

Centro Studi

**D**iritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

## Responsabilità sanitaria, danno biologico: la questione dell'irretroattività della riforma Balduzzi

Con riferimento al D.L. n. 138 del 2012, art. 3, comma 3, come convertito dalla L. n. 189 del 2012 alla L. n. 189 del 2012 (cd.  riforma Balduzzi ), secondo cui il danno biologico conseguente all'attività dell'esercizio della professione  sanitaria  è risarcito sulla base delle tabelle di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, artt. 138 e 139, va affermato che non viene in questione la retroattività della legge, atteso che non si è al cospetto della sostituzione di una precedente normativa degli aspetti strutturali e funzionali della fattispecie con una nuova disciplina normativa, in quanto la nuova previsione legislativa del criterio tabellare non va a sostituire alcuna norma di legge anteriore indicante un diverso criterio liquidativo del danno. Non intervenendo a modificare con efficacia retroattiva gli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile (negando o impedendo il risarcimento di conseguenze dannose già realizzatesi), la norma in questione trova diretta applicazione anche in tutti i casi in cui il Giudice sia chiamato a fare applicazione, in pendenza del giudizio, del criterio di liquidazione equitativa del danno  non patrimoniale , con il solo limite del giudicato interno sul quantum.

NDR: in tal senso [Cass. 11/11/2019, n. 28990](#) (la quale specifica al riguardo quanto segue: "non risulta, infatti, ostativa la circostanza che la condotta illecita sia stata commessa, ed il danno si sia prodotto, anteriormente all'entrata in vigore della già richiamata legge; nè può configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i soggetti coinvolti nei giudizi pendenti e i soggetti di giudizi definiti, atteso che solo la formazione del giudicato preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale. Neppure può ipotizzarsi una lesione del legittimo affidamento sulla determinazione del valore monetario del danno in parola, posto che la norma sopravvenuta, non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno").

### **Cassazione civile, sezione terza, sentenza del 21.1.2020, n. 1157**

...omissis...

Fatti di causa

C. convenne in giudizio, innanzi al Tribunale di Milano, il Dott. AAA, la DDD S.r.l. e la Casa di Cura XX, per sentirli condannare al risarcimento dei danni asseritamente subiti in conseguenza degli interventi cui era stata sottoposta in data 25 settembre 2003, 15 aprile 2005 e 16 febbraio 2006, danni quantificati in Euro 76.083,63, oltre rivalutazione monetaria ed interessi. A sostegno della domanda rappresentò l'attrice che, in esito all'intervento di mastopessi bilaterale e mastoplastica additiva cui era stata sottoposta il 25 settembre 2003, presso la DDD, aveva subito postumi invalidanti, riconducibili a negligenza ed imperizia dell'operatore, Dott. AAA, e degli altri sanitari che ivi l'avevano avuta in cura e che tali postumi erano stati aggravati dall'imperizia con cui erano stati eseguiti i successivi interventi, l'ultimo dei quali effettuato in data 16 febbraio 2006, presso la Casa di Cura XX.

Nel costituirsi, la struttura sanitaria appena indicata chiese il rigetto della domanda e dichiarò di voler chiamare in causa la --- Assicurazioni, sua garante per la responsabilità civile verso i terzi.

Si costituì la DDD S.r.l., che chiese il rigetto delle avverse pretese, stante l'assenza di qualsiasi rapporto giuridico con il AAA, libero professionista, con facoltà di utilizzo della struttura ospedaliera, a fronte di debita prenotazione, e dichiarò di volere estendere il contraddittorio nei confronti del detto sanitario per proporre domanda di manleva nei suoi confronti.

Il AAA, costituendosi tanto come convenuto principale che quale chiamato dalla DDD, chiese il rigetto della domanda attrice, evidenziando di aver eseguito le operazioni chirurgiche su mandato delle cliniche convenute, di non essere responsabile dei pregiudizi subiti dall'attrice e, comunque, di avere fatto sottoscrivere da quest'ultima il consenso informato, così rendendola edotta dei rischi derivanti dalle operazioni; dichiarò di voler chiamare in causa la CA Assicurazioni, sua garante per la responsabilità civile verso terzi, e FF Broker, tramite quale aveva stipulato la polizza di responsabilità civile con CA, per essere manlevato sia dalla domanda attrice che da quella proposta dalla DDD.

Nel costituirsi la --- Assicurazioni, assicuratrice della Casa di Cura XX, eccepì la inoperatività della garanzia invocata dalla predetta e svolse, per la denegata ipotesi di ritenuta operatività della stessa, istanza di integrazione del contraddittorio nei confronti di CA, del AAA e di DDD per essere da loro tenuta indenne e manlevata rispetto alle pretese di parte attrice.

---

Nel costituirsi la CA Assicurazioni, compagnia del AAA, eccipè l'intervenuta prescrizione della copertura assicurativa in quanto il AAA, pur avendo ricevuto richiesta risarcitoria da parte della C. sin dal 2006, aveva denunciato il sinistro, tramite broker, il 26 febbraio 2008 e, quindi, era decorso il termine biennale di cui all'art. 2952 c.c., dedusse che la garanzia non poteva operare quanto al secondo e al terzo intervento chirurgico (aprile 2005/febbraio 2006) perchè eseguiti quando la polizza risultava essere stata stornata: gennaio 2004).

Si costituì anche FF Broker -, chiamata anch'essa in garanzia dal AAA, e chiese il rigetto della domanda del predetto medico, evidenziando di non avere mai ricevuto alcuna denuncia di sinistro prima del 2008 e contestando di non avere mai inoltrato la denuncia alla CA; chiese di chiamare in garanzia i Lloyd's di Londra.

Nel costituirsi i LLL di Londra chiesero il rigetto della domanda in garanzia dell'assicurata per la sussistenza della clausola claims made.

Nelle more della prima udienza la parte attrice promosse accertamento tecnico preventivo.

A seguito della intervenuta messa in liquidazione coatta amministrativa della --- Assicurazioni S.p.a. il giudizio venne interrotto e riassunto per iniziativa della parte attrice.

Il Tribunale di Milano, con sentenza 807/15, in accoglimento della domanda di parte attrice, condannò AAA, la Casa di Cura XX - S.p.a. e la DDD Laserchirurgica Italiana S.r.l. in liquidazione, in solido tra loro, al pagamento, in favore di C., a titolo di risarcimento del danno, dell'importo attualizzato di Euro 26.641,00 nonchè di Euro 20.518,50, oltre rivalutazione ed interessi come dalla motivazione di quella sentenza, oltre interessi legali dalla data della decisione al soddisfo; rigettò le domande proposte dalla DDD Laserchirurgica Italiana S.r.l. in liquidazione e dalla --- Compagnia di Assicurazioni nei confronti di AAA; rigettò la domanda di manleva formulata dalla Casa di Cura XX - S.p.a. nei confronti della --- Assicurazioni S.p.a.; rigettò la domanda di manleva formulata dal AAA nei confronti della CA Assicurazioni; rigettò la domanda di garanzia proposta dal AAA nei confronti della società FF Broker -; rigettò la domanda di manleva proposta da FF Broker - nei confronti dei Lloyd's Sindacato 2007; regolò le spese tra le parti.

Ad avviso del primo giudice, e per quanto ancora rileva in questa sede, dall'espletata consulenza tecnica d'ufficio, era emersa la responsabilità professionale del AAA, che aveva eseguito i due interventi cui era stata sottoposta la C. (mastopessi e mastoplastica additiva; capsulectomia sinistra), nonchè delle strutture sanitarie convenute; non erano emersi, invece, profili di censura quanto all'attività di revisione cicatriziale eseguita nell'aprile 2005 dal AAA.

Accertata la responsabilità civile solidale del AAA, della DDD Laserchirurgica Italiana S.r.l. in liquidazione e della Casa di Cura XX - S.p.a., il Tribunale osservò che dovevano essere risarciti la menomazione dell'integrità fisica della paziente come riscontrata dai CTU nella misura dell'8%, nonchè l'invalidità temporanea collegata alla vicenda sanitaria in oggetto, quantificata dai CTU nella misura di 5 giorni per invalidità temporanea assoluta, 20 giorni in forma parziale al 50% e 100 giorni al 25%; dovevano attribuirsi alla C. per i postumi invalidanti individuati dai CTU ed emendabili mediante intervento chirurgico, a titolo di danno patrimoniale futuro nella voce del danno emergente, le relative spese mediche non ancora sostenute nella forma della capitalizzazione anticipata di Euro 13.000,00; doveva, altresì, essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno delle spese mediche documentate in atti e ritenute congrue dai CTU e da questi quantificate in complessivi Euro 7.518,50, trattandosi di danno patrimoniale che la parte attrice non avrebbe dovuto sopportare in mancanza dell'antecedente colposo che allo stesso aveva dato causa.

La quantificazione del danno da invalidità per postumi permanenti e per l'inabilità temporanea, in moneta attuale, venne effettuata equitativamente utilizzando i valori indicati nelle Tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, per complessivi Euro 26.641,00, con la precisazione che tale importo ricomprendeva e risarciva

adeguatamente anche la componente soggettiva del richiesto danno morale, considerata la sostanziale unitarietà del danno non patrimoniale affermata dalla giurisprudenza di legittimità (sentenza n. 26972/08). Come già evidenziato, il Tribunale, inoltre, condannò i convenuti, in via solidale, al pagamento delle ulteriori somme di Euro 7.518,50 per spese sanitarie documentate e di Euro 13.000,00 per il futuro intervento; tali esborsi, pari complessivamente ad Euro 20.518,50, per il primo Giudice costituivano danno patrimoniale direttamente conseguente agli errati interventi chirurgici.

Avverso la sentenza di primo grado propose gravame la Casa di Cura XX - S.p.a..

Si costituì la C. che propose pure appello incidentale, volto alla ripetizione di Euro 6.301,29 corrisposti al AAA a titolo di compensi per l'intervento chirurgico errato.

Tranne la --- Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni S.p.a., si costituirono tutte le altre parti, alcune delle quali proposero pure impugnazione incidentale.

La Corte di appello di Milano, con sentenza pubblicata in data 29 settembre 2019, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Milano n. 807/15, fermo il resto, condannò, in solido tra loro, come da motivazione, AAA; la Casa di Cura XX - S.p.a. e la DDD Laserchirurgica Italiana S.r.l. al pagamento, in favore di C. e a titolo di risarcimento del danno, dell'importo, attualizzato dal Tribunale, di Euro 26.641,00 nonchè di Euro 7.518,50, oltre ad accessori come determinati dal Tribunale, regolò tra le parti le spese di quel grado e diede atto della sussistenza dei presupposti per il versamento di un ulteriore importo, a titolo di contributo unificato, pari a quello previsto per l'impugnazione a carico di AAA e -. *Omissis* La Corte territoriale ritenne infondata la doglianza dell'appellante principale, svolta pure del AAA e dall'attuale ricorrente, relativa all'errata quantificazione del danno, sostenendo dette parti che fosse applicabile la legge Balduzzi ai fini della quantificazione dei postumi per micropermanenti (L. n. 189 del 2012, art. 3, comma 3) anche per i fatti anteriori all'entrata della menzionata norma. La Corte di merito accolse, invece, la doglianza relativa alla errata quantificazione e liquidazione del danno patrimoniale da spese mediche necessarie ad emendare i postumi permanenti, sul rilievo che queste si trovassero in condizione di alternatività rispetto alla liquidazione del danno permanente, sicchè dovevano essere dedotte dalla condanna le spese mediche riconosciute e non ancora sostenute nella forma della capitalizzazione anticipata di Euro 13.000,00. Al riguardo quella Corte precisò che il riconoscimento dell'invalidità permanente non potesse che ritenersi alternative rispetto al risarcimento in forma specifica quale sarebbe il riconoscimento delle spese necessarie per il ripristino del danno.

Avverso la sentenza della Corte territoriale DDD Laserchirurgica S.r.l. in liquidazione ha proposto ricorso per cassazione basato su tre motivi.

Hanno resistito con distinti controricorsi -, in qualità di titolare dell'impresa individuale FF Broker S., e C..

#### Ragioni della decisione

Preliminarmente va dichiarata l'inammissibilità del controricorso di C. perchè notificato in data 3 gennaio 2018 (martedì), oltre il termine di cui all'art. 370 c.p.c. (2 gennaio 2018, essendo stato il ricorso notificato in data 23 novembre 2017), evidenziandosi che l'inammissibilità del controricorso, perchè notificato oltre il predetto termine, comporta che non può tenersi conto del controricorso medesimo, ma non incide sulla validità ed efficacia della procura speciale rilasciata a margine di esso dal resistente al difensore, che può partecipare in base alla stessa alla discussione orale, con la conseguenza che, in caso di rigetto del ricorso, dal rimborso delle spese del giudizio per cassazione sopportate dal resistente vanno escluse le spese e gli onorari relativi al controricorso, mentre tale rimborso spetta limitatamente alle spese per il rilascio della procura ed all'onorario per lo studio della controversia e per la discussione (Cass. 27/05/2005, n. 11275; Cass. 13/05/2010, n. 11619; Cass. 11/02/2011, n. 3325).

Con il primo motivo si lamenta "Violazione e falsa applicazione della L. n. 189 del 2012, art. 3 comma 3 (cd. legge Balduzzi) in relazione all'art. 11 preleggi e agli artt. 1226 e 2056 c. c." (art. 360 c.p.c., n. 3). Ad avviso della ricorrente, in relazione ai parametri inerenti alla valutazione del danno patito dalla C., la Corte di merito avrebbe errato nel non ritenere applicabili i criteri dettati dalla L. n. 189 del 2012, art. 3, comma 3, secondo cui "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercizio della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, artt. 138 e 139...". I parametri indicati dalla legge Balduzzi, ad avviso della ricorrente, ben possono essere applicati, in assenza di disposizioni normative precedenti sul punto, anche a fatti anteriori alla sua entrata in vigore, in quanto una legge dello Stato prevale su una prassi giurisprudenziale, e, comunque, a tanto non osta l'art. 11 preleggi, atteso che la legge Balduzzi e le preleggi sono norme aventi il medesimo rango come fonti di diritto, sicchè la prima ben può derogare alle seconde; inoltre, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, pur a non voler ammettere un'applicazione retroattiva della cd. legge Balduzzi, il nuovo ed uniforme criterio normativo ben potrebbe essere utilizzato al fine di operare una liquidazione equitativa del danno, a nulla rilevando che il risultato sia più o meno favorevole al danneggiato.

Il motivo è fondato.

Come pure già evidenziato da questa Corte, nella specie, non viene in questione la retroattività della legge, atteso che non si è al cospetto della sostituzione di una precedente normativa degli aspetti strutturali e funzionali della fattispecie con una nuova disciplina normativa, in quanto - come pure evidenziato dalla ricorrente - la nuova previsione legislativa del criterio tabellare non va a sostituire alcuna norma di legge anteriore indicante un diverso criterio liquidativo del danno. In particolare, non intervenendo a modificare con efficacia retroattiva gli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile (negando o impedendo il risarcimento di conseguenze dannose già realizzatesi) il D.L. n. 138 del 2012, art. 3, comma 3, come convertito dalla L. n. 189 del 2012, trova diretta applicazione anche in tutti i casi in cui il Giudice sia chiamato a fare applicazione, in pendenza del giudizio, del criterio di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, con il solo limite del giudicato interno sul quantum. Non risulta infatti, ostativa la circostanza che la condotta illecita sia stata commessa, ed il danno si sia prodotto, anteriormente all'entrata in vigore della già richiamata legge, nè può configurarsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i soggetti coinvolti nei giudizi pendenti e i soggetti di giudizi definiti, atteso che solo la formazione del giudicato preclude una modifica retroattiva della regola giudiziale. Neppure può ipotizzarsi una lesione del legittimo affidamento sulla determinazione del valore monetario del danno in parola, posto che la norma sopravvenuta, non incidendo retroattivamente sugli elementi costitutivi della fattispecie legale della responsabilità civile, non intacca situazioni giuridiche precostituite ed acquisite al patrimonio del soggetto leso, ma si rivolge direttamente al giudice, delimitandone l'ambito di discrezionalità e indicando il criterio tabellare quale parametro equitativo nella liquidazione del danno (Cass. 11/11/2019, n. 28990).

Con il secondo motivo, rubricato "Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti" (art. 350 c.p.c., n. 5), DDD Laserchirurgica S.r.l. in liquidazione, premesso che "l'impianto costruito dai CTU nell'originaria perizia, finalizzato ad attribuire alla ricorrente la responsabilità di una non meglio precisata infezione, tra (rebbe) spunto da una mera affermazione dell'attrice secondo la quale, sei anni prima, avrebbe accusato una febbre elevata dopo le dimissioni dai locali dell'odierna ricorrente", sostiene che niente altro sarebbe dato sapere nè altro sarebbe stato accertato in relazione a tale episodio febbrile, pur se gli ausiliari del giudice avevano affermato che esso potesse essere dipeso da "un'infezione per strumenti od accessori non adeguatamente sterili", con conseguente ascrizione, al riguardo, di responsabilità all'attuale ricorrente, e che la Corte territoriale non avrebbe "preso in considerazione un fatto decisivo, ossia che le protesi

ben avrebbero potuto non essere state adeguatamente sterilizzate dalla società produttrice ovvero abbiano potuto essere oggetto di contaminazione da parte dell'equipe chirurgica all'atto dell'impianto delle stesse".

Il motivo è inammissibile.

Le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 8053 del 7/04/2014, hanno precisato che l'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nella formulazione novellata dal comma 1, lett. b), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito con modifiche nella L. 7 agosto 2012, n. 134, applicabile nella specie *ratione temporis*, ha introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4, il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività" (AAA anche Cass., ord., 10/08/2017, n. 19987).

Nella specie la censura, oltre a non essere stata veicolata secondo quanto sopra evidenziato, essendosi la ricorrente limitata ad affermare che "la circostanza" sarebbe stata dalla medesima "da sempre sollevata", senza ulteriori precisazioni al riguardo, a ben vedere, non si riferisce a specifici e precisi fatti storici decisivi ma a mere ipotesi difensive, laddove la doglianza concernente la omessa valutazione di deduzioni difensive non è inquadrabile nel paradigma del vizio denunciabile per cassazione ai sensi del novellato art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (Cass. 14/06/2017, n. 14802; Cass., ord., 18/10/2018, n. 26305).

Risulta, inoltre, evidente che con il mezzo all'esame, così come dedotto, in sostanza, la parte ricorrente intende rimettere in discussione le valutazioni in fatto operate dalla Corte territoriale, il che non è consentito, nei termini proposti, in questa sede.

Con il terzo motivo si deduce "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c." (art. 360 c.p.c., n. 3). Sostiene la ricorrente che, all'esito del giudizio di appello, non sarebbe stata raggiunta la prova della sua responsabilità; rappresenta di aver contestato nei due gradi di merito sia l'effettivo verificarsi dell'evento febbrile sia l'eventuale riconducibilità dello stesso ad un inadempimento della struttura e di essersi offerta di provare per testi, nella memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, che al momento della dimissione, la C. presentava un decorso post operatorio del tutto esente da complicanze. La ricorrente assume che non potrebbe esserle ascritta alcuna responsabilità, essendo rimasto indimostrato l'episodio febbrile che si vorrebbe ricondurre a negligenza della stessa struttura, e contesta le decisione sul punto della Corte di merito, sostenendo che la condanna della medesima "sia avvenuta in contrasto con l'art. 2697 c.c. non essendovi alcuna prova (se non la mera supposizione) della responsabilità della stessa" e che, in ogni caso, pur a voler ammettere l'esistenza dell'episodio febbrile in parola, il grado di incertezza circa la fonte dell'infezione, renderebbe impossibile un'attribuzione della responsabilità in capo alla struttura.

Il motivo è inammissibile.

Ed invero, la violazione dell'art. 2697 c.c. si configura soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella su cui esso avrebbe dovuto gravare secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni (Cass., ord., 23/10/2018, n. 26769) e non invece quando - come nella specie - oggetto di censura sia, in sostanza, la valutazione delle risultanze istruttorie operate dal giudice del merito (Cass. 29/05/2018, n. 13395; Cass. 17/06/2013, n. 15107).

Va evidenziato che, nella sentenza impugnata, dopo aver ricordato di aver rimesso in istruttoria la causa, disponendo supplemento di CTU, in quanto il dato della patologia

infettiva insorta dopo il primo intervento era stato ancora contestato in quel grado dall'attuale ricorrente, come solo postulato ma non argomentato dai CTU, la Corte di merito ha affermato di condividere le conclusioni cui era pervenuto l'ausiliare in sede di chiarimenti che, ribadendo quanto espresso in precedenza, aveva osservato che "... una temperatura fino a 39 C nel decorso postoperatorio non può essere giustificata dal modesto trauma operatorio tissutale dell'intervento de quo, correttamente eseguito, e pertanto deve essere ascritta, con elevata probabilità, ad un intervento infettivo di natura batterica, a sua volta spiegabile solo con una carenza di asepsi, a livello degli strumenti usati e/o dell'ambiente operatorio di day hospital". Sul punto la Corte di merito ha pure ritenuto che sia stato correttamente applicato il "concetto giurisprudenziale" della preponderance of evidence da parte dell'ausiliare, "che giunge ad una conclusione ineludibile dal punto di vista probatorio" e tale affermazione risulta genericamente e non efficacemente contestata - come sopra rimarcato - dalla ricorrente, la quale, peraltro, neppure ha dedotto se e in che termini abbia riproposto le sue richieste istruttorie in sede di precisazione delle conclusioni dinanzi al Tribunale e nel suo atto introduttivo in sede di appello.

In conclusione, va accolto il primo motivo di ricorso, dichiarati inammissibili i motivi secondo e terzo; la sentenza impugnata va cassata, in relazione al motivo accolto, e la causa va rinviata, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione.

Va disposto che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi di C. Stante l'accoglimento, sia pure in parte, del ricorso, va dato atto della non sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

PQM

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara inammissibili i motivi secondo e terzo; cassa la sentenza impugnata, in relazione al motivo accolto, e rinvia la causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione. Dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi di C.

---

**COORDINATORE Redazionale:** Giulio SPINA

---

**Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:**

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)  
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)  
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

---

**Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:**

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Casella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Postillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

---

**SEGRETERIA del Comitato Scientifico:** Valeria VASAPOLLO

---



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

