

-2683/2007  
REPUBBLICA ITALIANA

R. G. n. ....  
Cron. n. 5787  
Rep. n. 4129  
Est. dr. ....  
Oggetto: .....

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Napoli III sezione civile riunita in Camera di Consiglio nelle persone dei magistrati :

Dr. Roberto Pumpo	Presidente
Dr. Francesco Saverio Azzariti Fumaroli	Consigliere
Dr. Giancarlo Di Ruggiero	Consigliere rel.

ha pronunciato in grado di appello la seguente

SENTENZA

nelle cause civili iscritte ai nn. 3897 - 4301/04 R.G., avente ad oggetto :  
Risarcimento danni, posta in decisione all'udienza collegiale del 26.4.07,  
vertente

TRA

R. INT: 008PS 360018

Reale Mutua Ass.ni S.p.A., in persona del legale rapp.te p.t, rapp.to e  
difeso dagli avv.ti Carlo Vairo e Patrizia Antonimi presso cui elett.te  
domicilia in Napoli alla via D. Fontana, 50  
appellante

E

Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale Santobono-Pausillipon, in  
persona del legale rapp.te p.t., rapp.to e difeso dagli avv.ti Innocenzo  
Militerni e Antonio Tardone presso cui elett.te domicilia in Napoli alla  
Riviera di Chiaia, 276  
appellante

NONCHE'

Erminio e Assunta in proprio e quali legali rapp.ti dei figli  
minori Domenico e Emilio, rapp.ti e difesi dagli avv.ti  
Michele Liguori e Tiziana Conte presso cui elett.te domiciliano in Napoli al  
Centro Direzionale, P.zza Esedra Ed. Edilforum Is. F10

appellati-appellanti incidentali

CONCLUSIONI Appellanti : accogliere gli appelli e, per l'effetto,  
respingere la domanda introduttiva del giudizio formulata, con atto del  
20.10.00, da Erminio e Assunta in proprio e quali legali  
rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio; vinte le spese  
del doppio grado.

av. Lupatoti

6 SET. 2007

Appellati-Appellanti incidentali : respingere entrambi gli appelli principali ed accogliere quello incidentale e, per l'effetto, condannare gli stessi al risarcimento dell'intero danno subito, come riportato in atti, con vittoria delle spese di lite.

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione del 20.2.00, Erminio e Assunta in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio esponevano che in data 2.2.1998 il minore Domenico era stato ricoverato presso l'azienda ospedaliera Santobono-Pausillipon per colica addominale; che, lo stesso giorno, era stato operato per appendicite acuta cangrenosa ed il 7.2.98 veniva dimesso; che, prima dell'intervento chirurgico, gli istanti non erano stati informati dei rischi connessi all'intervento; che il trattamento sanitario e l'intervento chirurgico non erano stati eseguiti a regola d'arte e, in particolare, l'operatore ed il personale medico e paramedico non avevano adottato le dovute misure igieniche; che l'intervento eseguito era da considerarsi di routine; che, in conseguenza del trattamento assistenziale e dell'intervento chirurgico, il minore contraeva una grave forma di epatite; che, a motivo della patologia insorta, il piccolo Domenico aveva dovuto interrompere l'attività sportiva praticata in precedenza (karate) ed ogni altra attività relazionale ed aveva bisogno di continua assistenza da parte dei genitori; che la vicenda aveva avuto ripercussioni negative sull'intero assetto familiare.

Tanto esposto, gli istanti convenivano dinanzi al Tribunale di Napoli l'Azienda Santobono-Pausillipon per sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni (diretti e riflessi, patrimoniali e non patrimoniali, biologici, psichici, alla vita di relazione, esistenziali, ai rapporti familiari, alle vite private, per spese sostenute e da sostenersi in futuro) subiti in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico ed Emilio, oltre interessi e rivalutazione, con vittoria di spese di lite, anche ex art. 96 c.p.c..

Con la memoria depositata ex art. 183/5 c.p.c. gli istanti, premesso che "la convenuta non (aveva) formulato la domanda, ex art. 1917/2 c.c., di condanna diretta della società chiamata in causa al pagamento di



2

qualsiasi somma eventualmente (loro) dovuta", dichiaravano di surrogarsi nei diritti dell'assicurata ex art. 2900 c.c. e chiedevano la condanna dell'assicuratore al pagamento diretto in loro favore delle somme loro dovute a titolo di risarcimento danni.

Costituitasi, la Azienda Santobono-Pausillipon negava qualsiasi responsabilità e chiedeva il rigetto della domanda.

Autorizzata, chiamava in causa la Reale Mutua Ass.ni, con la quale aveva stipulato una polizza a garanzia della responsabilità civile verso terzi, per essere garantita in caso di condanna.

Si costituiva anche la Reale Mutua Ass.ni chiedendo il rigetto della domanda proposta dagli istanti.

Espletata l'istruttoria, il Tribunale adito, con sentenza n. 4310/04 del 15.4.04, così provvedeva : "accoglie la domanda proposta da

Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio, nei confronti dell'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon e, per l'effetto, condanna la convenuta al pagamento delle seguenti somme : € 493.159,55 in favore di Erminio e Assunta, quali legali rapp.ti del figlio minore Domenico; € 28.778,40 ciascuno in favore di Erminio e

~~Assunta in proprio; € 28.278,40 in favore di Erminio e Assunta, quali legali rapp.ti del figlio minore Emilio; oltre interessi come in motivazione; rigetta la domanda proposta dagli attori nei confronti della Reale Mutua Ass.ni; condanna la Reale Mutua Ass.ni S.p.A. a manlevare l'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon di quanto questa corrisponderà agli attori in esecuzione della presente sentenza; condanna la convenuta al pagamento in favore degli attori delle spese processuali.....; compensa le spese del giudizio tra gli attori e la Reale Mutua Ass.ni".~~

Avverso tale decisione hanno proposto appello la Società Reale Mutua Ass.ni e l'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon, rispettivamente con atti del 2.9.04 e dell'1.10.04; la prima ha dedotto, preliminarmente, di aver interesse all'impugnazione : "...Quando la decisione dell'azione

principale funge da necessario presupposto logico della decisione dell'azione di garanzia, entrambe vanno trattate unitariamente anche in sede di gravame ove le stesse sono state decise in un unico processo di primo grado, determinandosi tra le parti un litisconsorzio per ragioni processuali". Nel merito, ha lamentato la sussistenza della "prova del nesso di causalità tra il comportamento asseritamente colposo e l'evento letale..." e, quindi, "...l'erroneità della statuizione gravata per aver affermato la responsabilità dell'Azienda... senza far cenno al concetto di probabilità, operando solo richiami all'adeguatezza qualitativa che sono insufficienti a ritenere fondato l'impianto accusatorio. Parimenti il Tribunale è incorso in altro errore laddove ha ritenuto di poter ravvisare nelle risultanze della ctu medico-legale i riscontri scientifici necessari e sufficienti per fondare un giudizio di colpevolezza..., in quanto è sterile e censurabile l'affermazione per la quale l'intervento chirurgico subito da Domenico sia casualmente idoneo a determinare il contagio...".

A parere della società, poi, "la sentenza è meritevole di revisione anche in ordine al quantum debeatur cioè alla liquidazione del nocumento da lucro cessante per invalidità permanente, in considerazione dei postumi invalidanti sulla capacità lavorativa del piccolo [redacted]". In conclusione, ~~la Società Reale Mutua Ass.ni ha chiesto di "respingere le domande tutte~~ spiegate da Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio e, per l'effetto, assolvere la medesima appellante da ogni contraria pretesa: in via subordinata ridurre il quantum risarcitorio in punto liquidazione del danno patrimoniale per incidenza del danno biologico sulla capacità del lesso di produrre reddito", vinte le spese del giudizio.

L'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon ha sostenuto l'infondatezza della domanda, attesa la mancata prova dei presupposti di fatto e di diritto a sostegno della pretesa risarcitoria avanzata dai predetti [redacted] e, di conseguenza, ha lamentato "la dichiarata sussistenza del nesso causale nonché la liquidazione dei pretesi danni, mai provati, dai coniugi

Ha, così, concluso per il rigetto della domanda introduttiva del giudizio, vinte le spese del doppio grado.

Ricostituitosi il contraddittorio, Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e

Emilio, hanno resistito ad entrambi i gravami, chiedendone il rigetto; a loro volta, hanno proposto appello incidentale finalizzato a "riformare l'impugnata sentenza ed, in particolare, a liquidare agli attuali appellanti incidentali, nella qualità di legali rappresentanti del proprio figlio minore

Domenico, il danno patrimoniale da lucro cessante da inabilità permanente e da perdita di occasione favorevole (c.detta perdita di chance) nella misura che verrà ritenuta secondo giustizia; a liquidare agli attuali appellanti incidentali, nella qualità di legali rappresentanti del proprio figlio minore Domenico, il danno esistenziale, alla vita privata e al rapporto familiare o parentale nella misura che verrà ritenuta secondo giustizia; a liquidare agli attuali appellanti incidentali, in proprio e nella qualità di legali rappresentanti del proprio figlio minore

Emilio, il danno esistenziale, alla vita privata e al rapporto familiare o parentale nella misura che verrà ritenuta secondo giustizia; a liquidare agli attuali appellanti incidentali, in proprio e nella qualità di legali rappresentanti dei propri figli minori Domenico e Emilio,

la rivalutazione monetaria da determinarsi in base agli indici ISTAT dall'evento, per le somme da liquidarsi, e dal 15/4/2004, per le somme già liquidate dal primo giudicante, al soddisfo; a liquidare agli attuali appellanti incidentali, in proprio e nella qualità di legali rappresentanti dei propri figli minori Domenico e Emilio, il danno da ritardo, ovvero il lucro cessante, da liquidarsi sotto forma degli interessi legali, anno per anno su tutte le somme, liquidate e da liquidarsi, via via rivalutate dall'evento al soddisfo; a liquidare agli attuali appellanti incidentali, in proprio e nella qualità di legali rappresentanti dei propri figli minori

Domenico e Emilio, per le spese di lite di primo grado, € 7.231,89 per spese, comprensive di esborsi per il C.T.U., € 9.762,07 per diritti, € 26.530,39 per onorari, € 5.306,08 per maggiorazione del 20% per

assistenza plurima, oltre spese generali, I.V.A. e C.A. - S.E. & O. o quelle somme maggiori o minori che verranno ritenute secondo giustizia, anche eventualmente applicando, per quanto concerne gli onorari, i massimi delle tariffe professionali, con distrazione, ex art. 93 c.p.c., in favore del sottoscritto difensore avv. Michele Liguori che ha anticipato le spese e non ha riscosso gli onorari; con vittoria di spese del presente gravame... a carico solidale della Società Reale Mutua di Assicurazioni e dell'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale Santobono — Pausillipon, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, ovvero tra loro a carico di chi di ragione; confermare, nel resto, l'impugnata sentenza”.

A seguito di provvedimento del 13.1.05 del Presidente della Corte, i due procedimenti (contraddistinti con i numeri 3897 – 4301 R.G. 2004), assegnati a sezioni diverse di questa Corte, per connessione soggettiva ed oggettiva, sono stati riuniti e definitivamente assegnati a questa sezione; all'udienza collegiale del 26.4.07, quest'ultima ha assegnato la causa in decisione, concedendo i termini di cui all'art. 190 c.p.c. (scadenza 25.6.07).

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, va osservato che gli appelli proposti dall'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon e dalla Società Reale Mutua Ass.ni vanno esaminati congiuntamente, atteso che in entrambi sono state sollevate identiche doglianze, in ordine sia all'insussistenza del nesso di causalità e di responsabilità dei sanitari della predetta Azienda, sia all'errata lettura delle risultanze della ctu medico-legale, sia, infine, all'eccessiva liquidazione del danno da lucro cessante per invalidità permanente.

Sempre in via preliminare, va respinta l'eccezione sollevata dagli appellanti incidentali circa l'asserita inammissibilità degli appelli proposti dalla Reale Mutua di Assicurazioni e dall'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon, in quanto la prima ha tutti i titoli giuridici per proporre impugnazione autonoma, stante l'intervenuta sentenza di condanna “a manlevare la predetta Azienda degli importi dovuti a favore dei )”,

mentre la seconda ha legittimamente avanzato impugnazione indipendentemente dai motivi posti a fondamento dalla succitata società, e nel pieno rispetto dei termini prescritti dalla legge.

Inoltre, gli appellanti principali, nei rispettivi gravami, hanno esposto con sufficiente grado di specificità le ragioni sulle quali si fondano dette impugnazioni. Le stesse, dotate di tutti i requisiti argomentativi (di fatto e di diritto) idonei a contrastare la motivazione del primo giudice, risultano indirizzate ad ottenere la riforma dell'impugnata sentenza (cfr. Cass. 8297/97).

Di qui, l'infondatezza delle eccezioni di nullità, improcedibilità, improponibilità, genericità dei gravami sollevate da Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio.

Posto ciò, contrariamente a quanto sostenuto dalla Reale Mutua di Assicurazioni e dall'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale Santobono – Pausillipon, il primo giudice, nel ritenere la sussistenza del nesso di causalità e di responsabilità dei sanitari, ha esaminato e valutato correttamente le risultanze processuali ed, in particolare, le conclusioni redatte dal C.T.U. medico-legale.

~~Ed invero, detto materiale probatorio ha accertato l'esistenza, nel caso specifico, sia il nesso di causalità tra l'errato ed inadeguato trattamento sanitario da parte dei sanitari in servizio presso l'Azienda Ospedaliera Santobono – Pausillipon e le (gravi) lesioni subite dal piccolo Domenico, sia la responsabilità dei sanitari di tale struttura.~~

Come è stato affermato "prima dell'intervento Domenico non era affetto da EVA di tipo C; i primi sintomi della patologia si sono manifestati entro un arco temporale che consente di collegarla causalmente al ricovero presso l'ospedale Santobono (in quanto il ricovero risale al febbraio 1998, la faringodinia si manifestò nel maggio 1998, l'ipertransaminasemia comparve nel giugno 1998, e l'incubazione della malattia va da 15 a 160 gg.); l'intervento chirurgico subito dal e più ampiamente le terapie post-chirurgiche (con riferimento alle

manipolazioni postoperatorie della ferita a scopo di medicazione, rimozione del drenaggio e dei punti di sutura) sono causalmente idonei a determinare il contagio dell'HCV; non sono concretamente ipotizzabili altre cause diverse; l'ente ospedaliero non ha provato che, nel caso specifico, siano state adottate tutte le indispensabili misure igieniche idonee a prevenire l'infezione".

Né, d'altra parte, possono condividersi le argomentazioni sostenute dagli appellanti principali ("lo strumentario chirurgico utilizzato sarebbe stato sterilizzato... Sarebbe possibile individuare plurimi ipotetici fattori causali, fonte di esclusione del nesso causale... L'insorgenza di epatite virale HCV a seguito di intervento di appendicectomia, senza che siano state praticate trasfusioni di sangue, sarebbe evenienza rara non rispondente nè a leggi universali, nè a leggi statistiche"), in quanto non sono svolte su adeguati ed oggettivi criteri dettati dalla scienza medico-legale, ma piuttosto su principi del tutto teorici, privi di qualsiasi attinenza pratica al caso in questione.

Di contro, la ctu, corredata da tutti i criteri dettati in tema di scienza medico-legale, ha accertato "con un elevato grado di credibilità razionale che l'EVA di tipo C di cui è portatore il piccolo [redacted] è stato causato dai trattamenti sanitari ricevuti presso l'ospedale Santobono".

In effetti, il nesso di causalità materiale tra la condotta illecita e l'evento dannoso sussiste allorquando via sia la prova positiva che, senza la condotta del responsabile, il danno non si sarebbe prodotto (Cass. 10719/00).

In tale contesto, legittimamente il Tribunale ha ritenuto che, senza il trattamento sanitario e l'intervento chirurgico, il minore [redacted] Domenico non avrebbe contratto l'infezione epatica HCV.

Alla stregua dei principi sanciti dalla S.C., se la produzione di un evento dannoso è riconducibile a più azioni, di esso rispondono gli autori di ciascuna azione, dovendosi riconoscere ad ognuna di esse uguale efficienza sul piano eziologico, senza possibilità di distinguere tra causa prossima e causa remota, diretta o indiretta (Cass. 12431/01).



Pertanto, la concausa vale come causa, con l'unico limite rappresentato dal temperamento rappresentato dall'altro principio della causalità efficiente o causalità giuridica, desumibile dall'art. 41, 2° comma, c.p., in base al quale se un evento è riferibile a più azioni colpose, ma tra esse una sola, per la sua efficacia causale, risulta tale da rendere giuridicamente irrilevante le altre cause preesistenti, dell'evento dannoso risponde solo l'autore dell'azione sopravvenuta, cui va riconosciuta l'esclusiva rilevanza giuridica rispetto alla produzione dell'evento (Cass. cit.).

Orbene, nel caso de quo, è inverosimile ed illogico che il trattamento sanitario e l'intervento chirurgico non abbia determinato al minore

Domenico, con esclusiva efficienza causale, l'insorgenza dell'infezione epatica HCV.

Peraltro, il giudice del merito, in mancanza di una gerarchia di efficacia dei mezzi probatori, che ponga la prova per presunzioni in una posizione inferiore rispetto alle altre prove, può fare ricorso, anche in via esclusiva, alle presunzioni semplici, ai fini della formazione del proprio convincimento, nell'esercizio del potere discrezionale, istituzionalmente demandatogli, di individuare le fonti di prova, di controllarne l'attendibilità e la concludenza ed infine di scegliere, fra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione (Cass. 914/99).

In definitiva, nella fattispecie, non risultano comunque provate altre cause successive - idonee e sufficienti - ad avere provocato, per la loro eccezionalità, l'insorgenza dell'infezione epatica HCV ai danni del piccolo

Ed in ogni caso, il trattamento sanitario e l'intervento chirurgico sono state (seppure astrattamente) idonee a causare tale danno.

Orbene, se è vero che in sede penale la responsabilità è personale e l'accusa deve provare l'ipotesi accusatoria con la conseguenza che il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico determina l'esito assolutorio del giudizio nei confronti

del medico, è, altresì, vero che, in sede civile, invece, la responsabilità può anche essere solidale ed indiretta ed, in ogni caso, ai fini dell'accertamento della responsabilità acquistano rilievo sia le presunzioni semplici, ex artt. 2727 e 2729 c.c., sia le presunzioni legali di responsabilità, con conseguente inversione dell'onere della prova, e, quindi, il ragionevole dubbio comporta l'accoglimento della domanda risarcitoria del paziente.

Ne deriva, pertanto, che tutte le deduzioni svolte dagli appellanti principali sono destituite di qualsiasi fondamento giuridico, in quanto i riferimenti giurisprudenziali richiamati dagli stessi concernano ipotesi diverse rispetto a quella dedotta nel presente giudizio, ove la responsabilità è relativa ad un inadempimento contrattuale e ad un reato commissivo (lesione provocata in seguito ad un errato ed inadeguato intervento chirurgico).

Pertanto, il Tribunale ha ritenuto, con una esaustiva motivazione corroborata da ineccepibili principi di carattere scientifico-giuridico, la sussistenza del nesso di causalità tra trattamento sanitario, intervento chirurgico ed insorgenza dell'infezione epatica HCV; tale giudizio, in base ad un materiale probatorio favorevole all'assunto dei [redacted] è stato fondato su criteri di probabilità logica-scientifica, con conseguente valorizzazione di tutte le circostanze del caso concreto e, quindi, connesso ad una condotta omissiva "al di là di ogni ragionevole dubbio", ossia "con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica" (cfr. Cass. Pen. 38334/02).

Di qui, l'evidente responsabilità della predetta Azienda Ospedaliera, riconducibile innanzitutto nell'ambito contrattuale; di talchè, spetta alla medesima, chiamata in giudizio per sentirne accertare l'inesatto adempimento ed ottenerne la condanna al risarcimento dei danni, l'onere di dimostrare che l'inadempimento è stato causato da causa non imputabile.

In altri termini, accertato il nesso di causalità tra trattamento sanitario, intervento chirurgico e infezione epatica da HCV, contratta da Domenico, spetta alla citata struttura sanitaria provare che la prestazione

medica è stata eseguita con la massima diligenza e capacità e che il risultato peggiorativo si è verificato per un evento impreveduto ed imprevedibile, oppure ad una condizione fisica del minore Domenico non accertabile e non evitabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale e che al tempo in cui è stato effettuato l'intervento presso la medesima erano stati preventivati ed attuati protocolli conformi alle migliori regole professionali ed igieniche dell'epoca.

Sul punto specifico, l'Azienda Ospedaliera Santobono – Pausillipon non ha fornito alcuna prova circa le modalità di adempimento della prestazione de qua, al fine di escludere la non imputabilità di detto inadempimento.

E' pacifico che la struttura ospedaliera ha l'onere di assicurare una perfetta condizione sotto il profilo igienico delle sale operatorie e, nel contempo, di applicare i più moderni sistemi d'avanguardia riferiti alle tecniche medico-chirurgiche concretamente adoperate, per salvaguardare la salute psicofisica del paziente.

Quindi, i rilievi contenuti nei gravami proposti dalla Reale Mutua di Assicurazioni e dall'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon sono prive di pregio giuridico, in quanto la produzione di documentazione attestante sia la "sieronegatività" specifica degli operatori (dr. Severino e dr. Graziano), sia l'utilizzo del materiale chirurgico "monouso" per l'esecuzione dell'intervento di appendicectomia sul piccolo Domenico, sia l'avvenuta sterilizzazione in autoclave dello strumentario chirurgico "non monouso" della sala operatoria di Pronto Soccorso (sede dell'intervento "de quo"), non suffraga la tesi sostenuta dall'Azienda.

Difatti, detta documentazione ha unicamente valore amministrativo, e non è sufficiente, da sola, per escludere la responsabilità della predetta struttura sanitaria dalla responsabilità in questione (cfr. Cass. 10695/99).

Ciò anche perché la prestazione medica eseguita al minore era di facile esecuzione (ossia di "routine").

Sul punto, secondo il consolidato orientamento della S.C. "il paziente che reclama il risarcimento del danno, potrà soddisfare all'onere a suo carico esistente, limitandosi a provare che l'intervento era di facile esecuzione e



che dallo stesso è derivato un risultato peggiorativo, mentre sul professionista graverà l'onere inverso di provare che la prestazione è stata eseguita con l'uso della massima diligenza e capacità, e che l'esito peggiorativo è dovuto ad eventi imprevisi od imprevedibili, oppure ad una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio imposto dalla diligenza professionale, ovvero si tratti di caso ancora sperimentale e non studiato a sufficienza, specie per quanto concerne i metodi terapeutici" (Cass. 2042/05).

Orbene, indipendentemente dalla natura (contrattuale od extracontrattuale dell'azione proposta contro il medico), in tema di onere della prova, occorre distinguere innanzitutto tra prestazione di facile esecuzione ("routine") da quella di speciale difficoltà ("non routinaria").

Nel primo caso, il paziente deve provare che la prestazione non presentava difficoltà di sorta e che, a seguito di tale prestazione, il suo stato di salute è stato compromesso.

In tale ipotesi, con una presunzione semplice (artt. 2727 e 2729 c.c.), dal fatto noto (il risultato peggiorativo) si risale al fatto ignoto, vale a dire all'inadeguata e non diligente esecuzione della prestazione medica, da cui il sanitario si libera unicamente se dimostra di aver eseguito con la massima diligenza e capacità la prestazione e di non aver determinato il risultato peggiorativo, in quanto lo stesso è dipeso da un evento impreveduto ed imprevedibile, oppure dalla condizione fisica del paziente (non accertabile e non evitabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale), ed, infine, che il trattamento era di speciale difficoltà, onde limitare la sua responsabilità ai casi di dolo o colpa grave.

Nel secondo caso (intervento di speciale difficoltà) il paziente deve provare il tipo, le ragioni, le modalità di esecuzione della prestazione, nonché l'adozione di quei metodi di accertamento divenuti di uso comune (perché acquisiti dalla ricerca scientifica e dalla pratica, facendo ricorso a mezzi, allo stato ritenuti idonei a raggiungere il risultato desiderato) da parte del sanitario, mentre il medico ha l'onere di provare che la prestazione era di speciale difficoltà (così elidendo il relativo onere

probatorio a carico del paziente di provare che la prestazione era di facile esecuzione).

Secondo il più recente orientamento giurisprudenziale in tema di responsabilità medica, nei casi di trattamenti di facile esecuzione, non è più il raggiungimento di un risultato peggiorativo a comportare l'inadempimento del medico, quanto, invece, la non riuscita dell'intervento che costituirà, in sé, prova della mancata osservanza delle regole tecniche ovvero del mancato adeguamento ad uno standard generale di condotta (Cass. 589/99).

In tal caso, il medico deve dimostrare che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass. 17871/03).

Ne consegue che, nella specie, l'argomentazione svolta dal Tribunale è pienamente condivisibile.

In definitiva, la limitazione di responsabilità prevista e disciplinata dall'art. 2236 c.c. opera soltanto quando al professionista è affidato un caso "di particolare complessità o perchè non ancora sperimentato o studiato a sufficienza, o perchè non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire" (Cass. 5945/00).

Trattasi, in sostanza, di una limitazione di responsabilità (quella dell'art. 2236 c.c.) che non può applicarsi ai danni ricollegabili a negligenza o imprudenza, in ordine ai quali il professionista risponde anche per colpa lieve (Cass. 583/05).

Nel caso in esame, pertanto, alla luce di quanto suesposto, va escluso che l'intervento chirurgico (con i conseguenti trattamenti terapeutici) cui venne sottoposto, in data 2.2.98, il minore ) Domenico possano definirsi interventi di speciale difficoltà per l'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon, struttura altamente specializzata di accertato livello nazionale.

Ed allora, "il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte : sarà il

debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto costituito dall'avvenuto adempimento" (Cass. 13533/01).

Questa Corte, infine, ritiene che detta responsabilità può essere configurata, al limite, richiamando la disposizione di cui all'art. 2050 c.c., in quanto l'attività di gestione e funzionamento delle sale operatorie (proprio in considerazione di quei rischi in buona parte ineliminabili) costituisce un'attività pericolosa. Appare evidente che le caratteristiche tipiche dell'attività medico-chirurgica comportano un'inevitabile esposizione dei pazienti a rischi di lesioni, e che, pertanto, devono essere adottati rigorosissimi standard medici e professionali sia nella fase diagnostica, sia in quella operatoria e post-operatoria (cfr. Cass. 130282/02).

Sul punto, l'Azienda appellante non ha dimostrato di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno al minore Domenico; dunque, anche sotto detta angolazione giuridica, la domanda dei  va accolta.

Parimenti, va respinta la doglianza relativa all'asserita errata liquidazione del danno da lucro cessante per invalidità permanente perché, contrariamente a quanto dedotto dagli appellanti principali (nonché dagli appellanti incidentali, cui seguirà), il Tribunale ha fatto corretta applicazione di tutti i criteri dettati in tema dalla giurisprudenza di legittimità.

Né, peraltro, i sintetici motivi posti a base delle impugnazioni dell'Azienda Ospedaliera Santobono-Pausillipon e della Società Reale Mutua Ass.ni possono condividersi, in quanto gli stessi non sono diretti a contrastare gli effettivi ed oggettivi dati normativi elaborati, esaurientemente ed adeguatamente, dal primo giudice, ma sono finalizzati piuttosto ad evidenziare il presunto errore di calcolo ("...non conforme a diritto..") commesso dal medesimo, senza tuttavia allegare un calcolo alternativo e, quindi, rilevare concretamente l'asserito difetto conseguente alla liquidazione di tale voce di danno.

In merito, l'apodittica affermazione degli appellanti principali : "...i coniugi  hanno assolutamente omesso di dimostrare la sussistenza delle molteplici (e duplicate) voci di danno lamentate" risulta contraddetta oltre

che dall'esauriente materiale probatorio, anche (e soprattutto) dai consolidati principi richiamati diffusamente dal Tribunale, il quale, nell'esame dell'evoluzione giurisprudenziale sull'argomento specifico, ha operato, con motivazione immune da vizi logico-normativi, la relativa liquidazione, facendo così corretto uso dei parametri legali riferiti alla fattispecie concreta.

In conclusione, tale argomentazione va pienamente accolta perché fondata in fatto e in diritto.

Per quanto concerne, poi, l'appello incidentale proposto da Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio, innanzitutto, va ribadita – anche per le suesposte considerazioni - la legittimità della liquidazione del danno da lucro cessante da inabilità permanente operata dal primo giudice, in quanto ha indicato la percentuale del 20% (e non del 50%, come apoditticamente richiesto dai predetti appellanti incidentali) relativa ai postumi invalidanti sulla capacità di produrre reddito "atteso che appaiono precluse al piccolo solo lavori richiedenti impegno fisico-manuale che vanno progressivamente diminuendo nel ventaglio delle moderne forme di occupazione". In tema, va richiamato l'orientamento prevalente dalla S.C.: Cass. 14678/03

Inoltre, è destituito di qualsiasi fondamento giuridico il rilievo contenuto in tale impugnazione circa i parametri adottati dal Tribunale, laddove le singole entità riportate nella motivazione risultano in linea con gli sperimentati dati normativi elaborati sia dalla giurisprudenza, sia dalla dottrina. E proprio in caso del tutto analogo, la S.C. ha sancito la legittimità del calcolo tabellare così come eseguito dal primo giudice, che, nel caso de quo, ha fatto ricorso alle tabelle di cui al R.D. n. 1433/1922 (cfr. Cass. 11007/03).

Di talchè, la relativa censura proposta dai va disattesa.

Al riguardo, va respinta la doglianza relativa alla c.d. perdita di chance, perché costituendo un'ipotesi di danno patrimoniale futuro, essa è risarcibile a condizione che il danneggiato dimostri (anche in via

presuntiva, ma pur sempre in base a circostanze di fatto certe e puntualmente allegate) la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del pregiudizio (Cass. 9598/98, Cass. 10291/01).

Tale prova non è stata fornita, in detti termini dagli appellanti incidentali, e, quindi, il complessivo impianto giuridico articolato dal primo giudice va confermato.

Parimenti, non è meritevole di accoglimento la censura diretta alla mancata liquidazione del danno esistenziale, alla vita privata ed al rapporto familiare o parentale, in quanto il tribunale ha riconosciuto anche tale tipo di danno, pur ricomprendendolo nel danno morale, atteso che: a) già nel definire il danno alla salute ha affermato che "in tale accezione rientra il danno alla vita di relazione, quello estetico, il danno alla sfera sessuale, il danno alla capacità lavorativa generica"; b) ha liquidato il danno nella misura superiore al minimo "in considerazione dei riflessi negativi della patologia sulla vita di relazione del il quale : non potrà continuare a svolgere attività sportiva (Karate) che ha provato di praticare...2) non potrà praticare attività ludiche-recreative implicanti particolari sforzi fisici...3) dovrà necessariamente sottoporsi a periodiche visite e terapie..."; c) ha liquidato il danno morale nella misura "pari alla metà del danno biologico liquidato (e cioè nella percentuale massima)".

Considerando, quindi, proprio quelle circostanze che dagli appellanti sono state poste a sostegno della censura in ordine al mancato riconoscimento del danno esistenziale (cfr. appello incidentale pp. 69 e 70).

Appena il caso di ricordare che il danno esistenziale, diverso dal danno morale soggettivo, ben può essere liquidato ricomprendendolo in esso.

Quanto innanzi vale, ovviamente, sia per i genitori, quali rappresentanti del minore Domenico che del figlio Emilio, sia per gli stessi in proprio.

Infine, con l'ultimo motivo di censura gli appellanti incidentali lamentano l'incongrua liquidazione delle spese di primo grado.

Anche tale motivo è privo di pregio giuridico. Il Tribunale, nell'esaminare voce per voce la nota specifica depositata dai procuratori dei ), ha



esattamente applicato i coefficienti stabiliti in tema di tariffe professionali degli avvocati, indicando con estrema precisione quelle dovute da quelle non dovute.

Inoltre, va osservato che secondo l'art. 6, I co., seconda parte, della tariffa forense approvata con d.m. 585/94, la liquidazione degli onorari a carico del soccombente deve effettuarsi avendo riguardo alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata (cfr. Cass. 5381/06). Il riconosciuto aumento del 20% dell'onorario unico spettante al difensore di più persone avente la medesima posizione processuale (art. 5 D.M. 585/94) non è estensibile né alle spese, né ai diritti di procuratore (Cass. 12601/01).

In tali termini, poi, è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, a conforto della determinazione operata dal primo giudice anche relativamente ai diritti ed alle spese (Cass. 2274/05).

Peraltro, dette liquidazioni costituiscono esercizio di un potere discrezionale del giudice, in virtù del quale è unicamente fatto obbligo al medesimo osservare il principio della normale inderogabilità dei minimi tariffari (cfr. Cass. 7527/02, Cass. 270/06).

D'altra parte, nella fattispecie, il Tribunale nella liquidazione delle spese di lite ha indicato tutti i criteri adottati nonché le ragioni della disposta riduzione rispetto alla nota depositata in atti dagli avvocati interessati, compiendo un esame particolareggiato, privo di errori sia aritmetici sia normativi.

Sicché, tutte le deduzioni svolte in merito dagli appellanti incidentali non meritano accoglimento.

Concludendo, l'impugnata sentenza va confermata totalmente.

L'ulteriore svalutazione è dovuta secondo gli indici Istat, mentre nessuna decisione va emessa quanto agli interessi, avendo il tribunale per gli stessi emesso condanna "fino al saldo".

Al rigetto degli appelli, principali ed incidentale, consegue, per ragioni di equità, la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, sugli appelli proposti dalla S.p.A. Reale Mutua Ass.ni e dall'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale Santobono-Pausillipon, rispettivamente con atti del 2.9.04 e dell'1.10.04, avverso la sentenza del Tribunale di Napoli n. 4310/04 del 15.4.2004, nei confronti di Erminio e Assunta, in proprio e quali legali rapp.ti dei figli minori Domenico e Emilio, nonché sull'appello incidentale proposto da questi ultimi, così provvede :

respinge entrambi gli appelli principali; rigetta l'appello incidentale; conferma, per l'effetto, l'impugnata sentenza disponendo che le somme per cui è intervenuta condanna vengono rivalutate dalla data della decisione secondo gli indici Istat.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado.

Napoli addì 11-7-2007.

L'estensore

*Carlo Lo Russo*

Il Presidente

*Roberto Russo*

IL CANCELLIERE -

*dott. Giovanni Del Mastro,*

CORTE APPELLO NAPOLI

Depositata in Cancelleria

- 3 SET. 2007

oggi,



IL CANCELLIERE -

*dott. Giovanni Del Mastro,*