

4334/16

Repert. n. 4877/2016 del 07/12/2016

RG. 4731/09  
Ca. 8693/15  
rel. 4877/16  
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 4731 registro affari contenzioni per l'anno 2009, avente ad oggetto appello avverso la sentenza n. 12502/2008, pubblicata il 9.12.2008, del tribunale di Napoli, II sez. civile, non notificata

TRA

, cf. e

cf. , rappresentati e difesi dall'avv.

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

*fm*

Appellanti

E

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli", cf. 06853240635, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Calabrese, dell'avvocatura regionale della Regione Campania,

giusta mandato a margine della comparsa di costituzione di nuovo difensore, con il quale domicilia in Napoli, via S. Lucia n. 81

**Appellata**

**NONCHE'**

**Società Reale Mutua di Assicurazioni s.p.a.**, in persona del legale rappresentante p.t. come indicato in atti, rappresentato e difeso dall'avv. Pierpaolo Gargano giusta procura stesa in calce alla copia notificata dell'atto di chiamata del terzo in primo grado, elett.nte dom.to presso il suo studio in Napoli, viale della Costituzione, isola G/1

**Appellata**

**E**

**A.O. DEI COLLI (già Monaldi)**, cf. 06857470634, in persona del direttore generale come ed in forza dei poteri indicati in atti, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Campobasso, giusta delibera di incarico indicata in atti e procura stesa a margine della comparsa di risposta, elett.nte dom.to presso il quale domicilia in Napoli, via Carducci n. 42

**Appellata**

**NONCHE'**

**Allianz s.p.a.**, in persona del procuratore speciale come ed in forza dei poteri indicati in atti, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Marsiglia come da mandato a margine della comparsa di risposta con appello incidentale, elett.nte dom.to presso il suo studio in Napoli, via G. Orsini n. 42

**Appellata**

**Conclusioni**

All'udienza del 18.5.2016 le parti si riportavano ai rispettivi atti e alle conclusioni già in precedenza rassegnate, nonché a quanto dedotto a verbale.

#### Motivi della decisione

Il tribunale di Napoli, in primo grado, con la sentenza indicata in epigrafe, decideva sulla domanda proposta da \_\_\_\_\_, nei confronti dell'AORN Cardarelli e dell'AO Monaldi, con la chiamata in causa, ad opera della prima, della Reale Mutua di Assicurazioni s.p.a., e della seconda, della Lloyd Adriatico s.p.a., volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'intervento di artroprotesi all'anca destra, eseguito, in data 23.4.1996, presso il Cardarelli, e di riposizionamento della protesi all'anca destra, eseguito, in data 14.5.2001, nell'ospedale Monaldi, a seguito dei quali, riguardo al primo, aveva contratto una osteomielite da contaminazione settica in sala operatoria, e, riguardo al secondo, poiché gli era stata riposizionata la protesi in un focolaio settico mai spento, sicché si era determinato il successivo scollamento della protesi, per il quale aveva dovuto essere sottoposto a nuovo intervento presso la medesima struttura. Il giudice adito, rigettava la domanda avanzata nei riguardi di entrambe le strutture ospedaliere, anche in relazione al prospettato difetto di consenso informato, con conseguente assorbimento delle questioni in merito alle chiamate in causa delle compagnie assicuratrici, con compensazione delle spese di lite tra tutte le parti in causa.

In particolare, il tribunale, basandosi sulle risultanze della c.t.u. a firma del dott. Marciano, rilevava che "la complicità infettiva post-operatoria nel punto di sutura occorsa all'attore...costituisce evento sfavorevole noto ed atteso da ricomprendersi nel più ampio complesso di complicazioni che la chirurgia

*(F)*

articolare comporta...riconducibile in buona percentuale dei casi (25 - 50%) all'effetto combinato della flora batterica endogena del paziente o all'impiego di presidi invasivi come nel caso di interventi chirurgici, laddove nel caso di specie non sussistono elementi che possano discriminare la reale origine del focolaio microbico trattandosi tra l'altro di un batterio (stafilococco Aureo) a localizzazione ubiquitaria...e non sussistendo elementi documentali che possano far ritenere una ipotesi di batteriemia secondaria ad un processo infettivo a disseminazione ematogena.”; che “Come risulta dalla documentazione medica ospedaliera ...in data 2.5.1996 il paziente veniva dimesso con regolare prescrizione antibiotica e di riposo a letto e successivo controllo, ed in data 20.5.1996 a seguito di visita di controllo il sanitario prescriveva terapia antibiotica e successivo controllo (dopo sette giorni)”, avendo il c.t.u. sottolineato che “detta prescrizione farmacologia...e successivo controllo a sette giorni è trattamento indicato ed ordinariamente adottato per casi analoghi...”, mentre era emerso che “nonostante detta prescrizione di controllo clinico dopo sette giorni, il paziente non risulta(va) aver effettuato tale controllo, e si rileva(va) altresì una brusca interruzione nella documentazione sanitaria che riprende(va) soltanto con una tac all'arto inferiore destro eseguita nel 1999 che evidenziava la presenza di una raccolta fluida a tipo ascessualizzata, mentre successivi controlli ortopedici effettuati nel settembre 1999 obiettivavano una osteomielite fistolizzata a livello del femore destro...”. Da ciò il primo giudice ha tratto la considerazione, in adesione con quanto osservato dal consulente, che “l'evoluzione peggiorativa della infezione osteomielitica (riscontrata nel 1999) è da imputarsi proprio alla mancata disponibilità del paziente alla effettuazione del prescritto controllo

Cm

clinico...". In merito, invece, alla responsabilità della seconda struttura, osservava "...che nel momento in cui il paziente veniva preso in cura dall'Ospedale Monaldi egli presentava già un quadro clinico serio e compromesso a causa della preesistente infezione osteomielitica, e che il preventivo trattamento farmacologico e chirurgico posto in essere dal Monaldi, consistito in preliminare somministrazione antibiotica per contrastare l'infezione in corso e successivo espianto protesico con posizionamento di uno spaziatore in cemento o applicazione di trazione per impedire retrazione dei tessuti molli, risulta quello che effettivamente andava adottato nel caso di specie...", "intervento ... il più indicato e con maggiore possibilità di ripristino della funzionalità articolare e non procrastinabile nel tempo stante la condizione in cui si trovava il paziente...né si sono evidenziate...condotte censurabili da parte del personale sanitario nella esecuzione di tale intervento chirurgico...", posto che, "in definitiva il denunciato scollamento della protesi costituisce complicità attesa in presenza di artroprotesi d'anca soprattutto nelle forme cementate come quella di specie...e non può quindi causalmente ricollegarsi all'operato dell'Azienda Monaldi, tenuto conto dello stato già compromesso in cui si presentava il paziente al momento del ricovero a causa della preesistente infezione osteomielitica e del rilevante lasso di tempo trascorso tra il primo intervento di protesizzazione (del 1996) ed il ricovero presso l'ospedale Monaldi."

Avverso detta pronuncia proponeva appello *l'* *, alla cui lettura si rimanda quale integrale parte espressa della presente decisione* (componendosi il gravame di ben 146 pagine), lamentando, in estrema sintesi, sia riguardo alle questioni afferenti il consenso informato, che la responsabilità dei sanitari e delle

*Am*

due strutture ospedaliere, 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 e dell'assenza del nesso causale, in capo ai sanitari e alle strutture. Chiedeva, pertanto, in riforma della sentenza impugnata, accogliere le conclusioni come formulate alle pagg. da 141 a 146, da intendersi sempre integralmente richiamate in questa sede.

Si costituivano sia il Cardarelli, che il Monaldi, i quali resistevano all'impugnazione.

Si costituiva anche l'Allianz s.p.a., che resisteva anch'essa ai motivi di impugnazione proposta dall' e, a sua volta, chiedeva, rubricandolo come appello incidentale condizionato, nella denegata ipotesi di accoglimento dell'appello principale, in accoglimento del proprio "appello incidentale", rigettarsi la domanda di garanzia avanzata dal Monaldi per intervenuta prescrizione.

Si costituiva anche la Reale Mutua di Assicurazioni, la quale resisteva anch'essa all'impugnazione. (Fm)

Con comparso di costituzione del 6.2.2013 si costituivano

e. , in qualità di eredi di

Disposta nuova c.t.u. e chiamato a chiarimenti il nominato ausiliare,

all'udienza indicata in epigrafe la causa veniva riservata a sentenza, con concessione dei termini di gg. 60 + 20 per scritti conclusionali.

Tanto premesso, ritiene la corte che sia opportuno affrontare in primo luogo le questioni attinenti alla responsabilità delle strutture sanitarie appellate, anziché i motivi di impugnazioni riferiti alla pretesa assenza del consenso informato che l'originario appellante tratta per primi, i quali, anche alla luce della stessa prospettazione avanzata dall'originario attore ), sono, in realtà, in parte condizionati dal merito dell'accertamento della responsabilità del Cardarelli e del Monaldi e, per il resto, in parte infondati ed in parte inammissibili.

Preliminarmente si evidenzia che ; e ,

hanno documentato, attraverso il prodotto stato di famiglia integrale di . e la dichiarazione sostitutiva, la propria qualità di eredi dell'originario attore-appellante e la conseguente legittimazione processuale (costituendo il loro intervento in lite un'ipotesi anche di accettazione dell'eredità), senza che le parti appellate abbiano contrapposto alcunché sul punto, se non limitandosi ad una mera, generica contestazione.

Ciò posto ritiene la corte che l'appello avanzato nei riguardi dell'Ospedale Cardarelli non sia suscettibile di positivo apprezzamento.

Preliminarmente si evidenzia che non risponde al vero che gli appellati non hanno provveduto a proporre osservazioni alla c.t.u. a firma Grillo, sui quali, infatti, l'ausiliare è stato anche chiamato a chiarimenti, oltre ad aver contestato anche i chiarimenti dallo stesso forniti.

Tanto premesso, si osserva che, anche dando per acclarato che l'ipotesi più plausibile dell'insorgenza del fenomeno infettivo possa essere quella segnalata,

cioè che vi sia stata una propagazione dell'infezione dalla ferita, "per contiguità" all'osso, atteso che, a seguito del controllo del 20.5.1996, all' veniva veniva refertato "La ferita appare secernente da un punto di sutura..." – (vds. pag. 18 della relazione del c.t.u. Marciano; vds. anche la comparsa conclusionale in primo grado dello stesso appellante , pagg. 43, 44, che vi fa riferimento tra le probabili cause richiamate dal c.t.u.) e che ciò possa essere stato determinato *intramuralmente*, restano pienamente valide le argomentazioni che il primo giudice ha sviluppato in merito all'esonero da responsabilità del Cardarelli.

Una prima considerazione si rende necessaria.

Ciò che viene addebitato ai sanitari e alla struttura non è la mera insorgenza di un'infezione, ma il fatto che l' abbia contratto l'*osteomielite*, che è l'infezione che attacca l'osso e relativa cavità midollare.

Il c.t.u. nominato dal tribunale ha evidenziato come il 2.5.1996, "Al momento della dimissione, veniva prescritta terapia antibiotica ed antinfiammatoria per 5 giorni...riposo a letto per 10 giorni e successivo controllo clinico. Il 20.5.1996 il signor si recava a visita ortopedica di controllo presso la suddetta struttura sanitaria. In tale occasione, stante la presenza di una secrezione non meglio specificata – a carico di un punto della sutura, il sanitario prescriveva terapia antibiotica a base di Diezime e Cefixoral e controllo clinico dopo sette giorni". controllo che "non è stato effettuato".

Aggiungeva successivamente che "Al momento della dimissione...veniva prescritto...terapia antibiotica e successivo controllo clinico. Tale controllo veniva eseguito in data 20.5.1996 ed in tale occasione viene fatto esplicito riferimento ad una terapia antibiotica, per limitare una infezione in atto e, un controllo clinico



dopo sette giorni...Tale controllo tuttavia, non veniva mai eseguito, *peraltro, il periziando riferisce di essersi fatto seguire dal proprio medico curante e da sanitari presso l'ospedale di Procida. La condotta tenuta dai sanitari ospedalieri, è sostanzialmente esente da censure in quanto la prescrizione di terapia farmacologica (antibiotico terapia) per 7 giorni e successivo controllo a sette giorni è trattamento indicato e ordinariamente adottato in casi analoghi e coincidenti con quello dell'. Inoltre, la riserva della parte attrice in ordine alla mancata prescrizione di esami strumentali e terapia medica, ossia in generale di controllo clinico, in realtà, non trova conforto nella documentazione in atti e peraltro, solo la decisione del periziando di non proseguire il controllo clinico, come invece da prescrizione del sanitario che lo ebbe a visitare il 20.5.1996, ha comportato ritardi nella prestazione chirurgica poi eseguita e sullo sviluppo delle complicanze poi manifestatesi all'. ."* (corsivi aggiunti).

L'ausiliare aggiungeva che, pertanto, l'infezione non era stata curata "per il tempo necessario, considerata la mancata disponibilità dei controlli successivi da parte del paziente.", evidenziando, per quel che maggiormente rileva, che "In buona sostanza si può affermare che *qualora l'infezione fosse stata trattata come da prescrizione medica, con ragionevole probabilità il processo infettivo sarebbe stato circoscritto e questo vale a prescindere se la complicanza infettiva si sia determinata nell'atto operatorio o immediatamente dopo.*" (corsivi aggiunti).

Interessanti sul punto sono le considerazioni anche del dott. Grillo nominato da questa corte.

Dopo aver osservato, in generale, che la terapia antibiotica era stata effettuata, evidenzia che "la terapia prescritta il 20.5.96, in considerazione delle secrezioni, da

Fm

un punto di sutura, appare corretta (t. antibiotica e controllo dopo 7gg.)” e, pur rilevando l’opportunità di disporre antibiogramma, puntualizza espressamente: “La mancanza di controlli successivi risulta *determinante* nell’aggravarsi del quadro infettivo e nell’osteomielite rilevata il 18.1.99. con esame TC: *una diagnosi precoce avrebbe certamente limitato l’evoluzione di tale patologia, consentendo all’ortopedico di intervenire per porre riparo all’infezione in atto. A tal punto va sottolineato che nel controllo del 20.5.96 il sig. era invitato a tornare a controllo dopo 7gg., cosa mai fatta, da quanto emerso dalla documentazione agli atti.*” (corsivi aggiunti).

Significativa è la terminologia adoperata, laddove il termine *determinante* ‘regge’ prima l’aggravarsi del quadro infettivo e poi, *separatamente*, l’osteomielite, cui, altrettanto significativamente è anteposto “nel” – *id est* l’evolversi in osteomielite – quale insorgenza della patologia a carico dell’osso.

Inoltre, in sede di chiarimenti alle osservazioni del ctp Buccelli, rimarcava sempre testualmente: “...la terapia antibiotica proposta e somministrata è quella che nella consuetudine del trattamento post chirurgico di un intervento di artroprotesi dell’anca viene comunemente effettuata...*Concordo anche con il fatto che il p. avendo preferito rivolgersi ad altro nosocomio non ha consentito ai sanitari stessi di poter risolvere la infezione nel migliore dei modi: la possibilità da me segnalata che i sanitari stessi potevano effettuare un curettage della ferita ed un tampone per isolare il germe responsabile della infezione, rappresenta una semplice constatazione, ma non certamente il rilievo di una colpa, dal momento in cui il paziente aveva deciso di seguire strade diverse!*” (corsivi e sottolineatura aggiunti).

Dai passaggi su indicati e, in particolare, da quelli sui quali, con l'aggiunta del corsivo e della sottolineatura, si è cercato di richiamare maggiormente l'attenzione, in verità, emerge una sostanziale coincidenza di vedute tra i due ausiliari, quello nominato dal tribunale e quello nominato da questa corte, sul fatto che, si può dire, l'effettiva responsabilità dell'intero processo patologico, che ha condotto alla contrazione dell'osteomielite – cioè all'infezione ossea nella sua forma più grave – è da addebitare alla mancata prosecuzione o verifica degli effetti della terapia antibiotica, avendo l' . . . deciso di non presentarsi più al controllo presso la struttura nosocomiale.

Pure la questione riguardante il non disposto antibiogramma, su cui le parti si sono soffermate, secondo il c.t.u. Grillo non può essere considerata un addebito di colpa, visto che il paziente, per usare le sue parole, ha "deciso di seguire altre strade".

Stupisce non poco, pertanto, che il medesimo dott. Grillo abbia, nel rispondere a quanto questa corte gli ha domandato con l'ordinanza con cui la causa è stata nuovamente rimessa sul ruolo, affermato in maniera tranciante che la condotta omissiva dell'attore non avrebbe avuto alcuna efficacia causale nella contrazione dell'osteomielite.

Eppure dal punto di vista statistico non è posto in dubbio da alcuno – e ciò del resto lo si desume dalle relazioni dei c.t.u., oltre che dei c.t.p. –, che, con la terapia antibiotica, "con ragionevole probabilità il processo infettivo sarebbe stato circoscritto", con il conseguimento di una completa guarigione, risultato conseguibile persino nel caso in cui l'infezione sia già esitata in osteomielite acuta (mentre qui il paziente l'ha fatta addirittura divenire cronica), senza considerare

*Gr*

che, in questo caso, detta patologia, nella forma cronica più grave, è stata diagnosticata a distanza di un rilevante lasso di tempo dal controllo del 20.5.1996.

Dato medico, questo, di cui è perfettamente consapevole la stessa parte attrice se si considerano le parole contenute nell'atto di citazione originario in cui, dopo aver sostenuto che il paziente veniva dimesso "senza prescrivere controlli successivi e senza prescrivere una copertura antibiotica", rimarcava testualmente: "tali controlli dovevano ritenersi obbligatori e necessari *ed avrebbero consentito un valido monitoraggio dell'istante, mentre una sufficiente copertura antibiotica avrebbe certamente protetto lo stesso da eventuali rischi settici e generali*" (corsivo e sottolineatura aggiunti).

Peraltro, la corte non può fare a meno di osservare che, se nell'accertamento del nesso causale, in ambito civile, ci si deve accontentare di rispondere alla regola del "più probabile che non", ciò non può che valere anche, per così dire, all'inverso, in quanto, proprio avuto riguardo a tale regola, deve ritenersi più che probabile che la continuazione della terapia antibiotica o il protrarsi dell'osservazione dei sanitari circa il suo andamento ed i suoi risultati, anche al fine di rimodularla, avrebbe scongiurato il sorgere dell'osteomielite.

Ora, che la terapia antibiotica ed i controlli non fossero stati previsti sono circostanze plasticamente smentite dai fatti realmente accaduti ed accertati, avendo l' per una sua scelta, deciso di rivolgersi ad altri sanitari, per come da egli stesso dichiarato al c.t.u.. Sicché, semmai è a questi ultimi che dovrebbe imputare l'insorgenza dell'osteomielite, sempre se a tali controlli si sia effettivamente sottoposto, non sussistendo alcuna documentazione per un arco di oltre due anni da quel controllo del 20.5.1996, e sempre se egli abbia seguito la

terapia, che pure gli era stata prescritta dai sanitari del Cardarelli sia al momento delle sue dimissioni, che del menzionato controllo.

D'altro canto, la prestazione offerta dai sanitari e dalla struttura ospedaliera *ha un contenuto complesso* e si estende anche al decorso post operatorio, con la possibilità di porre riparo ad eventuali "guasti", per usare ancora una volta la terminologia adoperata dall' stesso. di tal che, anche da tale angolo prospettico, non può non rilevare, in termini di 'dirimente' efficienza causale, che l'attore si sia volontariamente sottratto ai controlli prescritti.

Sotto altro profilo, neppure si potrebbe sostenere che non sussiste controprova al riguardo, giacché, come si è detto, l'adempimento dell'obbligazione complessa posta a carico della struttura è stato interrotto non per volere dei sanitari del Cardarelli.

Inoltre, ogni giudizio di fatto sull'eventuale condotta che i sanitari dell'ospedale avrebbero potuto tenere - compresa l'effettuazione dell'antibiogramma, proprio per effetto della eventuale necessità di rimodulare la terapia - nel caso in cui l' si fosse recato al controllo il 27.5.1996, è stato reso impossibile, del pari, con evidenza, dal comportamento omissivo della parte attrice.

Dalle argomentazioni che precedono si comprende anche perché, nel caso in esame, non si tratta di accertamento da compiere ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c. e, quindi, da eseguire soltanto su specifica eccezione di parte, al contrario di quanto previsto dal primo comma della citata disposizione, che conferisce al giudice il potere di rilevare anche *ex officio* il concorso di colpa del danneggiato o l'integrale imputabilità a quest'ultimo dei danni subiti, in quanto il

*Fm*

comportamento dell' – si ripete, nell'aver contratto l'osteomielite – è causa stessa dell'insorgenza della patologia contestata. Patologia, come si è visto, riscontrata a distanza di diverso tempo, il che rafforza, con ragionevole verosimiglianza, il giudizio che sia sorta e si sia radicata successivamente, oltre al fatto che sarebbe stata con rassicurante probabilità evitata: per tale motivo, nello sviluppo dell'effettiva eziogenesi tra più fattori concausali, da sola capace di determinare l'evento e, per l'intero, le sue conseguenze pregiudizievoli.

Anticipando il discorso riguardante il consenso informato, è bene evidenziare che, circa tale questione, l'appellante sembra voler sostenere che la responsabilità del Cardarelli per il danno subito a causa della contrazione dell'osteomielite, andrebbe rinvenuta anche nella omessa informazione della necessità di sottoporsi ai controlli.

Ora, nel merito deve rilevarsi essere davvero arduo poter ritenere plausibile che, in presenza di prescrizione di terapia antibiotica, in conseguenza della refertazione di secrezione della ferita e quindi di un'infezione della ferita in atto, il paziente non sia stato notiziato della necessità di recarsi al successivo controllo, che pure gli veniva richiesto a distanza di soli sette giorni.

Inoltre, occorre ricordare che tale addebito non era stato 'allegato' in alcun modo né nell'originario atto introduttivo, né nelle note ex art. 183 c.p.c., costituendo ciò, peraltro, la logica conseguenza dell'affermazione, *smontata dai fatti*, secondo la quale i sanitari del Cardarelli avevano omesso del tutto di disporre i dovuti controlli: sicché risulta, già per tale strada, inammissibile siffatta deduzione, proposta tardivamente, nonostante fosse sin dall'inizio desumibile dagli atti l'esistenza della prescrizione dei controlli (si consideri che anche dopo le

dimissioni l'era stato invitato al controllo e non solo il 20.5.1996). Opinando altrimenti si finirebbe per autorizzare comportamenti che alterano la normale dialettica processuale, consentendo anche alla parte di rimediare agli errori commessi nell'ambito della corretta introduzione dei fatti da provare, oltre i limiti in cui si cristallizzano le deduzioni assertive, risolvendosi, ciò, in una ingiustificata rimessione in termini.

Pertanto, aderendo questa corte al consolidato indirizzo secondo il quale il paziente, pur non dovendo dimostrare né l'inadempimento, né la colpa del sanitario e della struttura, né la sussistenza del nesso causale, ha, però, comunque, sempre l'onere di allegare quale sia l'inadempimento "qualificato", connotato da sufficiente specificità, imputabile al convenuto, la mutata prospettazione costituisce un fatto nuovo, che introduce un nuovo tema di indagine oramai precluso.

A diversa conclusione deve pervenirsi in ordine alla responsabilità dell'ospedale Monaldi relativamente alla corretta esecuzione dell'intervento di ri protesizzazione del 14.5.2001.

Infatti, si è visto richiamando le ragioni della decisione, che il tribunale ha ritenuto esente da rilievo, facendo propri i risultati della c.t.u. a firma del dott. Marciano, l'operato dei sanitari del Monaldi, sostenendo che gli accertamenti effettuati sarebbero stati appropriati, così come adeguata sarebbe stata "la terapia antibiotica ed idoneo il preliminare intervento di rimozione della protesi, oltre che rilevante il lasso di tempo trascorso tra i due interventi di riduzione e di riposizionamento e tale da assicurare un congruo lasso di tempo di riposo articolare". In particolare, sostenendo che vi era stato il preventivo trattamento

*Jm*

farmacologico consistito nella preliminare somministrazione antibiotica per contrastare l'infezione in atto; che corretto era stato l'espianto della protesi ed il posizionamento di uno spaziatore in cemento o applicazione di trazione per impedire la retrazione dei tessuti molli, essendo tale tipo di intervento il più indicato ed idoneo a garantire la maggiore probabilità di ripristino della funzionalità articolare, oltre che non procrastinabile; di tal che, il successivo scollamento della protesi reimpiantata costituiva "complicanza" attesa in tale tipologia di interventi, tenuto conto anche del preesistente stato di compromissione che presentava il paziente al momento di affidarsi alle cure dei sanitari della seconda struttura.

In realtà, sembra che il c.t.u. abbia tenuto presente il complessivo operato del Monaldi, posto in essere a seguito di un secondo riposizionamento effettuato nel 2003, dopo che vi era stato lo scollamento della prima protesi reimpiantata nel 2001, finendo in parte per esserne condizionato nel giudizio, come si ricava anche dalle conclusioni in cui evidenzia che "Nel 2001 venne sottoposto ad un ulteriore intervento chirurgico di rimozione della protesi e nel 2003 a riposizionamento della protesi presso l'Ospedale Monaldi di Napoli", senza adeguatamente esaminare e senza correlativamente dare conto della differente condotta tenuta nei due interventi del 2001 e del 2003.

Infatti, sul punto appaiono congrue e non efficacemente contrastate – avuto riguardo, d'altro canto, al fatto che la prova dell'insussistenza del nesso causale e della correttezza dell'operato dei sanitari e della struttura ospedaliera gravano sui sanitari e sulla struttura stessa – le argomentazioni che il c.t.u. Grillo esprime in riferimento al secondo intervento del maggio del 2001.



L'ausiliare della corte, dopo aver concordato, nella sostanza, circa il fatto che l'intervento si rendeva necessario e che "inizialmente", per quel che concerneva la fase di rimozione della protesi e l'apposizione di distanziatore in cemento antibiodato, era stato corretto per il trattamento di una protesi infetta, evidenziava, con considerazioni logiche e tecnicamente argomentate, che il prosieguo dell'operato non andava affatto esente da rilievi.

Sul punto il c.t.u. Grillo così si è espresso: "Difatti una volta rimossa la protesi infetta, ed applicando il distanziatore l'11.12.00, il p. viene sottoposto a scintigrafia ai leucociti marcati il 6.3.01, esame positivo per infezione con iperaccumulo al 3° prossimale di femore dx, esami ematologici in data 13.3.01 che mostravano VES a 132 e PPr a 96, *segni evidenti di infezione in atto. Non viene richiesta alcuna consulenza infettivologica né viene consigliato al p. di praticare ciclo di t. antibiotica mirata...Pertanto nel maggio del 2001, senza ulteriori controlli scintigrafici o di altra natura (RMN, artrocentesi con prelievo di tessuto o liquido sinoviale da far esaminare) il p. viene sottoposto ad intervento chirurgico di rimozione del distanziatore ed impianto di protesi da revisione con innesti ossei e stelo modulare.". Ancora, "Alle dimissioni il 23.5.01 non veniva *consigliata t. antibiotica di alcun tipo, ma solo eparina ed FKTY. Ma a distanza di circa 9 mesi un controllo rx mostrava segni di scollamento protesico e probabili sequestri in corrispondenza del grande e piccolo trocantere ed un controllo effettuato il 13.3.02 presso l'Ortopedia della SUN diagnosticava scollamento settico protesi da revisione anca dx e consigliavano terapia antibiotica.*" (corsivi e sottolineatura aggiunti).*

La conclusione, in perfetta aderenza con quanto lamentato dall'attore nell'atto

di citazione - *sulla base di quanto esposto, in verità, in maniera difficilmente contestabile* -, cui è pervenuto il c.t.u., è che "i sanitari, nonostante nel marzo '01 vi fossero chiari segni di infezione in atto (vedesi scintigrafia ed esami ematici) non ritennero opportuno richiedere, prima di impiantare una nuova protesi, né ulteriori accertamenti che potessero garantire la scomparsa dell'infezione, né sottoposero il p. a cicli di t. antibiotica mirata, secondo quelle che erano le comuni linee guida dell'epoca", invece, applicando una nuova protesi "che nel giro di 9 mesi si reinfettò...".

Inoltre, sono significative anche le ulteriori argomentazioni spese dal c.t.u. Grillo per rappresentare il corretto *modus procedendi* che avrebbe richiesto il caso in esame, desunto dallo stesso operato posto in essere dai sanitari della medesima struttura nel successivo intervento di rimozione e riposizionamento, avendo in quel caso sottoposto l' prima a biopsia del sottocutaneo in corrispondenza della protesi, poi effettuato antibiogramma che evidenziava la presenza di stafilococco Aureus, poi a consulenza infettivologica con prescrizione di terapia medica con specifici antibiotici, nuove consulenze e nuovo prelievo di tessuto, prima di procedere al nuovo riposizionamento.

Pertanto, è evidente che non può essere qualificata come "complicanza", nell'accezione assegnata dal primo c.t.u. al termine e a prescindere da quanto tale accezione possa valere in merito all'accertamento della responsabilità nell'ambito che qui interessa, lo scollamento della protesi, reimpiantata in "un focolaio non ancora spento", apparendo necessario fare riferimento alle categorie civilistiche che individuano l'esistenza di responsabilità per colpa e del nesso causale tra condotta ed evento, in quanto riferiti ad accadimenti "prevedibili e prevenibili".

Sicché non si può revocare in dubbio, proprio dal raffronto con l'iter seguito nel secondo intervento effettuato sempre presso il Monaldi, che sussistano evidenti profili di colpa addebitabili ai sanitari in relazione al primo intervento del maggio 2001 e la diretta derivazione eziologica con il successivo scollamento della protesi reimpiantata.

Circa la determinazione del grado di invalidità, possono prendersi per corretti, non essendo stati adeguatamente contrastati, i risultati cui è pervenuto il c.t.u., il quale ha evidenziato, basandosi sulla documentazione esaminata, visto che nelle more l'è deceduto, che vi era stato un grave indebolimento e una grave compromissione delle funzioni deambulatorie, e, dopo aver evidenziato che un 15% di invalidità sarebbe conseguito, comunque, anche laddove la patologia osteomielitica non fosse insorta e l'intervento del 1996 non avesse dato luogo ad alcuna "complicanza", sostiene che la percentuale di danno biologico ascrivibile in correlazione, prima alla suddetta patologia, e successivamente al non corretto riposizionamento della protesi nel maggio 2001, sia da determinare nella misura del 45%.

Ritiene, però, la corte che, per quanto espresso in merito alla responsabilità dell'insorgenza della patologia osteomielitica, da addebitare al comportamento dello stesso . , il danno differenziale del 30% vada ascritto in misura certamente maggiore all'attore.

Infatti, sul punto, diversamente da quanto ritenuto in maniera non adeguatamente giustificata dal c.t.u. Grillo, che, nella sostanza, ha omesso di rispondere alle richieste di chiarimento di questa corte, continuando a ribadire quanto già precedentemente espresso, appaiono più che condivisibili le

*Am*

osservazioni del primo giudice il quale rimarcava come "nel momento in cui il paziente veniva preso in cura dall'Ospedale Monaldi egli presentava già un quadro clinico serio e compromesso a causa della preesistente infezione osteomielitica...". Infezione che costituisce, all'evidenza, la principale causa dell'indebolimento della funzionalità dell'arto e della compromissione delle capacità deambulatorie, cui solo in parte, ed in termini di aggravamento, ha inciso l'erroneo operato ascrivibile ai sanitari del Monaldi con il primo intervento, ove si consideri, altresì, che sempre a seguito di un successivo intervento correttamente eseguito presso la medesima struttura, da come deve evincersi dalle considerazioni svolte dal c.t.u. Grillo (e prima dal c.t.u. nominato dal tribunale), l'infezione era stata risolta e il secondo reimpianto correttamente eseguito, senza che sia stata allegata l'insorgenza di successive problematiche.

Pertanto ritiene la corte che solo in misura del 10%, il predetto danno differenziale debba essere ascritto all'appellata AO Monaldi.

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 mai eseguito del 14.5.2001 (anni 69), del grado di invalidità del 45%, con personalizzazione del 10%, considerata la situazione complessiva dell' , tale grado di invalidità porterebbe ad un valore monetario di euro 279.588,00. Da tale importo deve, però, essere sottratto quello relativo ai precedenti punti di invalidità, 'imputabili' per il 15% alla compromissione che sarebbe comunque derivata anche in caso di non insorgenza dell'osteomielite, e per il 20% allo stesso

comportamento dell' che l'ha, di fatto, determinata, pari ad euro 203.623,00 (nessuna decurtazione può essere, invece, riconosciuta in ragione del suo decesso occorso nelle more del giudizio di appello, atteso che, al momento in cui questo è avvenuto, egli aveva un'età superiore alla vita media, tanto che di ciò si è tenuto conto pure nella personalizzazione del danno, oltre che delle sofferenze patite).

Sicché la somma dovuta per invalidità permanente è quella di euro 75.965,00, cui vanno aggiunti euro 11.146,25 per gg. 185 di itp, stimata al 50%, nel valore medio tabellare giornaliero.

Circa le questioni proposte in merito all'acquisizione di una 'valido' consenso informato, occorre considerare, in termini generali, che la giurisprudenza di legittimità formatasi dall'inizio del 2001 e successivamente consolidatasi nel corso del primo decennio del nuovo millennio - che assume rilevanza non solo sulla specifica questione del consenso informato - muovendo dal proprio *revirement* in tema 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, ancorché qualificata, dell'inesattezza dell'adempimento, anche 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 del 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, anche per quel che concerne il consenso informato, ad allegare l'inadempimento del debitore, spettando al professionista dimostrare che tale inadempimento non vi è stato.

Pertanto, in relazione all'obbligo di una corretta informazione, dato per presupposto che si tratta di adempimento 'interno' all'unitaria prestazione richiesta al sanitario, che comprende anche la precedente fase diagnostica, prima delle eventuali soluzioni terapeutiche da prospettare come praticabili, 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 fanno 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, sia delle alternative terapeutiche, etc. (Cass. 24742 del 2007 e la giurisprudenza correttamente richiamata dalle parti appellanti).

Orbene, nel caso in questione, esaminando i documenti prodotti ed a prescindere dal disconoscimento, in verità palesemente generico, circa la conformità all'originale dei documenti prodotti (che, secondo la giurisprudenza di legittimità, è da stimare inammissibile e assolutamente inefficace allo scopo), la

*Am*

corte non può fare a meno di rilevare che questi si dimostrano inidonei a fornire la prova del tipo di *specifiche* informazioni, relative al *particolare* intervento da eseguire, apparendo, con evidenza, riferiti ad informazioni stereotipate per qualsiasi trattamento chirurgico o sanitario, non permettendo di dare per provato che l'            venne reso edotto dei rischi possibili collegati ai tipi di intervento da praticare.

Ciò nondimeno, considerate le *specifiche* allegazioni proposte dalla parte attrice in prima istanza, nessun pregiudizio risulta suscettibile di ristoro nella specie.

Infatti, nel formulare la propria domanda l'            esponeva che "prima dell'intervento chirurgico del 23.4.1996, né gli operatori e né il personale medico e paramedico in servizio, informavano l'istante dell'effettiva portata e gravità del trattamento sanitario e dell'intervento chirurgico, degli effetti conseguibili, delle eventuali complicazioni, dei prevedibili rischi coinvolgenti probabilità di esito negativo o peggiorativo e delle possibili alternative terapeutiche e chirurgiche", evidenziando immediatamente dopo "che l'istante, se fosse stato informato correttamente dagli operatori, quantomeno sui rischi di contrarre una osteomielite da contaminazione settica in sala operatoria, non si sarebbe sottoposto a quel trattamento sanitario e a quell'intervento chirurgico senza essersi prima accertato del rispetto, da parte dell'AORN Cardarelli, delle prescrizioni di igiene che presidiano il funzionamento delle camere operatorie."

Di analogo segno sono le allegazioni riferite alla responsabilità del Monaldi: "prima dell'intervento chirurgico del 14.5.2001, né gli operatori e né il personale medico e paramedico in servizio, informavano l'istante dell'effettiva portata e

gravità del trattamento sanitario e dell'intervento chirurgico, degli effetti conseguibili, delle eventuali complicazioni, dei prevedibili rischi coinvolgenti probabilità di esito negativo o peggiorativo e delle possibili alternative terapeutiche e chirurgiche", aggiungendo subito dopo che "l'istante, se fosse stato informato correttamente dagli operatori, quantomeno sui rischi dell'intervento chirurgico e sulla possibilità che lo stesso, anziché fargli conseguire il promesso miglioramento, gli avrebbe fatto conseguire un netto peggioramento del suo stato di salute, non si sarebbe sottoposto a quel trattamento sanitario e a quell'intervento chirurgico." (unica puntualizzazione nella memoria ex art. 183 c.p.c. riguardava la mancata informazione sull'efficienza o meno delle strutture e sulla preparazione o meno del personale, etc.; vds pag. 15).

Orbene, è evidente che le due proposizioni sono in stretta correlazione ed esplicitano l'intento, che è reso manifesto anche in sede di appello, di ascrivere alla struttura sanitaria, per il solo fatto di aver sottoposto esso all'intervento, in assenza di adeguato consenso, i danni alla salute che ne sono derivati. Si veda quanto affermato nell'atto di gravame: "Ne consegue, per tutto quanto qui esposto, che deve ritenersi che l'omessa informazione dell'attuale appellante sui rischi del trattamento tecnico assistenziale e chirurgico eseguito...ha fatto assumere sulla stessa azienda i rischi di tale trattamento tecnico-assistenziale e chirurgico, e, quindi, anche le eventuali complicazioni..."; ed ancora "Corollario di ciò è il conseguente accoglimento della domanda dell'attuale appellante nei confronti dell'Azienda...finanche nell'ipotesi in cui il trattamento tecnico-assistenziale e chirurgico dovesse risultare, anche in questa fase di appello, corretto e diligente...".



Sul punto, deve ricordarsi che, per come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, occorre distinguere gli interventi volti alla tutela della salute o di carattere necessario, da quelli riguardanti la chirurgia estetica, sicché, "Quando ad un intervento di chirurgia estetica consegua un inestetismo più grave di quello che si mirava ad eliminare o ad attenuare, all'accertamento che di tale possibile esito; il paziente non era stato compiutamente e scrupolosamente informato, consegue ordinariamente la responsabilità del medico per il danno derivatone, quand'anche l'intervento sia stato correttamente eseguito. La particolarità del risultato perseguito dal paziente e la sua normale non declinabilità in termini di tutela della salute consentono, infatti, di presumere che il consenso non sarebbe stato prestato se l'informazione fosse stata offerta e rendono pertanto superfluo l'accertamento, *invece necessario quando l'intervento sia volto alla tutela della salute e la stessa risulti pregiudicata da un intervento pur necessario e correttamente eseguito, sulle determinazioni cui il paziente sarebbe addivenuto se dei possibili rischi fosse stato informato.*" (corsivo aggiunto; così Cass., sez. III, n. 12830 del 2014, pronuncia, peraltro, da molti criticata proprio in merito alla differenziazione tra i due tipi di interventi, nel senso che anche per la chirurgia estetica non sarebbe lecito dedurre direttamente il mancato consenso del paziente alla sottoposizione all'operazione o al trattamento, sulla scorta della considerazione che, in molti casi, anche tale chirurgia assolve a finalità riparatorie di gravi danni o tesa a risolvere problematiche di tipo psicologico, spesso non meno avvertire di quelle riguardanti patologie anatomico-funzionali).

Inoltre, anche relativamente alla diversa, ma pur sempre connessa tematica delle mancate informazioni circa eventuali malformazioni da cui è affetto il feto

durante la gestazione, ai fini della possibilità di far ricorso alla interruzione volontaria di gravidanza (cd. danno da nascita indesiderata), la giurisprudenza di legittimità, per bocca della sua più alta espressione, ha avuto modo di puntualizzare che "il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale", con l'ulteriore rilevante precisazione che "quest'onere può essere assolto tramite *praesumptio hominis*, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psicofisiche della gestante o le sue progresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva...", così superando l'indirizzo più permissivo, che traeva dalla semplice esistenza delle malformazioni la presunzione che la gestante avrebbe adottato la scelta di interrompere la gravidanza.

Tornando al caso in esame, al di là della apodittica allegazione che, ove correttamente informato, esso avrebbe sicuramente preferito non sottoporsi agli interventi 'incriminati', in realtà l'attore, oggi appellante, nulla ha chiesto di provare, né tantomeno ha allegato elementi da cui sarebbe stato logico trarre un simile convincimento.

Sotto l'altro profilo segnalato per primo, entrambi gli interventi erano, per come espresso da tutti i consulenti, necessari, rivolgendosi il primo a risolvere una patologia di sicura afflizione, anche dal punto di vista dell'esistenza di invalidanti dolori alla stessa riconducibili, quale la coxartrosi, con protesizzazione dell'anca, cui l'altro non a caso, si era già sottoposto in relazione all'altro arto; il

secondo, essendo insorta l'osteomielite ed essendo ancora una volta tale operazione la più indicata onde recuperare al meglio la funzionalità dell'arto (peraltro, riguardo al secondo intervento, la corte è già pervenuta ad un giudizio di responsabilità della struttura sanitaria, esaminando il merito della condotta dei sanitari dell'ospedale, sicché, ai fini di una affermazione di responsabilità per danni alla salute, la questione del consenso informato finisce per essere del tutto irrilevante).

Resterebbe l'ipotesi del danno al diritto alla 'mera' autodeterminazione, al quale si richiama l'appellante nei motivi di appello.

Al riguardo, però, è bene ancora una volta ricordare, come, peraltro 'è chiaramente consapevole l' che una cosa è il danno alla salute, come visto riconoscibile qualora il paziente alleghi 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 deriva 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

(7m)

aderente al danno effettivamente subito.

Ma, come si è visto, dall'esame delle allegazioni proposte dall' in prima istanza, nulla autorizza a sostenere che una siffatta domanda sia stata introdotta, mancando, per quanto appena esposto, qualsiasi riferimento a tale tipo di pregiudizio (cioè alla 'mera' *autodeterminazione*), oltre che agli elementi da cui desumere l'entità della lesione, il che ne conferma, ove ve ne fosse bisogno, la mancata richiesta.

Conferma ulteriore di ciò fa si rinviene proprio dall'attenzione dedicata dall'appellante alla questione, *oltretutto solo negli scritti conclusionali depositati in questa sede, in cui si diffonde lungamente (quasi venti pagine) pure (forse sarebbe più corretto dire, solo) in punto di 'individuazione' del pregiudizio ricollegato alla lesione all'autodeterminazione*, di cui non vi era traccia alcuna neanche nella comparsa conclusionale di primo grado.

Infine la corte non può fare a meno di osservare che incongrue sono pure le allegazioni in generale rivolte alla tipologia di informazioni, che i sanitari e la struttura avrebbero dovuto fornire ad esso , 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, o sull'inadeguatezza della struttura; informazioni che appare singolare richiedere al sanitario e all'ospedale, dovendo presumersi logicamente che i rischi oggetto del consenso non possano essere legati alla colpa dell'operatore o della struttura.

L'equivoco è evidente, ove si consideri che viene lamentata genericamente la mancata informazione circa l'efficienza o inefficienza della struttura, della sterilità delle camere operatorie, o del personale, etc., sulla scorta, deve ritenersi, di quella

giurisprudenza che richiede l'obbligo di informazione anche relativamente a carenze dell'ospedale e della sua organizzazione, legate, però, a ben individuate circostanze, per esempio, quali la necessità di far ricorso a strumentazione specialistica per la buona riuscita dell'intervento, che è cosa intuitivamente diversa, e non certo alla perizia e diligenza occorrenti per l'ordinario espletamento dell'attività sanitaria.

Anche la richiesta di danni ulteriori rubricata sotto il paragrafo "14. Danno emergente passato" (ma che ricomprenderebbe anche la richiesta di quello futuro), deve essere disattesa, apparendo, a ben vedere inammissibile.

Infatti, la domanda si incentra sulla seguente proposizione "ingenti sono state le spese sostenute dall'istante per cure, terapie, trasporto, assistenza, esami specialistici e strumentali, miglior vitto, ecc. ed ingenti saranno le spese future", muovendo dal rilievo che ciò non sarebbe stato oggetto di contestazione dalle controparti, oltre che provato dalla "documentazione offerta in comunicazione con il libello introduttivo...mai impugnata o contestata o disconosciuta dagli attuali appellati (v.)", oltre che da "nozioni di comune esperienza, che integrano com'è noto una regola di giudizio."

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.

Correlativamente, l'onere di specifica contestazione non può che essere richiesto in contrapposizione a fatti puntualmente indicati.

Pertanto, a fronte di una proposizione generica come quella dell'attore, nessuna valenza può essere assegnata alla pretesa mancata contestazione.

Né, sotto altro profilo, sussiste la possibilità di fare ricorso a nozioni di comune esperienza, giacché l'attore avrebbe dovuto, quantomeno in relazione alle spese già sopportate, indicare a cosa faccia riferimento, dandone in conseguenza dimostrazione, anche al fine di giustificare presuntivamente quelle preventivabili per il futuro, risultando inammissibile, pertanto, ogni successivo 'tentativo' di vestire la domanda – e l'impugnazione, che nulla contiene al riguardo per tutte le oltre 140 pagine di cui si compone l'atto – negli scritti conclusionali di secondo grado.

In conclusione agli eredi dell'                      sono dovuti euro 87.111,25, 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, oltre che provati, 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

(14.5.2001), via via annualmente rivalutata sempre sulla base degli indici ISTAT, dalla data del fatto a quella di pubblicazione della presente sentenza; da tale data sulla somma come sopra determinata saranno dovuti gli interessi legali.

Deve essere accolta la domanda di garanzia avanzata dal Monaldi nei riguardi della propria compagnia di assicurazione Allianz s.p.a..

Va evidenziato che quest'ultima, nel costituirsi nel presente grado di appello, oltre a resistere ai motivi di impugnazione proposti dall'appellante, si è limitata a riproporre, pur impropriamente rubricandolo come appello incidentale condizionato, l'eccezione di prescrizione ex art. 2952 c.c. nel teso applicabile *ratione temporis*, essendo decorso il termine annuale allora previsto, facendolo decorrere dalle richieste di risarcimento avanzate dall' assicuranti al settembre ed ottobre del 2002, rispetto alla data di citazione del 28.1.2004.

Il problema è che le missive in questione sono tutte indirizzate nei confronti dell'Ospedale Cardarelli, dei medici di questa struttura e della Reale Mutua, e fanno tutte riferimento all'intervento dell'aprile del 1996.

Anche a prescindere dalla valutazione, nel caso in esame, dell'applicabilità di un'ipotesi di solidarietà tra la responsabilità asseritamente ascritta al Cardarelli e quella riguardante la condotta dei sanitari del Monaldi, per la prescrizione relativa al rapporto tra assicurato ed assicuratore deve farsi riferimento a quanto previsto dal medesimo art. 2952, comma 3 c.c., a mente del quale "Nell'assicurazione della responsabilità civile, il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha chiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo l'azione.", di tal che non si potrà fare riferimento a quelle raccomandate, visto che alcuna richiesta era stata rivolta al Monaldi.

*FM*

Il primo atto con cui viene avanzata la pretesa nei riguardi di tale azienda ospedaliera è proprio l'atto di citazione del gennaio 2004, da cui è scaturita la chiamata in causa dell'allora Lloyd Adriatico, dell'aprile dello stesso anno.

Sicché l'eccezione va rigettata e non essendo stata proposta alcuna altra questione in merito all'esistenza del rapporto assicurativo, la Allianz s.p.a., incorporante della Lloyd Adriatico, va condannata a tenere indenne il Monaldi da quanto dovuto agli eredi dell' con pagamento diretto, avendone fatto l'assicurato richiesta, domandando l'estensione diretta alla compagnia delle conclusioni di cui all'atto introduttivo della lite.

Riguardo al regolamento delle spese di lite ritiene la corte che queste vanno poste a carico del Monaldi, relativamente al rapporto processuale tra il detto ospedale e gli eredi dell' sebbene, in considerazione del complessivo andamento del giudizio, anche in punto di minor accoglimento delle pretese avanzate dall'originario attore, si stima giustificata la loro compensazione per la metà. Analogamente, nel rapporto tra gli eredi dell' e l'ospedale Cardarelli, così come relativamente a quello tra i primi e la Reale Mutua, le spese del grado vanno regolate secondo soccombenza, sebbene, tenuto conto della complessità del giudizio, le stesse vanno compensate per un terzo (con liquidazione *ex officio* sulla base di quanto richiesto). Riguardo al rapporto processuale tra il Monaldi e la Allianz s.p.a., tenuto conto che le difese svolte dalla struttura sanitaria si sono rivolte principalmente contro i motivi di impugnazione dell' , si stima equa, alla luce anche del complessivo tenore delle difese svolte relativamente alla questione della sollevata eccezione di prescrizione, la loro integrale compensazione. Circa le spese delle cc.tt.uu., considerato che l'accertamento



riguardava sia la posizione del Cardarelli, che del Monaldi, anche in questo caso, metà delle spese vanno a carico degli eredi dell' e metà a carico del Monaldi, comunque risultato soccombente (valutazione che non può che valere anche per le spese richieste in riferimento all'assistenza prestata dal c.t.p. Savoia).

In merito alla liquidazione dei compensi professionali, gli eredi dell' hanno prodotto una nota spese riguardante il giudizio di primo grado facendo riferimento al d.m. n. 55 del 2014, senza considerare che il giudizio si è concluso nel 2008 e ha avuto inizio nel gennaio 2004, con l'applicabilità, per gli onorari, della tariffa vigente al momento di conclusione di quel grado, per i diritti, per una breve frazione, della tariffa anteriore del 1994 e per il resto del 2004, sicché la liquidazione va fatta *ex officio*, avuto riguardo alla somma riconosciuta dovuta, considerata, altresì, la non provata ed esorbitante richiesta riguardante alcune voci ("dattilo") relativa alla collazione degli atti (liquidate forfettariamente).

Riguardo alla liquidazione delle spese (per le quali vale quanto appena evidenziato) e dei compensi del grado di appello, giova evidenziare che nessuna maggiorazione per la difesa di più parti vi può essere, atteso che la parte era unica e il giudizio è esclusivamente proseguito con i due eredi, senza che sia stata addotta alcuna specifica ragione che induca alla maggiorazione, che è facoltativa. Inoltre, pur considerata l'indubbia complessità del giudizio, tenuto conto che parte delle difese si sono sviluppate intorno a tematiche ritenute inammissibili o ripetitive relativamente all'inquadramento generale e in buona parte senza distinzioni rispetto alle differenti posizioni dei due ospedali e delle diverse responsabilità, non si ritiene ci si debba discostare dai valori medi, avuto riguardo alla somma effettivamente riconosciuta dovuta, apparendo, per la particolarità

(Fn)

della vicenda, anche in base alle motivazioni che precedono, ingiustificata la richiesta di aumento del terzo.

**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 come da motivazione*, così provvede:

a) accoglie, per quanto di ragione l'appello proposto nei confronti dell'AO Monaldi, e conseguentemente, in riforma della sentenza impugnata, accoglie parzialmente la domanda originariamente proposta da \_\_\_\_\_, nei riguardi della sola AO Monaldi;

a1) per l'effetto condanna la predetta al pagamento, in favore dei su indicati eredi dell'appellante, della somma di euro 87.111,25, liquidata all'attualità, oltre interessi legali, da computarsi sulla minor somma – ottenuta dividendo quella liquidata all'attualità per il coefficiente ISTAT relativo alla data del fatto (14.5.2001) –, 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) in accoglimento della domanda avanzata dall'AO Monaldi nei confronti della terza chiamata Allianz s.p.a. (incorporante della Lloyd Adriatico s.p.a.), condanna quest'ultima a manlevare la AO Monaldi, mediante pagamento diretto in favore degli eredi dell' \_\_\_\_\_, di quanto tenuta a pagare in forza del capo a) e d);

c) rigetta l'appello proposto nei confronti dell'AORN Cardarelli, restando

assorbita ogni domanda o questione relativa alla chiamata in causa della Reale Mutua di Assicurazioni;

d) condanna l'AO Monaldi al pagamento delle spese processuali in favore degli eredi dell' che, compensate per la metà, liquida, d1) in relazione al primo giudizio in euro 378,70 per spese, cui si aggiungono euro 570,00 per metà spese di c.t.u., ed euro 658,00 per metà spese ctp; euro 2171,33 per diritti, ed euro 5.000,00 per onorari, oltre spese generali, iva e c.p.a.; d2) in relazione al grado di appello in euro 451,78 per spese, cui si aggiungono euro 668,59 per spese c.t.u. ed euro 308,55 per ctp ed euro 9.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali in misura del 15%, iva e c.p.a.;


e) condanna gli eredi su indicati dell' al pagamento delle spese processuali del grado in favore dell'AORN Cardarelli che liquida, compensate per un terzo, in euro 14.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali in misura del 15%, iva e c.p.a.;

f) condanna gli eredi su indicati dell' al pagamento delle spese processuali del grado in favore della Reale Mutua di Assicurazioni s.p.a. che liquida, compensate per un terzo, in euro 16.000,00 per compensi professionali, oltre spese generali in misura del 15%, iva e c.p.a.;

g) compensa le spese nel rapporto tra l'AO Monaldi e la Allianz s.p.a..

Napoli, così deciso nella camera di consiglio del 22 novembre 2016

Il cons. est.  
Dott. Francesco Notaro



07/12/16  
Il Funzionario Giudiziale  
P. Della Gatta

Il Presidente  
dott. Rosa Giordano

