

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Napoli - VIII sezione civile, in persona dei Magistrati:

dott. Alessandro Cocchiara - Presidente

dott. Antonio Quaranta - Consigliere

dott.ssa Maria Rosaria Pupo - Consigliere estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al RG n.2138/2017 vertente

TRA

1. B.M.T. (cf: (...)) in proprio e quale erede di V.A., elettivamente domiciliata in Roma, alla Via (*Omissis*), presso e nello studio dell'Avv. G. B. del Foro di Roma, che la rappresenta e difende giusto mandato in atti; P.E.C. (*Omissis*);

appellante

2. V.M. (cf: (...)) in proprio e quale erede di V.A. rappresentata e difesa dall'Avv. M.C., presso il quale elett.te domicilia giusto mandato in Via (*Omissis*) Roma, - Fax (...);

CONTRO

3. A.G. (c.f. (...)), rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avv.ti P.U.L. (c.f. (...)) e N.M.C. ((...)) del Foro di Roma, elett.te dom.to in Napoli, (*Omissis*) presso lo studio dell'avv. G.M. giusta procura a margine della comparsa di costituzione in primo grado;

4. C.D.C.P. spa (P.I. (...)) in persona dei legali rappresentanti p.t. avv. L.F. ed avv. A.F. con i quali elett.te domicilia in Napoli (*Omissis*), presso lo studio dell'avv.to A.F. che la rappresenta e difende giusto mandato a margine della comparsa di costituzione ed appello incidentale;

appellanti incidentali

5. C.A. spa (P.I. (...)) in persona del legale rappresentante p.t. A.B., quale società incorporante la F.A. danni, giusto atto di fusione del 22/12/2016 per Notar M.M.B. rep. n. (...) racc. n. (...), rappresentata e difesa dall'avv. G.E. presso il quale elett.te domicilia in (*Omissis*), giusto mandato in calce all'atto di appello notificato; PEC: (*Omissis*)

appellata

6. U.A. s.p.a.(P.I. (...)), in persona del legale rappresentante p.t., quale incorporante U.A. S.p.A., C.D.A.M. s.p.a., P.F. s.p.a., il tutto con effetto dal 6 gennaio 2014; giusto atto di fusione del 31-12-2013 a rogito Notaio T.D.B. in data - Rep. (...), Racc. (...), in persona del suo procuratore ad negotia, dr. D.G., munito dei poteri di rappresentanza legale in forza di procura speciale del 16-12-2016 in autentica Notaio dott. T.G. di B. ai nn. (...) di rep./fasc., rapp.ta e difesa come da mandato a margine del presente atto dagli avv.ti A.R. e M.M., congiuntamente e disgiuntamente tra loro, presso il loro studio elett.te dom.ta in Napoli (*Omissis*); PEC: (*Omissis*)

appellata

7. P.L.C. Z.I. spa - Rappresentanza G.I. (c.f. (...)) in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. E.E. e dall'avv. F.E. presso i quali elett.te domicilia in Napoli, (*Omissis*), PEC: (*Omissis*)

appellata

8. G.I. s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., conferitaria del complesso aziendale costituito dal portafoglio assicurativo della Direzione per l'Italia A.G. spa, con tutti i relativi rapporti giuridici, in favore di I.A. spa, per atto notaio P.M. del (...) - rep. n. (...) con effetto 1-7-2013 (doc. n. 3) e provvedimento di autorizzazione emesso dall'IVASS prot. n. (...) del 18 giugno 2013 (doc. n.4), con sede in M. V. (T.), Via M. 14, C.F e numero di iscrizione nel Registro della Imprese (...) - P.IVA (...) , R.E.A n TV-364135 , Società iscritta all'Albo delle Imprese IVASS n 1.00021, soggetta all'attività di direzione e coordinamento dell'Azionista Unico "A.G. spa" ed appartenente al G.G. , iscritto al numero 026 dell'Albo dei Gruppi assicurativi, in persona dei suoi legali rappresentanti protempore, dott P.R.D. (c.f: (...)) in qualità di Amministratore Delegato e Direttore Generale e dott. R.B. (c.f. (...)), elett.te domiciliata in Napoli (*Omissis*) presso lo studio dell'avv. R.M. del Foro di Napoli (c.f. (...)), che la rappresenta e difende in virtù di procura generale alle liti rep.n. (...) e racc. n (...) del 18.12.2014, per notaio in T. dott. G.B.D.; fax+(...) PEC: (*Omissis*)

appellata

**OGGETTO: sentenza n. 1975/17 del Tribunale di Napoli pubblicata il 17/02/17.**

### **Svolgimento del processo**

Con atto di citazione notificato il 12.1.2011 A.V. proponeva opposizione al decreto ingiuntivo n. 9526/2010 depositato il 18.11.2010, notificato il 3.12.2010, emesso il 11.11.2010, nell'ambito del procedimento RG 32208/2010, con il quale il Tribunale di Napoli gli ingiungeva di pagare alla C.D.C.P. s.p.a. la somma complessiva di Euro 11.896,17, oltre interessi legali e spese di giudizio, come risultanti da fatture emesse da quest'ultima per prestazioni mediche effettuate in suo favore.

Deduceva di essersi rivolto alla C.D.C.P. spa per due interventi di mera routine, quali una "uretrotomia interna secondo S." e una "angioplastica arteria femorale destra"; che il 3.6.2009 veniva ricoverato per essere sottoposto in pari data all'intervento concordato eseguito dal prof. G.A..

Nel corso dell'intervento il V. riportava la "lacerazione del retto con la creazione di un tramite fistoloso tra il retto e l'uretra con seguente sepsi urinaria e la verosimile lesione parziale dello sfintere urinario distale".

La gravità della lesione provocata al V. rendeva necessario un secondo intervento chirurgico di "cistotomia sovrappubica per ripristino continuità vescicouretrale o epicistotomia", eseguito d'urgenza in data 3.6.2009.

All'esito il paziente veniva dimesso il 11.7.2009, dopo una degenza presso la C.D.C.P. spa di 38 giorni (ben superiore a quanto in origine preventivato), con gravi conseguenze invalidanti e permanenti imputabili all'intervento del prof. A., tale da indurre il V. a sporgere querela contro il chirurgo presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma proc. RGN n. 44097/2009.

Il 03/12/10 la C.D.C.P. spa con Decreto Ingiuntivo n. 9526/2010 intimava a V.A. il pagamento di Euro 11.896,17, oltre interessi legali e spese di giudizio, quale eccedenza rispetto alla somma di Euro 49.235,57, corrisposta in forma diretta dalla Generali Business Solutions, per spese mediche maturate per gli interventi e la degenza di cui in premessa, in forza di polizza assicurativa stipulata in proprio dal paziente.

Avverso il Decreto Ingiuntivo n. 9526/2010 V.A. proponeva opposizione chiedendone la revoca per grave inadempimento della C.D.C.P..

Con successivo atto di citazione notificato il 23.3.2011, V.A. e la moglie M.T.B., convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Napoli il prof. G.A. e la C.D.C.P. s.p.a. affinché, riunito il nuovo giudizio con quello di opposizione al decreto ingiuntivo n. 9526/2010, venisse accertata la responsabilità in solido e/o pro quota dei convenuti per le gravi lesioni imputabili all' imprudenza ed imperizia del prof. A. e della C.D.C.P. spa in occasione dell'intervento di uretrotomia interna e del ricovero del 3.6.2009, con condanna dei medesimi a corrisponder loro per i danni (non patrimoniali, biologici, esistenziali, morali, da lesione parentale e patrimoniali) quantificati per entrambi gli attori in Euro 1.151.500,00 complessivi, con ordine alla C.D.C.P. spa a restituirgli la somma di Euro 1.500,00 corrisposta dal V. al momento del ricovero del 3.6.2009.

Si costituiva la C.D.C.P. s.p.a. dichiarandosi totalmente estranea rispetto ai fatti denunciati dagli attori, imputabili solo al dott. A., essendosi essa limitata a mettere a disposizione esclusivamente le strutture sanitarie ed alberghiere. Invero il paziente si era rivolto al professionista di fiducia stipulando un contratto di prestazione d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2230 c.c., avvalendosi dell'ausilio della struttura privata per la messa a disposizione delle attrezzature sanitarie, del personale paramedico, ausiliario e di tipo alberghiero per la degenza. Per l'art. 1228 c.c., il medico risponde verso il paziente dell'obbligazione avente ad oggetto l'intervento chirurgico e dell'operato della clinica. Resta esclusa l'applicazione dell'art. 2049 c.c., ogniquale volta, nessun rapporto di subordinazione esista tra medico e clinica residuando la responsabilità della casa di cura privata al danno che derivi da malfunzionamento delle attrezzature o da responsabilità di personale paramedico o ausiliario dipendente. Chiedeva differimento della prima udienza al fine di chiamare in giudizio le proprie compagnie assicuratrici, F.A. spa e Z.I. spa.

Si costituiva sola Z.I. spa (per essere in liquidazione la F. spa) che, non contestava l'operatività della polizza e chiedeva il rigetto della domanda attorea per infondatezza.

Costituitosi il dott. A. chiedeva in via principale il rigetto della domanda attrice; in subordine di essere mallevato dalla C.D.C.P. spa.

Precisava di aver stipulato polizza assicurativa a primo rischio per la responsabilità civile professionale con la F.A. s.p.a., nonché polizza a secondo rischio per la R. con l'allora, A.A. s.p.a. - ora U.A. s.p.a. - chiedendo di poterle chiamare in causa affinché "ciascuna per la propria competenza e nei limiti di polizza, rispondessero in via diretta e/o di manleva di tutte le pretese attoree".

Si costituivano entrambe le compagnie chiamate in garanzia dall'A. che nulla eccepivano riguardo l'operatività delle rispettive garanzie prestate.

In particolare, la l'U.A. S.p.A. precisava di rispondere entro il limite del massimale di Euro 515.000,00; nel merito - in caso di accoglimento della domanda - chiedeva di quantificare le quote di responsabilità a carico delle singole parti in causa poiché "nel caso di responsabilità solidale la Compagnia risponde esclusivamente per la sola quota di danno direttamente e personalmente imputabile all'Assicurato, con esclusione quindi di quella parte di responsabilità che gli possa derivare dal vincolo di solidarietà con altre persone".

La F.A.D. S.p.A. (attualmente incorporata da Società C.D.A. Coop. A r.l. - P.I. (...)) nel costituirsi in giudizio, ha confermato "l'esistenza di un contratto assicurativo stipulato dal dott. A.G. giusta polizza n. (...)" a copertura del rischio professionale, " in regime di coassicurazione al 60% a suo carico, mentre risultava assicurata per il restante 40% d.D. spa - già I.A. spa- oggi G.A. spa".

All'udienza del 2.7.2012 il giudizio civile n. 9231/2011 RG (responsabilità medica) è stato riunito a quello distinto n. 970/2011 RG (opposizione al D.I. n. 9526 del 2010).

Disposta la CTU medico-legale, la causa è stata riservata in decisione.

Nelle more, il 07/03/2015, interveniva il decesso del sig. A.V. ed i giudizi riuniti venivano dichiarati interrotti il 26.11.2015.

Con ricorso depositato in cancelleria in data 26.2.2016, notificato l'11 ed il 15 aprile 2016 le sig.re B.M.T. e V.M., in proprio e quali eredi legittime del sig. V.A., riassumevano i giudizi sopra specificati nn. 970/2011 e 9231/2011.

All'esito, con sentenza n. 1975/2017 pubblicata il 17/02/2017, il Tribunale di Napoli così statuiva:

"1) accoglie l'opposizione e per l'effetto revoca il decreto ingiuntivo n. 9526/2010, RG 32208/2010, emesso dal Tribunale Civile di Napoli l'11 novembre 2011 e depositato in cancelleria il successivo 18 novembre 2010; condanna gli opposti - convenuti in solido alla restituzione in favore delle attrici dell'acconto di Euro 1.500,00 versato al momento del ricovero con interessi legali a far data dalla dazione (3.6.2009) sino al saldo;

2) dichiara assorbita la domanda di garanzia spiegata dai convenuti;

3) condanna questi ultimi al pagamento delle spese e competenze di causa che liquida in Euro 3.200,00 per compensi oltre spese generali, IVA e CPA come per legge da distrarsi in favore del difensore antistatario Avv. M.C.;

4) pone definitivamente a carico dei convenuti in solido il pagamento delle spese di CTU come liquidate in atti;

5) rigetta ogni altra domanda; compensa per il resto le spese di lite.".

Avverso la sentenza n. 1975/2017 pubblicata il 17/02/2017, con citazione del 7 aprile 2017, hanno interposto appello B.M.T. e V.M. in proprio e quali eredi di V.A., sulla scorta di un unico motivo di appello oggetto di successiva disamina.

Con autonome comparse depositate il 25/07/17 si costituivano la C.D.C.P. spa ed A.G. chiedendo il rigetto del gravame, proponendo appello incidentale con il quale censuravano la sentenza per errata ricostruzione dei fatti e ripartizione delle responsabilità nei rapporti interni dell'obbligazione solidale, oltre che per la condanna delle appellanti alla refusione delle spese di lite, compensate in primo grado.

Si costituivano le chiamate in garanzia: Z.I. spa, C.A. spa, G.A. s.p.a. ed U. spa chiedendo tutte il rigetto dell'appello principale; le ultime due, in subordine, nel caso di condanna del prof. A., invocavano determinarsi la somma che ognuna di esse sarebbe tenuta a corrispondere in malleva alla luce dei massimali e delle quote di coassicurazione.

Nel corso del giudizio si costituiva in proprio ed in qualità di erede di V.A., V.M. - nelle more divenuta maggiorenne.

Acquisito il fascicolo di primo grado, la Corte, all'udienza del 09/06/2023 prendendo atto delle note scritte depositate dalle parti ai sensi dell'art. 127 ter c.p.c., ha riservato la causa in decisione assegnando il termine di cui all'art. 190 c.p.c. decorrente dalla comunicazione della relativa ordinanza.

Sono state depositate note conclusionali e relative repliche.

Tanto premesso, l'appello principale è tempestivo poiché proposto con citazione notificata il 07/04/17 a fronte della sentenza n. 1975/17, pubblicata il 17/02/17, non notificata, nel rispetto del termine lungo previsto dall'art. 327 c.p.c..

Egualetemente sono tempestivi gli appelli incidentali di A.G. e C.D.C.P. formulati con autonome comparse depositate il 25.07.17.

È intervenuto il giudicato con riguardo al danno per lesioni da omesso consenso informato attesa la rinuncia al relativo motivo delle appellanti.

### **Motivi della decisione**

Con un unico ed articolato motivo le appellanti lamentano la "violazione e falsa applicazione degli artt. 530, comma 2 e 652 c.p.p." laddove il giudice di primo grado, dopo aver riconosciuto la responsabilità medica del prof. A. e della C.D.C.P. spa nella causazione del danno cagionato a V.A. in occasione dell'intervento chirurgico eseguito il 03/06/09, ha rigettato la domanda di B.M.T. e V.M. (in proprio e nella loro qualità) applicando erroneamente le disposizioni del codice di procedura penale circa l'efficacia della sentenza penale irrevocabile di assoluzione nel processo civile. Trattavasi di danno patito *iure hereditatis* in rappresentazione del *de cuius*.

Tanto premesso, per meglio comprendere le ragioni della decisione occorre rammentare l'iter logico seguito dal giudice di prime cure per pervenire alla decisione qui censurata.

Difatti il Tribunale richiamando pag. 11 della CTU ha ritenuto "provato e dimostrato che: a) il professor A. non ha tenuto una condotta conforme alle regole dell'arte condannandolo in via solidale con gli altri convenuti (...) atteso che pur nella ritenuta correttezza delle procedure diagnostiche e chirurgiche dal medesimo utilizzate ha prodotto al paziente durante l'operazione del 3 giugno 2009 la lesione dell'uretra e del retto che può essere stata concausa dell'incontinenza urinaria (pagina 16 della CTU); b) ha stigmatizzato l'operato dei convenuti anche sotto il profilo dell'omesso consenso informato laddove non ha indicato al malato la complessità dell'intervento e le possibili complicanze che si sono verificate così da lasciare al paziente la piena libertà di autodeterminarsi all'intervento chirurgico (pagg. 17 -18 della relazione peritale del CTU) con riguardo all'incontinenza; c) ha ravvisato la responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera in virtù del contratto concluso all'atto del ricovero (confronta copia della cartella clinica nella produzione di parte attrice) e la responsabilità sempre contrattuale da contatto sociale con il sanitario operante; d) ha individuato le condotte imputate al prof. A. a titolo di grave negligenza: a) nella creazione di una "lacerazione del retto"; b) nella mancata sutura della fistola creatasi. Tuttavia, accertata la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dei convenuti, il Tribunale a pagina 15 della sentenza gravata, dopo aver dato atto che " il prof. A. è stato prosciolto da ogni addebito con la sentenza del tribunale di Roma resa il 6 marzo 2014 con formula piena perché il fatto non sussiste; che la sentenza è passata in giudicato con efficacia nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno con conseguente rigetto della domanda attorea e l'assorbimento delle domande di garanzia", da dichiarato l'effetto preclusivo della sentenza penale di assoluzione con formula piena rispetto ad una valutazione di segno contrario in ordine alla responsabilità civile dei convenuti, alla fondatezza della domanda risarcitoria, all'accoglimento dell'opposizione, alla condanna al risarcimento del danno, tant'è che in parte dispositiva ha:

- 1) accolto l'opposizione e per l'effetto revocato il decreto ingiuntivo numero 9526 del 2010 nell'ambito delle RG 32208 del 2010 emesso dal tribunale di Napoli il 11 novembre 2011, depositato in cancelleria il 18 novembre 2010;
- 2) condannato gli opposti in solido alla restituzione dell'acconto di Euro 1500 versato al momento del ricovero con interessi legali a far data dalla dazione (3 giugno 2009) fino al saldo in favore delle parti attrici;
- 3) dichiarata assorbita la domanda di garanzia spiegata dai convenuti;
- 4) disciplinato le spese di lite in favore delle parti attore che rispondono in solido anche per le spese di CTU;
- 5) rigettato ogni altra domanda compensando per il resto le spese di lite.

Tanto premesso, la decisione è errata e merita la riforma.

Invero, il giudicato di assoluzione può avere effetto preclusivo nel giudizio civile (tanto di danni ex art. 652 c.p. quanto negli altri giudizi civili ex art. 654 c.p.) soltanto qualora contenga un effettivo e specifico accertamento della insussistenza del fatto o della mancata partecipazione (soggettiva o causale) dell'imputato al suo verificarsi (art. 530 com. 1 c.p.p.). Le Sez. Unite con la pronuncia n. 1768/2011 hanno ribadito che occorre sempre aver riguardo al caso concreto e considerare il diverso atteggiarsi, nel giudizio penale, sia dell'elemento della colpa che delle modalità di accertamento del nesso di causalità di materiale. (conf. Cass, sez. pen., n. 40049/2008). In tale prospettiva, in materia di rapporti tra giudizio penale e civile, l'assoluzione dell'imputato secondo la formula "perché il fatto non sussiste" non esonera il giudice civile, davanti al quale è stata proposta l'azione per il risarcimento dei danni, dal riesame dei fatti emersi nel corso del procedimento penale atteso che, nel giudizio civile, può essere diverso l'elemento soggettivo (si risponde anche a titolo di colpa) che l'accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento (che nel giudizio penale deve sussistere "al di là di ogni ragionevole dubbio"). (cfr. Cassazione civile sez. III, 21/04/2016, n.8035).

La preclusione viene senz'altro meno qualora l'assoluzione discenda dall'insufficienza di prove circa la commissione del fatto o la sua riconducibilità all'imputato (art. 530, comma 2, c.p.p.) (cfr. Sez. 3, Sent. n. 4764 del 2016, Sez. L, Sent. n. 3376 del 2011, da ultimo cfr. Cassazione civile sez. II, 21/06/2023, (ud. 12/05/2023, dep. 21/06/2023), n.17708).

Ebbene, il vigente codice di procedura penale ha scelto di limitare drasticamente i casi di sospensione del giudizio penale per pregiudizialità civile (art. 3), allargando, per converso, quelli di accertamento incidentale del giudice penale (art. 2), optando per "il principio di separatezza dei due giudizi" (così, da ultimo, Cass. Sez. 3, ord. 15 luglio 2019, n. 18918, Rv. 654448-02), sicché il rischio del contrasto di giudicati non costituisce (più) un'evenienza, per così dire, "patologica", o disfunzionale del sistema processualistico.

Ed infatti nel giudizio civile regolato dal principio dispositivo della prova, "l'esito assolutorio del giudizio penale, quand'anche definitivo, non ha alcuna influenza se il giudizio di danno è iniziato anteriormente alla pronuncia della sentenza penale di primo grado e l'azione civile non è stata trasferita nel giudizio penale.

Sotto il profilo probatorio e della verifica della causalità materiale e giuridica vi è differenza tra il giudizio civile e penale atteso che nel primo trova applicazione il principio della preponderanza dell'evidenza. Il principio presuppone che ogni enunciato possa essere vero o falso, nel senso che sul medesimo fatto vi sono un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa", sicché tra queste due ipotesi alternative, " il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra essendo irrazionale preferire l'ipotesi che è meno probabile ". In altri termini, un enunciato è vero se vi sono prove preponderanti a suo sostegno. La regola della "prevalenza relativa della probabilità" rileva - quanto al nesso causale - nel caso di cd. "multifattorialità" nella produzione di un evento dannoso allorché "sullo stesso fatto esistano diverse ipotesi, ossia diversi enunciati che narrano il fatto in modi diversi, dovendo prendere in considerazione "solo le ipotesi che sono risultate "più probabili che non", rispetto alle ipotesi negative non prevalenti".

Ne segue che, se "vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria, la regola della prevalenza relativa" - "implica che il giudice scelga come "vero" l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili" secondo un modello di "certezza probabilistica". (così, in motivazione, Cass. Sez. Un., sent. n. 576 del 2008, cit., nello stesso senso, più di recente, Cass. Sez. 3, sent. 20 febbraio 2015, n. 3390, Rv. 634481-01; Cass. Sez. 3, ord. 29 gennaio 2018, n. 2061, non massimata, Cass. Sez. 3, ord. n. 23197 del 2018, cit.). cfr. Cassazione - civile ordinanza - 13872-2020.

La diversità della verifica causale trova giustificazione nel fatto che nel processo penale la posta in gioco è libertà personale dell'imputato mentre nel processo civile si controverte degli interessi patrimoniali tra parti contendenti. (cfr. Cass. Sez. Un., sent. n. 576 del 2008, cit.; in senso conforme, tra le più recenti, si vedano Cass. Sez. 3, ord. 27 settembre 2018, n. 23197, nonché Cass. Sez. Lav., sent. 3 gennaio 2017, n. 47).

Tanto premesso nel caso che ci occupa (secondo le conclusioni dei CTU nominati nel giudizio penale, fatte proprie dal Giudicante) "l'incontinenza urinaria, unica possibile invalidità, non è riconducibile in maniera certa all'intervento in oggetto né alla complicità verificatasi."(cfr. pag. 14 della comparsa conclusionale in appello del prof. A.G.).

Nel giudizio civile invece, all'esito di una più attenta lettura della CTU e tenuto conto delle osservazioni dei CT di parte attorea (dottor S. - specialista in urologia e in medicina legale dell'A.) si evince che:

il V. è stato sottoposto un intervento pericoloso e molto complesso, considerato il già compromesso quadro clinico del paziente e la radioterapia cui fu sottoposto nel 2005 che ha verosimilmente reso i tessuti soggetti a minore resistenza per l'evoluzione in senso fibrotico (...);

- la lesione che si è prodotta durante la procedura chirurgica è consistita nella creazione di una falsa strada e nella conseguente perforazione del retto;

- la lesione è imputabile alla pressione esercitata dal chirurgo per vincere la resistenza del tratto stenotico, dall'angolazione anomala assunta dallo strumento chirurgico, delle stesse alterazioni tessutali a base del processo patologico stenotico;

- quanto all' incontinenza urinaria conseguente non può escludersi che la risoluzione dell'ostacolo alla minzione rappresentata dalla stenosi rettale serrata possa aver fatto emergere una condizione già preesistente ma in precario equilibrio potendo comunque rappresentare l'incontinenza una complicanza intrinseca dell'intervento di prostatectomia radicale e del trattamento radioterapico.

- È arduo sostenere che la lesione dello sfintere prodotto durante l'intervento chirurgico abbia rilievo secondario né può escludersi che l'indebolimento dell'efficienza contrattile dello sfintere sia conseguente alle non censurabili e necessarie manovre eseguite nella fase dell'intervento condotto al cielo aperto per risolvere la stenosi uretrale;

- la perforazione dell'uretra e del retto rappresenta una complicanza dell'atto operatorio che in considerazione della severità del quadro e della suscettibilità dei tessuti indotta dai precedenti trattamenti radioterapici, era ad alto indice di difficoltà dunque prevedibile ed evitabile.

Difatti, secondo il CTP dottor Santini occorre evidenziare che:

1) il signor V. era continente prima del tentativo di uretrotomia come risulta chiaramente dagli atti, non risultando il contrario dalla cartella clinica;

2) l'operatore ha sezionato dapprima una stenosi serrata dell'uretra bulbare, ha segnalato in sede posteriore una stenosi prolungata con uretra filiforme che ha inciso;

3) dopo l'uretra bulbare si trova l'uretra membranosa ove corrisponde la sede dell'apparato sfinteriale; l'uretra del paziente era più corta mancando il tratto di uretra prostatica asportato nel precedente intervento di prostatectomia;

4) superata l'uretra bulbare si perviene in piena zona sfinteriale sicché l'operatore avrebbe dovuto usare la massima attenzione per limitare le manovre pericolose trovandosi davanti ad un muro che non mostrava alcuna pervietà; egli invece di fermarsi prudentemente e convertire l'intervento a cielo aperto, sondando da sopra il vero canale uretrale per ristabilirne la continuità con manovra combinata, ha agito utilizzando

un cateterino puntuto e semirigido, inoltre procedendo alla cieca ha preso una strada sbagliata proseguendo con l'uretrotomo strumento metallico di poco meno di 1 cm di diametro e fornito di lama fredda sfondando inevitabilmente retto e lesionando l'apparato sfinteriale adiacente.

Nella condotta fin qui descritta si concretizza l'imprudenza, la negligenza e l'imperizia del professor A. nonché ex art. 1228 c.c. della C.D.C.P. spa.

Difatti il caso concreto presentava elementi tecnici di particolare complessità e difficoltà di esecuzione, trattandosi di stenosi particolarmente serrata in presenza di tessuti modificati per il precedente intervento chirurgico di prostatectomia radicale e soprattutto per trattamento radioterapico (pagina 17 della CTU) sicché le complicanze sorte durante l'intervento erano prevedibili ed evitabili.

Inoltre, la circostanza che l'incontinenza urinaria potesse sopravvenire anche senza l'occorrenza delle complicanze registratesi nel corso dell'intervento endoscopico non ne esclude di per sé la riconducibilità causale all'intervento del professor A. del danno così cagionato secondo " il principio del più probabile che non" e della "prevalenza relativa" della probabilità. Difatti "qualora l'evento dannoso sia ipoteticamente riconducibile a una pluralità di cause, il giudice di merito è tenuto, dapprima, a eliminare, dal novero delle ipotesi valutabili, quelle meno probabili poi ad analizzare le rimanenti ipotesi ritenute più probabili e, infine, a scegliere tra esse quella che abbia ricevuto, il maggior grado di conferma dagli elementi di fatto aventi la consistenza di indizi, assumendo così la veste di probabilità prevalente", così come richiamato da Cass.25885/2022.

Secondo quanto fin qui argomentato, tenuto conto che il precedente intervento di prostata aveva accorciato l'uretra del V., che la radioterapia aveva indebolito i tessuti dell'apparato uretrale, considerata la difficoltà tecnica dell'intervento chirurgico, è più probabile che non - che l'errore medico, consistito nell'eccessiva incisione chirurgica, abbia cagionato l'evento *hic et nunc* "perforazione del retto e fistola".

Ciò posto con riguardo al *quantum debeatur*, il danno biologico è stato quantificato nella misura del 30%, in un'inabilità temporanea assoluta di gg in 35, in un'inabilità temporanea parziale al 50% per ulteriori 40 giorni.

Orbene risulta che V.A. il 07/03/2015 è deceduto per causa diversa nelle more del giudizio di primo grado, dichiarato interrotto il 26/11/15.

Sicché il danno dal medesimo patito va liquidato alle sue eredi odierne appellanti nei limiti degli anni di sopravvivenza del V. dal 03/06/09 al 07/03/15 ovvero per il periodo di anni 5 mesi 8 e gg 28.

Secondo la sentenza n. 9042/2022, il Tribunale di Milano si è pronunciato in tema di danno da premorienza sottolineando che "il parametro di partenza è l'età della vittima poiché ciò incide sulla sua durata media della vita in cui dovrà convivere con la menomazione conseguente alla lesione, tenuto conto dell'aspettativa di vita e del dato certo della morte che consente di calcolare l'esatto lasso di tempo in cui la vittima ha convissuto con la menomazione, rilevando - in caso di premorienza - non la vita media futura presumibile della vittima, ma la vita effettivamente vissuta (Cass. 4556/80; 1809/89; 489/99; 147467/03; 22338/07; 679/16; 10897/16; 12913/20).

Quello che muta in funzione degli anni di sopravvivenza è il danno biologico, mentre rimane ferma la liquidazione dell'I., ITP e spese mediche.

Nel caso che ci occupa il V. ha subito la lesione il 09/06/2009 all'età di 76 anni; nel 2015 aveva un'aspettativa di vita di anni 83, 8 mesi; è deceduto all'età di anni 81.

Ebbene, tenuto conto: dell'età del danneggiato alla data del sinistro (76 anni); della percentuale di invalidità permanente 30%; del valore del punto danno biologico Euro 4.308,05; dell'incremento per sofferenza soggettiva (+ 46%): Euro 1.981,70; del punto danno non patrimoniale Euro 6.289,75; il danno

biologico risarcibile è pari ad Euro 80.776,00, che maggiorato della sofferenza morale ascende ad Euro 117.933,00.

Considerato che al momento della morte del 2015 l'aspettativa di vita era di anni 83,8 mesi, che il V. deceduto all'età di 81 anni, occorrerà dividere Euro 117.933,00 per 7 anni (da 76 anni ad 83,8) pervenendo all'importo di Euro 16.847,53 che, moltiplicati per i 5 anni di effettiva sopravvivenza, dà luogo alla somma di Euro 84.237,85. A tale somma occorre aggiungere invalidità temporanea totale per Euro 2.970,00, l'invalidità temporanea parziale al 50% per Euro 1.980,00; con un totale danno biologico temporaneo di Euro 4.950,00 e spese mediche Euro 10.386,93 = Euro 20.286,93 pervenendo all'importo complessivo di Euro 104.524,78.

La somma dovrà essere devalutata al 2009 (illecito) per poi rivalutarla anno per anno fino all'attualità secondo lo schema che segue:

importo da devalutare: Euro 104.524,78 dal mese di: novembre 2023 al mese di: giugno 2009; indice istat utilizzato: FOI generale; indice novembre 2023: 118,7; indice giugno 2009: 135,3; raccordo indici: 1,47; indice di devalutazione: 0,775; totale devalutazione: Euro 23.497,82; importo devalutato: Euro 81.026,96.

L'importo dev'essere rivalutato anno per anno computando gli interessi legali secondo lo schema che segue: capitale iniziale: Euro 81.026,96; data iniziale: 09/06/2009; data finale: 30/11/2023; indice alla decorrenza: 135,3; indice alla scadenza: 118,7; raccordo indici: 1,47; coefficiente di rivalutazione: 1,29; totale rivalutazione: Euro 23.497,82; capitale rivalutato: Euro 104.524,78; totale colonna giorni: (...); totale interessi: Euro 16.598,21 rivalutazione + interessi: Euro 40.096,03; capitale rivalutato + interessi: Euro 121.122,99.

Sulla somma vanno calcolati gli interessi legali dalla pronuncia al soddisfo.

Non risulta allegato né provato il danno patito danno *iure proprio* per la menomazione patita dal *de cuius* da B.M.T. e V.M. non avendo esse allegato il disagio psicologico e le difficoltà affrontate a seguito dell'intervento per cui è causa per l'incontinenza conseguente l'intervento.

Orbene il V. e le appellanti hanno convenuto in giudizio in concorso sia il prof. A. che la C.D.C.P. spa.

Quest'ultima ha escluso ogni responsabilità per l'intervento per cui è causa deducendo di essersi limitata a mettere a disposizione del prof. A. e del paziente la sua struttura, i macchinari ed i servizi alberghieri connessi alla degenza.

La difesa è priva di pregio.

Invero il sinistro è avvenuto il 03/06/09: all'epoca dei fatti per cui è causa entrambe le polizze della C.D.C.P. spa prevedevano una copertura della responsabilità civile personale a primo rischio del personale medico dipendente estesa anche a quello strutturato e convenzionato.

Orbene, secondo la disciplina della responsabilità medica (art. 7, L. n. 24 del 2017, cosiddetta "Legge Gelli-Bianco") difatti la struttura risponde a titolo di responsabilità contrattuale diretta (art. 1218 c.c.) e indiretta (art. 1228 c.c.)

Ne segue che la clinica in cui è avvenuta l'operazione è responsabile per il fatto degli ausiliari, rispondendo delle condotte, dolose o colpose, degli esercenti la professione sanitaria, di cui si avvale nell'adempimento della propria obbligazione, anche se:

a) sono scelti dal paziente;

b) non siano dipendenti della struttura stessa, ma svolgano la prestazione in regime di libera professione *intramoenia* ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica oppure in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina.

Al contrario il sanitario risponde a titolo di responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.), salvo il caso in cui abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Le due responsabilità di cui sopra possono concorrere ai sensi dell'art. 2055 c.c., a mente del quale, se il fatto di danno è imputabile a più soggetti (ad esempio, la clinica e il medico), essi sono obbligati in solido al risarcimento del danno a maggior tutela del danneggiato. La responsabilità solidale dei danneggianti, infatti, postula solo l'imputabilità del pregiudizio a più persone, a prescindere dal fatto che siano diversi i titoli di responsabilità (contrattuale e aquiliana).

Ne segue dunque che, qualora la struttura sanitaria si dichiari esente da responsabilità deve la sua imputabilità esclusiva del sanitario.

Pertanto, laddove la struttura sanitaria, correttamente evocata in giudizio dal paziente che, instaurando un rapporto contrattuale, si è sottoposto ad un intervento chirurgico all'interno della struttura stessa, sostenga che l'esclusiva responsabilità dell'accaduto non sia imputabile a sue mancanze tecnico-organizzative ma esclusivamente alla imperizia del chirurgo che ha eseguito l'operazione, agendo in garanzia impropria e chiedendo di essere tenuta indenne di quanto eventualmente fosse condannata a pagare nei confronti della danneggiata, ed in regresso nei confronti del chirurgo, affinché, nei rapporti interni si accerti l'esclusiva responsabilità di questi nella causazione del danno è sul soggetto che agisce in regresso a fronte di una responsabilità solidale che grava l'onere di provare l'esclusiva responsabilità dell'altro soggetto. Non rientra invece nell'onere probatorio del chiamato l'onere di individuare precise cause di responsabilità della clinica in virtù delle quali l'azione di regresso non potesse essere, in tutto o in parte, accolta. (cfr. ordinanza 27 settembre 2019 n. 24167) Riassumendo, se il paziente agisce contro la struttura a titolo di responsabilità contrattuale deve allegare: a) l'inadempimento del sanitario idoneo a cagionare il danno; b) il nesso causale tra condotta ed evento (Cass. 6593/2019; Cass. Ord. 21939/2019); c) il medico deve fornire la "prova positiva" dell'avvenuto adempimento o dell'esatto dell'adempimento, in virtù del criterio della maggiore vicinanza della prova; d) tener conto che la prescrizione è di 10 anni.

Se agisce contro il medico a titolo di responsabilità extracontrattuale (salvo il caso in cui il sanitario abbia adempiuto un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente) questi deve provare e allegare:

a) gli elementi costitutivi dell'illecito; b) il nesso eziologico; c) il danno ingiusto; d) la sua imputabilità all'autore del fatto; e) tener conto che la prescrizione è di 5 anni.

Per quanto fin qui argomentato va affermata la responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. dei convenuti C.C.P. e prof. A..

Ebbene la prima all'epoca dei fatti risultava assicurata con la F. spa (polizza numero (...) con effetto dal 2009 scadenza del 2010 e successivamente con altra polizza numero (...) del 16 gennaio 2010) nonché con la Z.I.C. S.A., Rappresentanza G.I. (polizza numero (...) per il 15 gennaio 2008 - 2009, con decorrenza dal 15/05/2008 al 31/12/09).

Ora a mente dell'articolo 8 della stipulata con la Z.I.C. S.A., Rappresentanza G.I. - intitolato "condizioni generali del contratto -" altre A. - operatività secondo rischio"- precisa che la suddetta polizza opera a secondo rischio per l'eccedenza rispetto ai massimali delle polizze di primo rischio a suo tempo prestata dalla S.p.A. F., pari ad Euro 1.000.000,00 per ogni sinistro a titolo di responsabilità civile verso i terzi e per responsabilità civile verso i prestatori di lavoro (...). La norma espressamente prevede che "In caso di inoperatività della garanzia di primo rischio da qualunque causa determinata annata nonché in caso di esaurimento totale o riduzione a seguito di sinistro dei massimali o sotto limiti della stessa prevista i massimali originari dell'assicurazione di primo rischio così come sopra riportati costituiranno franchigia assoluta"

Orbene, per quanto fin qui richiamato, la F.A. spa, in liquidazione coatta amministrativa non ha disponibilità per malleare la C.D.C.P. spa per il rischio connesso ai fatti per cui è causa qualificato

contrattualmente a primo rischio. Tuttavia, neanche Z.I.C. S.A., Rappresentanza G.I., è chiamata a rispondere a titolo di secondo rischio atteso che, secondo l'art. 8 cit. delle condizioni generali del contratto i massimali originari previsti per l'assicurazione a primo rischio non operativa costituiscono franchigia assoluta.

Quanto alla posizione del prof. A.G., questi ebbe a stipulare polizza assicurativa numero (...) con la F.A. spa con effetto dall'1/11/2003 e scadenza l'1/11/2004. Trattasi di polizza (a primo rischio) stipulata in regime di coassicurazione con le A.D. spa, come si evince dal modello 14/054 della polizza numero (...) che costituisce parte integrante della stessa, ove la F. spa - oggi C.A. spa risulta essere la società coassicuratrice delegataria al 60% mentre la restante quota del 40% è a carico delle A.D. - oggi G.A. spa, sicché ciascuna delle A. indicate, tenuta in proporzione alla rispettiva quota, risponderanno a primo rischio per l'importo di Euro 121.122,99 oltre interessi legali dalla pronuncia al soddisfo.

E' esclusa la responsabilità a secondo rischio della U.S. spa, non avendo l'importo richiesto superato i massimali fissati con la C.A. spa.

Il V. oltre ad eccepire l'inadempimento della Casa di cui P. spa con riguardo alla somma residua richiesta giusto D.I. n. 9526 del 2010 con il quale il Tribunale di Napoli gli ingiungeva di pagare alla C.D.C.P. s.p.a. la somma complessiva di Euro 11.896,17, oltre interessi legali e spese di giudizio, come risultanti da fatture emesse da quest'ultima per prestazioni mediche effettuate in suo favore.

Il credito portato dal decreto ingiuntivo n. 9526/2010 rimane assorbito dall'esperimento positivo dell'azione d'inadempimento contrattuale promossa dal V..

L'accoglimento dell'appello principale comporta il rigetto dell'appello incidentale sia della C.D.C.P. spa che del prof. A. riguardo le spese legali liquidate nella sentenza di primo grado.

Le spese di lite per il doppio grado del giudizio seguono il principio della soccombenza, sono poste a carico della C.D.C.P. spa in persona del l.r.p.t. in solido col prof. A. (e per esso delle chiamate in garanzia: a primo rischio della F.A. spa - oggi C.A. spa in ragione del 60% e le G. spa (già I. spa, già A.D. spa - in ragione del 40%,) liquidate per il primo grado nella misura di Euro 14.103,00 per compensi professionali (oltre spese vive di Euro 1221,00 e di CTU come liquidate per il primo grado) nonché spese generali, iva e cpa come per legge; per il grado di appello in Euro 14.317,00 per compensi professionali nonché Euro 27,00 + 1821,00 (se versato per CU) oltre a spese generali iva e cpa come per legge.

#### **P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Napoli Ottava Sezione Civile, in persona dei Consiglieri in epigrafe indicati, in riforma della sentenza n. 1975/17 del Tribunale di Napoli pubblicata il 17/02/17, definitivamente pronunciando così provvede:

1) accoglie l'appello principale e per l'effetto condanna la C.D.C.P. spa in solido con il prof. G.A. a risarcire il danno patito da B.M.T. e V.M. (quali eredi di V.A.) che liquida in Euro 121.122,99 oltre interessi legali dalla pronuncia al soddisfo;

2) condanna la C.D.C.P. spa in solido con il prof. G.A. a rifondere le spese di lite in favore delle appellanti principali B.M.T. e V.M. (e per quest'ultima l'avv.to C.M. con distrazione) che liquida per il primo grado nella misura di Euro 14.103,00 per compensi professionali (oltre spese vive di Euro 1221,00 e di CTU come liquidate per il primo grado) nonché spese generali, iva e cpa come per legge; per il grado di appello in Euro 14.317,00 per compensi professionali nonché Euro 27,00 + 1821,00 (se versato per CU) oltre a spese generali iva e cpa come per legge.

3) condanna le chiamate in garanzia a primo rischio del prof. A. a mallevarlo e tenerlo indenne per le condanne di cui ai punti 1 e 2 che precedono e precisamente: la F.A. spa - oggi C.A. spa in ragione del 60% e dell'A.D. spa - oggi G.A. spa in ragione del 40%;

4) rigetta la domanda risarcitoria nei confronti della Z.I.C. S.A., Rappresentanza G.I.;

5) condanna la C.D.C.P. spa a rifondere le spese di lite sopportate dalla Z.I.C. S.A., Rappresentanza G.I. che liquida per il primo grado nella misura di Euro 14.103,00 per compensi professionali, nonché spese generali, iva e cpa come per legge; per il grado di appello in Euro 14.317,00 per compensi professionali oltre a spese generali iva e cpa come per legge.

6) sussistono le condizioni per il raddoppio del contributo previsto dall'art. 17, della L. 24 dicembre 2012, n. 228, che ha aggiunto il comma 1 quater all'art. 13 del testo unico di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 a carico dell'appellante incidentale C.D.C.P. spa in persona del l.r.p.t.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 28 dicembre 2023.

Depositata in Cancelleria il 12 gennaio 2024.