendo in tal modo a questa corte di procedere ad una, ancorché sintetica, ricostruzione dei principi che governano la materia.

Si ritiene, infatti, più opportuno affrontare, nel prosieguo, prima l'accertamento della responsabilità ascritta al Cuozzo in merito all'esecuzione dell'intervento di onicectomia, piuttosto che seguire l'articolazione dei motivi di appello, così come proposti dagli appellanti, giacché, sulla base della prospettazione formulata dagli originari attori relativamente agli addebiti mossi riguardo all'acquisizione del consenso informato, in parte condizionata anche tale specifica questione.

Ciò posto, evidenzia la corte che il tribunale, oltre ad aver dato per correttamente acquisito il predetto consenso sulla scorta delle dichiarazioni della teste _____ nonché del documento sottoscritto dalla _____ e _____

dall' - quest'ultimo insuscettibile di essere contrastato da prova testimoniale relativamente al contenuto - è indiscutibilmente partito dal principio, da esso stesso definito "tradizionale", che l'onere della prova gravasse sul "creditore che deve dimostrare l'adempimento, oltre al contenuto della non adempiuta obbligazione...", affermando senza mezzi termini che non vi erano dubbi sul fatto che "L'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del medico ... incombe sul paziente...".

Inoltre, in relazione all'esecuzione dell'intervento, dopo aver pressoché per esteso riportato il contenuto della consulenza a firma del c.t.u. Guerritore, che era giunto alla conclusione in virtù della quale "La condotta operatoria e dell'immediato postoperatorio del sanitario curante è stata viziata da elementi di imperizia e di imprudenza nel trattamento di patologia ordinaria che non offriva elementi di particolare difficoltà o di indaginoso esecuzione", ha ritenuto, invece, che non vi fossero "dati clinici sicuri su cui basare tali valutazioni", in quanto si trattava di fatti solo ipotizzati, "ma non certi", sicché non si ravvisavano "certezze giuridicamente idonee a fondare un giudizio di responsabilità".

Tali presupposti di partenza, come si dolgono gli appellanti, sono, con evidenza, contrastati dalla giurisprudenza di legittimità formatasi dall'inizio del 2001 e successivamente consolidatasi nel corso del primo decennio del nuovo millennium, la quale, muovendo dal proprio *revirement* in tema, in generale, di inquadramento dell'attività del professionista nell'ambito della responsabilità contrattuale e, quindi, di oneri di distribuzione della prova tra creditore e debitore, riguardo al denunciato inadempimento del secondo ha avuto modo di affermare che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza

dell'adempimento, per violazione di doveri accessori quali quelli di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o per difformità quantitative o qualitative dei beni, gravando sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento (cfr. la nota Cass. sez. un. n.13533/2001).

Più specificamente, nel caso di dedotto inadempimento del sanitario, il su indicato percorso della giurisprudenza di legittimità è sfociato nell'altrettanto nota pronuncia (vds. Cass. sez. un. n.577 del 2008, comunque anticipata da arresti di segno analogo) in virtù della quale il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione, ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, spettando al professionista dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, o che, pur esistendo, esso non è stato etiologicamente rilevante (solo per completezza, in quanto a ciò vi fanno cenno gli appellanti in sede di comparsa conclusionale, senza che la questione sia stata sollevata dagli appellati, si evidenzia che il giudice di legittimità ha anche precisato che l'intervento normativo del 2012 - D.L. n. 158 del 2012, art. 3, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 189 del 2012, cd. decreto Balduzzi -, non ha inciso sul predetto inquadramento della responsabilità medica nell'ambito della responsabilità contrattuale; cfr. Cass. nn. 8940 e 27391 del 2014).

Sicché, risulta oramai superata, in materia di distribuzione dei carichi probatori, anche la nota distinzione riferita alle prestazioni impicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ex art. 2236 c.c., per le quali occorre che il paziente dimostrasse la colpa grave del sanitario, il danno, nonché la sussistenza

di un nesso di causalità tra la condotta e l'evento, essendo, invece, stato affermato come la distinzione tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non possa venire in rilievo come criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma soltanto per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, gravando, comunque, sul sanitario dimostrare, non solo che la prestazione era di particolare difficoltà, ma anche l'esatto adempimento della prestazione medica (cfr. tra le tante Cass. n.10297 del 2004 e la giurisprudenza correttamente richiamata dalla).

Riguardo, invece, alla sussistenza del nesso causale tra l'evento pregiudizievole e l'intervento del sanitario, la più recente giurisprudenza, oltre ad addossare ancora una volta, sulla base del principio di vicinanza della prova, nonché della individuazione del soggetto meglio attrezzato a fornire una spiegazione alternativa dell'accadimento, l'onere della dimostrazione della sua insussistenza sul medico o sulla struttura ospedaliera, ha avuto modo di precisare che, diversamente dall'ambito dell'accertamento penale, in campo civilistico è sufficiente un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, soprattutto laddove manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti estranei alla sfera di dominio del sanitario, secondo quella che oramai efficacemente viene rappresentata dal sintagma racchiuso nella cd. regola "del più probabile che non" (tra le tante, Cass. nn. 577, 581/2008; 10285/2009; 9927/2012; 3847/2011; 16123/2010).

Con l'ulteriore corollario che la mancata o irregolare tenuta della cartella sanitaria non potrà costituire fattore di esonero da responsabilità del

professionista, o rappresentare motivo per escludere la sussistenza del nesso di causalità, gravando le conseguenze di eventuali incompletezze o difficoltà di accertamento sul sanitario, quale soggetto tenuto alla sua corretta compilazione.

Inoltre, in relazione all'obbligo di una corretta informazione, dato per presupposto che si tratta di adempimento 'interno' all'unitaria prestazione richiesta al sanitario (cosa che non nega neppure il primo giudice), in base ai predetti principi generali, la prova di avere adempiuto il dovere di informazione non può che spettare al sanitario, a prescindere dalle difficoltà dell'attività professionale (già sul punto vds. Cass. n. 7027 del 2001, oltre alla giurisprudenza cui fa riferimento gli appellanti).

Conseguentemente, la responsabilità del medico per violazione dell'obbligo contrattuale di porre il paziente nella condizione di esprimere un valido ed effettivo consenso informato sussiste, non solo quando le informazioni siano assenti, ma anche quando siano insufficienti, posto che, chiaramente, alcun consenso effettivamente consapevole è ravvisabile laddove le informazioni siano incomplete circa i rischi sia del trattamento sanitario, sia del decorso post operatorio, etc. (Cass. 24742 del 2007 e la giurisprudenza correttamente richiamata dalle parti appellanti).

B) Orbene, muovendo da tali coordinate, il ragionamento del tribunale non può evidentemente essere condiviso.

Infatti, se si esaminano i vari accertamenti di natura medica non solo eseguiti durante l'istruzione della causa, attraverso la consulenza d'ufficio del dott. Guerritore, ma anche nel giudizio penale dal dott. Zangani, nominato dal p.m. - il cui elaborato, peraltro, è stato prodotto dallo stesso convenuto - oltre che, come si

dirà, del dott. Mastronardi, consulente di parte del Cuozzo, tutte le ipotesi formulate quali plausibili cause della necrosi che ha condotto alla successiva amputazione del dito alluce del piede destro del giovane , conducono all'operato commissivo o omissivo del sanitario.

Il c.t.u., infatti, ha individuato quali cause dell'evento: 1) "l'accidentale inoculazione arteriosa", 2) "l'uso di vasocostrittori (adrenalina); 3) "lo spasmo vascolare conseguente a stenosi operata da mezzi meccanici (garze)"; 4) "l'arterite susseguente ad infezione (a partenza dal granuloma ungueale)".

Ha ritenuto poi di propendere per la prima o la terza ipotesi (erroneamente indicata come seconda) e in particolare per quest'ultima, cioè lo spasmo vascolare, evidenziando che la stenosi operata dalle garze intrise di sangue poteva aver "effettuato un cappio alla base del dito, per un tempo congruo, visto che dall'allarme del sabato, ci si è trascinati fino al martedì per la valutazione clinica, tempo questo assolutamente sufficiente affinché un fenomeno ischemico si trasformi in occlusione completa, e dia il via poi a quella digestione enzimatica che è la necrosi."

Ma ancor più pregnanti, in termini di affermazione della sussistenza del nesso causale e di responsabilità del sanitario, risultano essere le valutazioni svolte dal perito del p.m. Zangani, di cui il tribunale non ha tenuto alcun conto, come si dolgono gli appellanti, nonostante queste fossero state prodotte dal Cuozzo stesso.

Infatti, egli, dopo aver enunciato alcune delle cause della necrosi, rimarca che "Nel caso di specie, nella genesi della necrosi si possono avanzare tre ipotesi. La prima si basa sul fatto che il granuloma suppurato dell'unghia incarnita, forse non completamente asportato dal chirurgo, possa aver determinato la diffusione



dell'infezione ai tessuti molli circostanti: ciò unitamente a disturbi del ciclo, ed a mancato afflusso di sangue al dito del piede, ha condotto alla necrosi locale, e quindi all'amputazione dell'alluce." "Una seconda ipotesi può essere legata ad una prolungata ed eccessiva compressione post-operatoria sulla parte sottoposta ad intervento chirurgico, con insorgenza di danno vascolare e quindi necrosi a insufficiente, o del tutto assente, apporto ematico locale." "la terza ipotesi è relativa a complicanze secondarie all'anestesia regionale, con necrosi da irritazione chimica. Si ricorda che, secondo l'esposto della madre del minore, a praticare l'anestesia fu lo stesso chirurgo. Non risulta, però, dalla documentazione agli atti, il tipo di anestesia praticata ed i farmaci somministrati a tale proposito."

Pertanto, tutto ciò esposto il perito della procura affermava testualmente: "Comunque, è da ritenere che, qualunque sia il meccanismo produttivo della necrosi, sussistono profili di responsabilità, per imperizia, del chirurgo che eseguì l'intervento di onicectomia del 7.10.1999. Va ricordato che si trattava di un intervento di facile esecuzione e scevro da rischi particolari e che il sanitario che ha effettuato la prestazione era uno specialista in chirurgia generale...e che pertanto doveva essere perfettamente in grado di portare a termine, senza complicanze, l'operazione per unghia incarnita. *Può anche trovare applicazione, nel caso di specie, il cosiddetto principio "res ipsa loquitur" (il fatto parla da sé)*" (corsivo aggiunto).

Al riguardo può subito evidenziarsi che le ipotesi formulate dal c.t.u. e dal perito del p.m. finiscono sostanzialmente per coincidere, assegnando efficacia causale o, se pur con dei distinguo, alle modalità di somministrazione dell'anestetico, o alla prolungata ed eccessiva compressione post-operatoria,

ovvero alla infezione provocata dalla non completa asportazione del granuloma dell'unghia incarnita.

E' importante osservare, avendo a mente quanto precisato in termini generali, che delle attività svolte dal sanitario al momento di inoculare il farmaco anestetico, non si ha alcun elemento di giudizio, visto che, essendo stato l'intervento effettuato presso il proprio studio e non quindi in ambito intramurario, non è stata redatta alcuna cartella clinica, circostanza che, lungi dal rappresentare, come pare abbia fatto, in sostanza, il tribunale, un fattore che va a vantaggio del medico in ordine all'accertamento della insussistenza del nesso causale, depono per l'esatto contrario, gravando sul sanitario stesso l'onere di dare la dimostrazione del suo corretto operato.

Sicché, se tra le possibili cause dell'insorgenza del danno vascolare vi può essere quella delle modalità di somministrazione dell'anestetico – e su tale ipotesi vi è concordanza tra i due consulenti tecnici nominati dal tribunale e dalla procura, evidentemente per esigenze di giustizia – toccava al sanitario fornire le più ampie delucidazioni in merito allo svolgimento di quella fase dell'intervento.

Si può pure ammettere che debba essere scartata l'ipotesi dell'utilizzazione dell'adrenalina nella composizione del farmaco somministrato, tenuto conto delle dichiarazioni della teste

Al riguardo appare opportuno evidenziare, in relazione non solo al problema specifico che si sta esaminando, ma al complesso delle dichiarazioni della testimone, che le affermazioni di inattendibilità e "compiacenza" espresse dagli appellanti, tanto da richiedere la trasmissione degli atti alla procura della Repubblica (sia detto per inciso, non si comprende perché si attenda l'esercizio di

Fm

tale potere da parte di questa corte, senza assumersi le responsabilità di un'autonoma denuncia), risultano essere immotivate e fondate sul mero dato, apoditticamente espresso, che questa, a distanza di cinque anni dagli eventi, non potrebbe ricordare con tale precisione quanto effettivamente accaduto.

Per contro del tutto legittima, in termini di verosimiglianza, è l'osservazione degli appellati i quali rimarcano come un soggetto in tirocinio e quindi all'inizio della propria attività di infermiera, ben possa aver serbato memoria precisa di quegli accadimenti, soprattutto considerando che agli atti è anche pacificamente emerso che la . ebbe pure a recarsi presso il domicilio dell', effettuando anche la sostituzione delle medicazioni, da sola o con il Cuozzo e tenuto conto, altresì, della particolarità degli sviluppi del caso in questione, circostanze tutte che, con altrettanta ragionevolezza, si prestavano, all'inizio dell'attività, ad imprimersi nella memoria.

Ma, per il resto, resterebbero, comunque, ferme le considerazioni sviluppate dal c.t.u. in ordine alla possibilità che, nel praticare le iniezioni, vi sia stata "accidentale" (nel senso di non voluta) inoculazione arteriosa.

Né le argomentazioni svolte dal ctp Mastronardi sembrano situarsi da un'angolazione corretta.

Infatti, il rilievo che l'ipotesi dell'introduzione dell'ago in arteria, determinando "ritorno di sangue nella siringa senza neanche aspirare", non sarebbe plausibile, anche perché, "prima di iniettare, si aspira per verificare l'accidentale inoculazione in arteria", dando modo al sanitario di accorgersi dell'errore, è argomentazione che vuole dare la dimostrazione del corretto operato di chi ha praticato l'anestesia, attraverso l'indicazione della metodologia da

seguire. Ma siffatta argomentazione è, con evidenza, tautologica, giacché dà per dimostrato ciò che era, invece, oggetto della dimostrazione, cioè che egli abbia effettivamente seguito l'iter richiesto.

D'altro canto, nell'occasione il Cuozzo fu costretto a praticare tre iniezioni, nonostante di solito due siano sufficienti, il che innalzerebbe le possibilità di errore, né si posseggono dati di giudizio in merito ai possibili effetti tossici determinati a carico del paziente nell'immediato, visto che non vi è alcuna documentazione dell'intervento.

Ma, anche a voler ammettere, come sostiene il Mastronardi, che sarebbe da escludere radicalmente la stessa ipotesi che un'accidentale inoculazione intra-arteriosa di anestetico locale possa determinare danno ischemico, nonostante il consulente di parte avversa affermi, così come, soprattutto, il c.t.u., il contrario, resterebbero in piedi le ulteriori cause indicate dal dott. Guerritore e dal dott. Zangani.

Sempre il Mastronardi esclude l'ipotesi dello spasmo vascolare per azione delle garze, sostenendo che, se la medicazione fosse stata così stretta dall'inizio, la sintomatologia si sarebbe manifestata dopo poche ore e non dopo circa due giorni.

Ora, da un lato che la medicazione fosse troppo stretta e contenitiva è dimostrato dalle acquisizioni istruttorie, che danno conto di come ciò fu rappresentato al sanitario, tanto che egli raccomandò pure di allentarla, senza, FM però, come vedremo, verificare se ciò fosse stato fatto e la situazione determinatasi nel frattempo.

Inoltre, dal punto di vista, per così dire, temporale, va evidenziato che tra l'intervento, eseguito nel pomeriggio del giovedì, e il momento in cui l'

lamentò dolori, trascorse poco più di un giorno, tra cui vanno comprese anche le notti, avendo l'appellato manifestato il problema e chiesto lumi al sanitario già nella mattinata del sabato, tempo che non pare così rilevante come sembra ipotizzare il c.t.p., ma che, invece, come rimarca il c.t.u. – e l'ipotesi è formulata anche dal perito del p.m. – appare purtroppo congruo a determinare l'insorgenza del danno vascolare, soprattutto considerato che il successivo controllo si ebbe solo dopo ulteriori tre giorni.

D'altro canto, la controprova che la problematica non era insorta e che la fasciatura non fosse così stretta da provocare la ipotizzata compressione, sarebbe stata possibile laddove il sanitario, avvertito dell'occorso, si fosse premunito di verificare la situazione, che è poi l'ulteriore addebito di colpa che, con evidenza, l'ausiliario del tribunale muove all'operato del Cuozzo.

Ma ciò che il c.t.p. Mastronardi non spiega è per quale motivo "l'arterite susseguente ad infezione (a partenza dal granuloma ungueale)", che egli stima essere l'ipotesi più probabile che ha condotto all'evento, andrebbe ascritta a mera e rarissima "complicanza", avendo poco prima sostenuto che "non è possibile escludere che qualche componente, certamente micro o ultra microscopica, sia sfuggita all'umano controllo", "ad onta di una perfetta esecuzione dell'intervento di onicectomia", che appare, in verità, di per sé un'evidente contraddizione in termini, sol che si consideri che l'asportazione completa costituiva l'oggetto stesso della prestazione sanitaria in questione, trattandosi "di un intervento di facile esecuzione e scevro da rischi particolari", per usare le parole del perito del p.m..

fm

Inoltre, tale evenienza non è da ritenere imprevedibile, circostanza che, proprio

in presenza di rappresentazione dell'insorgenza di problemi da parte del paziente, avrebbe dovuto indurlo ad attivarsi al fine di verificare lo stato della ferita, non rimandando il controllo al successivo martedì.

Pertanto, seguendo le coordinate indicate in precedenza, ed essendo, comunque, ascrivibili all'area di governo dell'operatore, tutte le ipotesi ritenute maggiormente plausibili, non esclusa una loro possibile 'combinazione', quali cause della necrosi e della successiva amputazione dell'alluce, essendo mancata la prova, da parte del sanitario, della esistenza di fattori causali preesistenti, concomitanti o susseguenti capaci di determinarla – *id est, di aver correttamente adempito alla propria obbligazione* – nonché della imprevedibilità o della impossibilità di prevenire l'evento, anche in ragione della tipologia dell'intervento posto in essere chiaramente non implicante alcuna particolare difficoltà di esecuzione, va conseguentemente affermata la responsabilità del Cuozzo in ordine alla lesione provocata all'

C) Circa il *quantum* risarcitorio il consulente del tribunale ha determinato i postumi di natura permanente nel 13%, 'imputando' il 7% alla perdita anatomica del dito, con l'aggiunta di 6 punti per il disturbo da stress riportato dal ragazzo.

Tale ultima valutazione è stata contestata assumendosi che a ciò abbia provveduto un consulente non dotato di specifiche competenze sul danno psichico.

Ritiene, però, la corte che l'ausiliare abbia adeguatamente argomentato la propria opinione, sulla scorta dell'evidenziazione che "siamo in presenza di un caso in cui non v'è la pura e semplice perdita dell'alluce...ma lo scompaginamento dell'immagine del sé, incidente in soggetto minore

Fn

psichicamente provato", avendo da poco perduto uno dei genitori.

A ciò deve aggiungersi, ad avviso del collegio, che ciò è avvenuto in un'epoca particolare, avendo l' , al momento dell'intervento, appena sedici anni e mezzo, periodo della crescita delicato proprio in relazione all'acquisizione della consapevolezza di sé, delle proprie capacità e della formazione del carattere, con le più che intuibili ricadute determinate dalla perdita invalidante del dito alluce del piede, oltretutto assolutamente inopinata, con tutte le preoccupazioni, conseguenti anche in merito ai risvolti di natura relazionale che ne sarebbero discese e alle normali abitudini di vita, non senza considerare l'indubbio patema d'animo cui è andato in contro durante il periodo antecedente e successivo all'amputazione.

Tali ultime considerazioni, pur valutando che l'ausiliare ha tenuto ben presenti, nella determinazione del danno, pure gli aspetti relazionali e la sofferenza morale del soggetto, inducono, nella valutazione complessiva del danno non patrimoniale globalmente inteso, a personalizzare il risarcimento con un aumento del venti per cento.

Pertanto, applicando i criteri tabellari del tribunale di Milano (oramai legittimati quale modo 'elettivo' per la liquidazione del danno dalla giurisprudenza della Suprema corte), *che è bene precisare già prevedono nel valore del punto il ristoro del danno morale*, tenuto conto dell'età dell' al momento dell'intervento mal eseguito del 7.10.1999 (anni 16), del grado di invalidità del 13%, con personalizzazione del 20%, la somma dovuta per invalidità permanente è di euro 46.393,20. A tale somma vanno aggiunti euro 7.230,00 per itt di giorni cinquanta ed itp di giorni venti, per complessivi euro 53.623,20. Ogni ulteriore richiesta deve essere considerata inammissibile in

considerazione di quanto si evidenzierà successivamente sub F) in merito ai deficit assertivi di cui partecipano, 'a monte', gli scritti proposti entro i termini ex art. 183 c.p.c., e, risolutivamente, l'atto di impugnazione.

D) Va accolta anche la domanda proposta dalla _____ in proprio, avendo il c.t.u. determinato il grado di compromissione all'integrità psicofisica subito dalla madre, in conseguenza dell'evento che ha colpito il figlio di sedici anni, sulla scorta delle argomentazioni sviluppate nell'elaborato, in misura dell'1-2 %. Tenuto conto della particolarità dell'evento, derivato da un banale intervento di rimozione di un'unghia incarnita, del tutto imprevedibile e per questo dal maggiore impatto emotivo, anche avuto riguardo alle intuibili preoccupazioni cui è andata incontro prima e dopo l'amputazione, oltre che per la mutata situazione del figlio, influenti anche sulla serenità familiare, si stima equo determinarlo nel massimo della forbice indicata del 2%, aumentato di un ulteriore venti per cento.

Pertanto, facendo applicazione della tabella per le microinvalidità (che per ragioni di coerenza del sistema, in relazione a situazioni comportanti conseguenze pregiudizievoli omologhe, vanno equitativamente applicate anche fuori dall'ambito specifico per le quali sono state previste), alla _____ va riconosciuta la somma di euro 1.627,49

E) Venendo alla questione relativa al consenso informato, esaminando i documenti prodotti, con cui il Cuozzo ha acquisito il consenso all'intervento da parte della _____ e dell'_____, la corte non può fare a meno di rilevare che questo si dimostra del tutto inidoneo a fornire la prova del tipo di *specifiche* informazioni, relative al *particolare* intervento da eseguire di onicectomia, apparendo, con evidenza, riferito ad informazioni stereotipate per qualsiasi

(Fm)

trattamento chirurgico o sanitario, tanto che la prima pagina è uguale a quella relativa al trattamento successivamente eseguito il 3.11.1999 da altro sanitario per accertare i possibili rimedi alla necrosi manifestatasi, mentre vi sono solo poche precisazioni, per lo più riguardanti l'altro intervento di otoplastica bilaterale, sulla seconda pagina e quelle riferite all'anestesia sono generiche e non recano riferimenti al caso in esame, non permettendo di dare per provato che gli odierni appellanti vennero resi edotti dei rischi possibili collegati al tipo di anestesia praticata e alle complicanze del trattamento.

Sotto altro profilo, anche le dichiarazioni della teste . . . di cui, come si è detto, non si ha motivo di dubitare, sono, però, inidonee allo scopo.

Infatti, le dichiarazioni della teste, sulla specifica questione delle informazioni offerte agli attori in prima istanza riguardo ai rischi dell'intervento, partecipano della stessa genericità riscontrata nel documento sottoscritto dalla . . . e dall' . . . , posto che si sostanziano nella mera affermazione che quel consenso venne raccolto dopo che fu illustrata la tipologia dell'intervento.

Né si potrebbe sostenere che i predetti rischi costituivano una complicanza del tutto imprevedibile, come ha affermato il Cuozzo in sede di interrogatorio formale, così confermando, come rilevano gli appellanti, che di quello specifico rischio non fornì informazioni, giacché, *ove li si volesse inquadrare nell'ambito del concetto che la scienza medica tende ad assegnare al termine "complicanze"*, sebbene certamente di difficile verifica per il tipo di intervento, ambulatoriale e chiaramente di non particolare complessità, tutti i consulenti, sia di parte che di ufficio in sede penale, come in prima istanza, hanno rappresentato come simile eventualità sarebbe stata, comunque, possibile, essendo legata a

An

fattori apprezzabili quali le modalità di esecuzione dell'anestesia, il tipo di anestetico adoperato, il blocco circolatorio causato dal bendaggio o fenomeni infertivi generati dalla non completa rimozione del granuloma ungueale.

Ma a questo punto la corte non può fare a meno di evidenziare la sostanziale irrilevanza della questione proposta dagli appellanti, avuto riguardo alla prospettazione della domanda, come avanzata e resa ancor più esplicita in sede di comparsa conclusionale.

Infatti, ciò che essi in definitiva lamentano è che il difetto di informazioni avrebbe riguardato l'eventualità che, in conseguenza dell'intervento, l'avrebbe potuto perdere il dito alluce del piede destro, così facendone discendere la conseguenza che "...per tutto quanto esposto nell'atto di appello e nella presente comparsa...l'omessa informazione dei comparenti sui rischi chirurgici e anestesiológicos dell'intervento chirurgico di onicectomia (per risolvere un problema di unghia incarnita) eseguito dal dott. Cuzzo Antonio, ha fatto assumere sullo stesso sanitario i rischi di tale trattamento tecnicoassistenziale e chirurgico e, quindi, anche le eventuali complicazioni e gli eventuali rischi (erroneamente ed apoditticamente poste, dal primo giudicante, a carico dei comparenti). Sono dati di comune esperienza, infatti, che l'uomo medio, in caso di unghia incarnita e possibilità di risoluzione della stessa problematica mediante intervento chirurgico di onicectomia ma con paventato rischio di necrosi dell'alluce e sua amputazione totale, scelga certamente di non sottoporsi all'intervento chirurgico per assoluta sproporzione tra problematica in atto (una semplice unghia incarnita che porta meri disagi) e rischi (necrosi dell'alluce e sua amputazione totale) ed opti per un trattamento alternativo. Trattasi, queste, di

(Fr)

nozioni di fatto che emergono dall'osservazione dei fenomeni sociali che rientrano nella comune esperienza e, come tali, rappresentano una regola di giudizio alla quale codesta Ecc.ma Corte di Appello adita, ex art. 115 c.p.c., si deve attenere e che deve porre a fondamento della propria decisione. E' *ius receptum*, infatti, che il giudice deve tener conto delle nozioni di fatto ^{di} comune esperienza, che integrano com'è noto una regola di giudizio". Mentre l'atto di appello, dopo una prolungata esposizione dell'importanza del consenso informato, si concludeva, sul punto, con i due periodi sul finire di pag. 40 e a pag. 41, significativamente anteposti alle conclusioni, con cui ancora una volta il mancato consenso informato veniva riconnesso al pregiudizio alla salute.

Dal che, la finalità che gli appellanti si prefiggono con il denunciare la mancata o insufficiente acquisizione del consenso informato, è quella di farne discendere – sul presupposto che, ove la conseguenza della possibile perdita dell'alluce fosse stata rappresentata, non sarebbe stato prestato il consenso –, per ciò solo la responsabilità del Cuozzo relativamente alla lesione subita e quindi al danno alla salute propriamente inteso e ai correlativi pregiudizi, alla cui affermazione questa corte è, però, già pervenuta esaminando il merito della condotta del sanitario.

E', pertanto, evidente l'errore di prospettiva in cui incorrono gli appellanti.

La questione avrebbe rilevanza laddove fossimo in presenza di intervento eseguito correttamente, da cui, per ragioni non imputabili al sanitario, discendano conseguenze pregiudizievoli per il paziente, evenienza in cui, laddove venga dimostrato da quest'ultimo che egli non si sarebbe sottoposto all'intervento in presenza di un'adeguata rappresentazione dei rischi connessi, il medico e/o la struttura ospedaliera saranno, comunque, tenuti a risarcire le conseguenze ed i

Fn

danni subiti.

Infatti, occorre ricordare che, nell'ambito particolare della corretta acquisizione del consenso all'intervento, una cosa è il risarcimento del danno alla salute, come visto riconoscibile qualora il paziente allegghi e dimostri che, se debitamente informato, avrebbe, con ogni verosimiglianza, rifiutato di sottoporsi all'intervento, per farne discendere, comunque, la risarcibilità del pregiudizio subito; altra cosa è il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, sussistente laddove siano derivate conseguenze pregiudizievoli ricollegabili al diritto fondamentale all'autodeterminazione in sé considerato.

Dal che il diritto alla salute e quello all'autodeterminazione rappresentano due diritti distinti, che, proprio per tale ragione, devono costituire ed essere oggetto di specifica ed *inequivoca* domanda, dovendo la parte anche indicare, nel caso di pretesa lesione del secondo, il tipo di pregiudizio subito e gli elementi da cui trarre, come in tutti i casi di liquidazione equitativa, i criteri per una sua quantificazione, giacché il giudice, anche laddove faccia ricorso al potere previsto dall'art. 1226 c.c., ha l'onere di indicare i suddetti criteri, al fine di giungere ad una liquidazione quanto più aderente al danno effettivamente subito.

Ma, proprio avuto riguardo alle precisazioni provenienti dagli appellanti ed appena riportate testualmente, a fronte di una domanda genericamente formulata e comunque, riguardo alla mancata o non corretta acquisizione del consenso all'intervento, tutta incentrata sull'affermazione di responsabilità del sanitario per il danno da compromissione anatomico-funzionale e di natura psichica, o in senso lato esistenziale, subito dall' , e dalla i, senza accenni -- *se non, evidentemente, per l'altro fine e, tardivamente, non comparando negli scritti entro*

fm

cui si consumano le preclusioni assertive –, alla lesione del diritto alla autodeterminazione e, conseguentemente, alle modalità di liquidazione di una siffatta autonoma posta di danno, tale domanda deve stimarsi non essere stata introdotta, risultando, come rimarcato, del tutto irrilevante la questione in riferimento all'affermazione di responsabilità, cui si è già pervenuti nel merito per altra via.

D'altro canto, la corte non può fare a meno di osservare, *funditus*, che incongrue sono pure le allegazioni in generale rivolte alla tipologia di informazioni che il Cuozzo avrebbe dovuto fornire all' e all' visto che si riferiscono ad avvertenze che postulano che il medico avrebbe dovuto dare informazioni sulla possibile eventualità che egli potesse incorrere in errore o in colpa, che appare singolare richiedere al sanitario, dovendo presumersi logicamente che i rischi oggetto del consenso non possano essere legati alla colpa dell'operatore.

F) Va, inoltre, disattesa la richiesta di danni ulteriori per spese, che riguarda la posizione sempre della , apparendo, a ben vedere inammissibile.

Infatti, la domanda si incentrava sulla seguente proposizione: "ingenti sono state le spese sostenute dall'istante in favore del proprio figlio... per cure, terapie, trasporto, assistenza, esami specialistici e strumentali, miglior vitto, lezioni private ecc., solo parzialmente documentate come risulta dalle fatture e ricevute che si producono ed ingenti saranno le spese future".

Ora, occorre ricordare che la parte che intende avvalersi di una determinata documentazione ha l'onere di indicarla puntualmente, ciò a più forte ragione nel grado di appello, non essendo tenuto il giudice a ricercarla autonomamente.

(7)

Nell'intero atto di appello, che pure si compone di oltre cento pagine, non c'è cenno alcuno alla predetta documentazione o ai risultati di prova che dovrebbe fornire quella documentazione.

Tantomeno può valere a vestire l'impugnazione il genericissimo richiamarsi, ex art. 346 c.p.c., alle allegazioni in fatto, etc....contenuto a pag. 98, da stimarsi pacificamente inidoneo allo scopo, a fronte della corposa produzione depositata, considerazione che, in verità, vale, in generale, per l'intero contenuto dell'atto e, ancor prima, dell'originario atto di citazione.

Infatti, non appare superfluo evidenziare – *in termini generali, pertanto non solo in ordine alla specifica questione che si sta esaminando* – che ogni allegazione, in merito agli elementi di fatto da cui ricavare, *in primis*, l'oggetto effettivo della domanda, e quindi, magari anche in via presuntiva, l'esistenza e la prova dell'*an*, *nonché della tipologia e dell'entità del pregiudizio*, non può che essere proposta entro i termini previsti dall'art. 183 c.p.c. (comma 5, prima memoria, nel testo ante novella del 2005/2006 e comma 6, prima memoria, ne testo attuale), decorsi i quali si consumano le preclusioni assertive, senza che ciò possa essere rimandato ad un momento successivo o, *a fortiori*, addirittura al momento del deposito degli scritti conclusionali (non è un caso che anche le conclusioni definitive vanno proposte nei limiti di quanto dedotto nell'atto introduttivo o ex art. 183 c.p.c.).

Correlativamente, l'onere di specifica contestazione non può che essere richiesto in contrapposizione a fatti puntualmente indicati e ritualmente introdotti nel contraddittorio tra le parti entro i limiti in cui si cristallizzano le proposizioni assertive ed i fatti da provare.

Né, sotto altro profilo, sussiste la possibilità di fare ricorso a nozioni di comune esperienza, giacché l'attrice avrebbe dovuto, quantomeno in relazione alle spese già sopportate, indicare nell'atto di appello a cosa intendesse fare riferimento, gli specifici elementi di prova offerti a sostegno e, conseguentemente, i risultati che da questi potevano essere ricavati in punto di esatta determinazione del *quantum*, anche al fine di giustificare presuntivamente quelle preventivabili per il futuro, risultando inammissibile, pertanto – l'impugnazione nulla contiene al riguardo per tutte le oltre 100 pagine di cui si compone l'atto, se non il generico richiamo a cui si è fatto cenno – ogni successivo 'tentativo' di vestire la domanda negli scritti conclusionali di secondo grado.

G) Infine non si comprende la richiesta di restituzione della somma corrisposta al sanitario quale compenso professionale per l'esecuzione dell'intervento, che sarebbe giustificata nel caso di 'rimozione', con efficacia *ex tunc*, del contratto e, quindi, di sua risoluzione, domanda che, però, gli attori oggi appellanti non hanno mai proposto.

H) In definitiva all'è dovuta la somma su indicata di euro 53.623,20 e alla . di euro 1.627,49, somme liquidate all'attualità.

Trattandosi di debito di valore, seppur discendente da responsabilità di tipo contrattuale, oltre alla rivalutazione vanno accordati gli interessi, siccome riferiti ad autonomi presupposti, avendo la prima funzione pienamente reintegratoria del patrimonio del soggetto leso, i secondi funzione correlata alla mancata disponibilità della somma di danaro.

Questi ultimi, in considerazione della nuova disciplina della determinazione del relativo tasso e dei successivi decreti, nonché dell'epoca in cui è avvenuto il fatto,

si ritiene possano essere individuati nella misura legale, non essendo stati forniti, a dispetto di mere allegazioni, effettivi elementi 'personalizzati' per determinarli diversamente; al fine, però, di evitare indebiti effetti locupletativi ed in ossequio al consolidato indirizzo della Suprema Corte (cfr. la nota pronuncia delle sez. un. n.1712 del 1995; nonché di recente Cass. n.492 del 2001), questi non potranno essere calcolati sulla somma liquidata all'attualità e comprensiva, pertanto, della rivalutazione, di tal che gli interessi vanno computati sulla minor somma ottenuta dividendo quella liquidata all'attualità, per il coefficiente ISTAT relativo alla data del fatto (7.10.1999), via via annualmente rivalutata sempre sulla base degli indici ISTAT, dalla data del fatto a quella di pubblicazione della pil presente sentenza; da tale data sulla somma come sopra determinata saranno dovuti gli interessi legali.

I) Venendo alla domanda di garanzia avanzata dal Cuozzo nei confronti dell'impresa di assicurazioni si osserva che la Generali s.p.a., intervenuta in giudizio quale subentrante, in virtù di cessione di ramo di azienda, nel rapporto di cui alla polizza n. 55/60/528578, alla INA Assitalia (ma negli scritti conclusionali ha puntualizzato che per vicende societaria si tratta oramai del medesimo soggetto), ha eccepito, in via pregiudiziale, l'intervenuto giudicato relativamente a tale domanda, nel caso in cui il Cuozzo non avesse proposto appello incidentale, ancorché nella forma dell'appello condizionato.

Sostiene, infatti, che non sarebbe sufficiente la mera riproposizione della domanda ex art. 346 c.p.c., in quanto, con la domanda di manleva si sollecita, comunque, una modifica delle statuizioni della sentenza di primo grado, sicché la richiesta non tende alla conferma della pronuncia, ma ne presuppone la riforma.

La tesi non potrebbe essere condivisa da questa corte.

Invero, il tribunale, nel rigettare la domanda proposta dall' e dall', non ha proprio esaminato, neppure in via implicita o tacita, la domanda di garanzia, ritenendola assorbita nella reiezione della domanda principale.

Di tal che non si versa in ipotesi di appello incidentale, giacché il soggetto di una domanda non esaminata o assorbita, in nulla può essere stimato soccombente, presupposto da cui sorge l'interesse ad impugnare. D'altro canto, ciò lo si deve desumere pure dall'osservazione che l'impugnazione, quand'anche incidentale, dovrebbe essere supportata da motivi rivolti contro la sentenza di primo grado, che, però, sul punto non li contiene affatto, non perché viziata da omessa pronuncia, che pure avrebbe richiesto l'impugnazione incidentale, ma per non essere la questione stata esaminata in quanto assorbita.

Ciò nondimeno nessuna domanda di manleva può essere accolta nei confronti dell'impresa assicuratrice giacché il Cuozzo ha omesso di riproporla ex art. 346 c.p.c..

Infatti, nella comparsa di risposta non vi sono riferimenti di sorta alla chiamata in causa dell'assicurazione e alla domanda di garanzia proposta in prima istanza da esso Cuozzo, avendo poi l'appellato concluso testualmente: "Voglia (la corte) rigettare l'appello in quanto inammissibile, improponibile ed infondato sia in fatto che in diritto e pertanto confermare la sentenza di primo grado.", conclusioni che reiterava, d'altro canto, anche nella comparsa conclusionale.

J) Va, infine, rigettata la pretesa dell' e della di ottenere la condanna diretta ex art.2900 c.c., 'in surroga' rispetto alla domanda di garanzia

Fm

del Cuozzo.

Sul punto è sufficiente ricordare che il presupposto per esercitare l'azione surrogatoria è costituito dall'inerzia del titolare, nella specie, con evidenza, insussistente, considerata la chiamata in causa esercitata dal Cuozzo, mentre ogni questione riguardante le modalità con cui il titolare del diritto tutela la propria posizione soggettiva è, con altrettanta evidenza, mal posta, atteso che, *una volta che l'inerzia non vi è stata*, il creditore non può più pretendere di sindacare o interferire con le modalità con cui il debitore ha gestito la propria situazione giuridica, dovendo pacificamente ammettersi anche la possibilità di rinunciare alla pretesa rivolta contro il terzo. Si consideri che, persino nel caso in cui vi sia stata surroga da parte del creditore, il debitore, unico soggetto titolare del diritto, può rinunciare all'impugnazione avverso la sentenza che lo ha escluso, con l'effetto di determinare il passaggio in giudicato della stessa, senza che sia necessaria l'adesione del creditore, atteso che l'opposta soluzione contrasterebbe col principio secondo cui il debitore surrogato non perde mai la piena disponibilità del proprio diritto sostanziale.

Inoltre, anche da un punto di vista processuale, una volta che il diritto sia stato esercitato in giudizio direttamente dal debitore, ogni effetto o ricaduta afferente le difese svolte non può che riguardare il soggetto legittimato, unico titolare della posizione giuridica azionata (d'altro canto, se pure il Cuozzo avesse riproposto, ex art. 346 c.p.c., la propria domanda di garanzia, senza 'affiancarvi' la richiesta di condanna diretta in favore degli appellanti, come questi ultimi sembrano prospettare, dovrebbe concordarsi con Cass. N. 26029 del 2011, secondo la quale nel mancato esercizio da parte dell'assicurato della facoltà di chiedere

fm

all'assicuratore il pagamento diretto in favore del terzo danneggiato non possa ravvisarsi l'inerzia, che costituisce presupposto dell'azione surrogatoria, quando l'assicurato abbia comunque posto in essere iniziative ed accorgimenti diretti a mantenere integra la garanzia del proprio diritto all'indennizzo. Tutto quanto precede, risolutivamente, anche a voler prescindere dall'ulteriore osservazione che l'azione surrogatoria può essere esercitata laddove sia dimostrato che l'inerzia sia causa del pregiudizio arrecato al creditore e quindi della possibile incapacienza del debitore, prova, in questo caso, del tutto mancante, in quanto neppure tentata).

K) Riguardo al regolamento delle spese di lite nel rapporto tra gli appellanti, originari attori ed il Cuozzo, queste vanno regolare, per entrambi i gradi, secondo soccombenza, avuto riguardo alla somma riconosciuta come dovuta, in relazione al primo giudizio, in base, per i diritti, alla tariffa vigente al momento di espletamento dell'attività, per gli onorari a quella in cui la causa è stata decisa; per quelle del presente grado di appello ex d.m. n. 55 del 2014. Al riguardo occorre evidenziare che la nota spese depositata nel giudizio di primo grado dall'attrice si riferisce, in conseguenza del limitato accoglimento nel *quantum*, ad uno scaglione errato e non pare abbia tenuto conto che la causa è iniziata, per quel che concerne la liquidazione dei diritti, sotto la vigenza della tariffa del 1994, risultando, pertanto, inidonea. Inoltre, fermo ciò restando, è del tutto sproporzionata in relazione alle richieste relative alla fase stragiudiziale, non chiarendo l'attività esercitata, se di consulenza o assistenza, visto che il parere ricomprenderebbe già lo studio particolare della controversia, ed in via assorbente per quale motivo sarebbero dovuti gli onorari, essendo successivamente seguito il giudizio. Sproporzione da rinvenire, in generale, anche per le spese non documentate di

“dattilo e collazione”, “collazione e dattilografia”, della fase giudiziale, da liquidarsi, pertanto, forfettariamente. Va, ancora, evidenziato che nessuna maggiorazione si ritiene di dover riconoscere per la difesa di più parti, essendo ciò facoltativa, ed avendo la causa avuto un'evidente trattazione unitaria delle due posizioni, marginalmente differenziatasi riguardo al danno, peraltro sulla base della sostanziale identità degli elementi di fatto. Analogamente, stante la particolarità dell'accertamento, implicante la valutazione di considerazioni mediche, comunque, complesse, oltre che in considerazione della natura del giudizio, anche la maggiorazione richiesta per l'asserita manifesta fondatezza della domanda non può essere accolta, avendo, d'altro canto, anch'essa natura facoltativa, apparendo più che congruo, alla luce della motivazioni espresse, attestare la liquidazione sui valori medi (con riduzione, per l'appello, della fase istruttoria e di trattazione, limitata sostanzialmente alla partecipazione alle udienze).

Circa il rapporto assicurativo, tenuto conto del tenore delle difese svolte e della mancata riproposizione della domanda di garanzia, di cui vi è accenno, da parte del Cuozzo, solo nella memoria di replica, al fine di prospettare il fondamento in contrapposizione all'eccezione di giudicato avanzata dalla controparte, tenuto conto, altresì, del fatto che detta eccezione si fondava anche su presupposti errati, sussistono ragioni per disporre l'integrale compensazione.

P.Q.M.

La Corte d'appello di Napoli, sezione III civile, definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, *ogni altro motivo stimato inammissibile o rigettato come da motivazione*, così provvede:

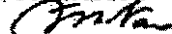
a) accoglie, per quanto di ragione, l'appello, nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto condanna Cuozzo Antonio al pagamento, a1) in favore di
), della somma di euro 53.623,20, liquidata all'attualità, a2) in favore di
della somma di euro 1.627,49, liquidata all'attualità, oltre,
a3) per entrambi, interessi legali, da computarsi sulla minor somma – ottenuta dividendo quella liquidata all'attualità per il coefficiente ISTAT relativo alla data del fatto (7.10.1999) -, via via annualmente rivalutata sempre sulla base degli indici ISTAT, dalla data del fatto a quella di pubblicazione della presente sentenza e da tale data, oltre interessi legali sulla somma come sopra determinata, fino all'integrale soddisfo;

b) condanna l'appellato Cuozzo al pagamento delle spese processuali in favore del procuratore antistatario degli attori-apellanti che liquida, b1) in relazione alla fase stragiudiziale in euro 167,84, per spese; b2) in relazione al giudizio di primo grado, in euro 2.403,14 per spese (comprehensive di spese di c.t.u. e c.t.p.), euro 4.311,33 per diritti, ed euro 8.900,00 per onorario, oltre spese generali, iva e c.p.a.; b3) in relazione al giudizio di appello in euro 1.007,39 per spese ed euro 11.615,00 per onorario, oltre spese generali in misura del 15%, iva e c.p.a.

c) compensa le spese di lite tra l'assicurazione e il Cuozzo.

Napoli, così deciso nella camera di consiglio del 29 novembre 2016

Il cons. est.
Dott. Francesco Notaro



Stampa del Tribunale di Napoli, 01 Dic. 2016, con firma del Funzionario Giudiziario P. Della Gatta

Il Presidente
dott. Rosa Giordano

