

La Legge Balduzzi può applicarsi anche a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

**L'art. 11 delle Preleggi e la deroga alla irretroattività della legge
(Cass. Civ., Sez. III Civile, sent. 2 luglio 2019- 21 gennaio 2020, n. 1157)**

La Suprema Corte di Cassazione, Sez. Terza Civile, ha stabilito la retroattività della Legge Balduzzi, L. n. 189 del 2012, articolo 3, comma 3, e dei suoi criteri di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale. Difatti, stando alla pronuncia, la legge Balduzzi è retroattivamente applicabile a fatti antecedenti, quando si è in assenza di disposizioni normative precedenti sulla materia ed essendo la legge dello Stato sempre prevalente sulla prassi giurisprudenziale. Peraltro a ciò non osta neppure l'art. 11 delle Preleggi, sul principio di irretroattività della legge, in quanto le Preleggi sono norme aventi il medesimo rango della Legge Balduzzi come fonti di diritto, sicchè quest'ultima ben può derogare ad esse, specie laddove non vi sia normativa successiva applicabile e sostitutiva degli elementi strutturali e funzionali della fattispecie prevista.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. TRAVAGLINO Giacomo	-Presidente-
Dott. SESTINI Danilo	-Consigliere-
Dott. OLIVIERI Stefano	-Consigliere-
Dott. SCARANO Luigi Alessandro	- Consigliere-
Dott. SCRIMA Antonietta	- rel. Consigliere-

Ha pronunciato la seguente sentenza:

SENTENZA sul ricorso 28387-2017 proposto da: (OMISSIS) SRL IN LIQUIDAZIONE, in persona del Liquidatore pro tempore Dott. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato (OMISSIS); - ricorrente - contro (OMISSIS), in qualità di titolare dell'impresa individuale (OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati (OMISSIS) e (OMISSIS); (OMISSIS), domiciliata ex lege in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato

(OMISSIS); -controricorrenti - e contro (OMISSIS) SPA, (OMISSIS) SINDACATO N 2007, (OMISSIS) SPA, (OMISSIS) SPA, (OMISSIS); - intimati - avverso la sentenza n. 4156/2017 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 29/09/2017; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 2/07/2019 dal Consigliere Dott. ANTONIETTA SCRIMA; udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PEPE Alessandro, che ha concluso per il rigetto del ricorso; udito l'Avvocato (OMISSIS) per delega.

FATTI DI CAUSA

(OMISSIS) convenne in giudizio, innanzi al Tribunale di Milano, il Dott. (OMISSIS), la (OMISSIS) S.r.l. e la (OMISSIS), 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 rappresento l'attrice che, in esito all'intervento di mastopessi bilaterale e mastoplastica additiva cui era stata sottoposta il 25 settembre 2003, presso la (OMISSIS), aveva subito postumi invalidanti, riconducibili a negligenza ed imperizia dell'operatore, Dott. (OMISSIS), 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 (OMISSIS). Nel costituirsi, la struttura sanitaria appena indicata chiese il rigetto della domanda e dichiaro' di voler chiamare in causa la (OMISSIS), sua garante per la responsabilita' civile verso i terzi. Si costitui' la (OMISSIS) S.r.l., che chiese il rigetto delle avverse pretese, stante l'assenza di qualsiasi rapporto giuridico con il Dott. (OMISSIS), libero professionista, con facolta' di utilizzo della struttura ospedaliera, a fronte di debita prenotazione, e dichiaro' di volere estendere il contraddittorio nei confronti del detto sanitario per proporre domanda di manleva nei suoi confronti. Il Dott. (OMISSIS), costituendosi tanto come convenuto principale che quale chiamato dalla (OMISSIS), 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 3 consenso informato, cosi' rendendola edotta dei rischi derivanti dalle operazioni; dichiaro' di voler chiamare in causa la (OMISSIS), sua garante per la responsabilita' civile verso terzi, e (OMISSIS), tramite quale aveva stipulato la polizza di responsabilita' civile con (OMISSIS), per essere manlevato sia dalla domanda attrice che da quella proposta dalla (OMISSIS). Nel costituirsi la (OMISSIS), assicuratrice della (OMISSIS), eccepi' la inoperativita' della garanzia invocata dalla predetta e svolse, per la denegata ipotesi di ritenuta operativita' della stessa, istanza di integrazione del contraddittorio nei confronti di (OMISSIS), del Dott. (OMISSIS) e di (OMISSIS) per essere da loro tenuta indenne e manlevata rispetto alle pretese di parte attrice. Nel costituirsi la (OMISSIS), compagnia del (OMISSIS), eccepi' l'intervenuta prescrizione della copertura assicurativa in quanto il Dott. (OMISSIS), pur avendo ricevuto richiesta risarcitoria da parte della (OMISSIS) sin dal 2006, aveva denunciato il sinistro, tramite broker, il 26 febbraio 2008 e, quindi, era decorso il termine biennale di cui all'articolo 2952 c.c., dedusse che la garanzia non poteva operare quanto al secondo e al terzo intervento chirurgico (aprile 2005/febbraio 2006) perche' eseguiti quando la polizza risultava essere stata stornata;gennaio 2004). Si costitui' anche (OMISSIS) di (OMISSIS), chiamata anch'essa in garanzia dal (OMISSIS), 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 (OMISSIS); chiese di chiamare in garanzia i (OMISSIS). Nel costituirsi i (OMISSIS) 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 (OMISSIS) 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, condanno' (OMISSIS), la (OMISSIS) S.p.a. e la (OMISSIS) S.r.l. in liquidazione, in solido tra loro, al pagamento, in favore di (OMISSIS), a titolo di risarcimento del danno, dell'importo attualizzato di Euro 26.641,00 nonche' di Euro 20.518,50, oltre rivalutazione ed interessi come dalla motivazione di quella sentenza, oltre interessi legali dalla data della decisione al soddisfo; rigetto' le domande proposte dalla (OMISSIS) S.r.l. in liquidazione e dalla Faro Compagnia di Assicurazioni nei confronti di (OMISSIS); rigetto' la domanda di manleva formulata dalla (OMISSIS) S.p.a. nei confronti della (OMISSIS) S.p.a.; rigetto' la domanda di manleva formulata dal (OMISSIS) nei confronti della (OMISSIS); rigetto' la domanda di garanzia proposta dal (OMISSIS) nei confronti della societa' (OMISSIS) di (OMISSIS); rigetto' la domanda di manleva proposta da (OMISSIS) di (OMISSIS) nei confronti dei (OMISSIS) Sindacato 2007; regolo' 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 responsabilita' professionale del Dott. (OMISSIS), che aveva eseguito i due interventi cui era stata sottoposta la (OMISSIS) (mastopessi e mastoplastica additiva; capsulectomia sinistra), nonche' delle strutture sanitarie convenute; non erano emersi, invece, profili di censura quanto all'attivit  di revisione cicatriziale eseguita nell'aprile 2005 dal Dott. (OMISSIS). Accertata la responsabilita' civile solidale del Dott. (OMISSIS), della (OMISSIS) S.r.l. in liquidazione e della (OMISSIS) S.p.a., il Tribunale osservo' che dovevano essere risarciti la menomazione dell'integrita' fisica della paziente come riscontrata dai C.Testo Unico nella misura dell'8%, nonche' l'invalidita' temporanea collegata alla vicenda sanitaria in oggetto, quantificata dai C.Testo Unico nella misura di 5 giorni per invalidita' temporanea assoluta, 20 giorni in forma parziale al 50% e 100 giorni al 25%; dovevano attribuirsi alla (OMISSIS) per i postumi invalidanti individuati dai C.Testo Unico 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, altresi', essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno delle spese mediche documentate in atti e ritenute congrue dai C.Testo Unico 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 invalidita' per postumi permanenti e per l'inabilita' 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 unitarieta' del danno non patrimoniale affermata dalla giurisprudenza di legittimita' (sentenza n. 26972/08). Come gia' evidenziato, il Tribunale, inoltre, condanno' 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 (OMISSIS) S.p.a.. Si costituì la (OMISSIS) che propose pure appello incidentale, volto alla ripetizione di Euro 6.301,29 corrisposti al (OMISSIS) a titolo di compensi per l'intervento chirurgico errato. Tranne la (OMISSIS) 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, (OMISSIS); la (OMISSIS) S.p.a. e la (OMISSIS) S.r.l. al pagamento, in favore di (OMISSIS) e a titolo di risarcimento del danno, dell'importo, attualizzato dal Tribunale, di Euro 26.641,00 nonché di Euro 7.518,50, oltre ad accessori come determinati dal Tribunale, regolo' 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 (OMISSIS) e (OMISSIS). In particolare, per quanto ancora rileva in questa sede, la Corte di merito affermò che "la responsabilità per contatto sociale da parte della (OMISSIS), a differenza della (OMISSIS), che diede origine alla serie di eventi articolatisi per molto tempo, non poteva che limitarsi all'intervento del 16 febbraio 2006", sicché "la valenza eziologica rapportabile al comportamento negligente dell'appellante principale (dovesse) essere ridotto in proporzione" e andasse, pertanto "valutato nella misura della meta", con la conseguenza che, "ad ogni effetto, la condanna in solido comminata in primo grado (dovesse) rapportarsi a tale conclusione". La Corte territoriale ritenne infondata la doglianza dell'appellante principale, svolta pure del (OMISSIS) 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, articolo 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, sicché 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 alternativa rispetto al risarcimento in forma specifica quale sarebbe il riconoscimento delle spese necessarie per il ripristino del danno. Avverso la sentenza della Corte territoriale (OMISSIS) S.r.l. in liquidazione ha proposto ricorso per cassazione basato su tre motivi. Hanno resistito con distinti controricorsi (OMISSIS), in qualità di titolare dell'impresa individuale (OMISSIS), e (OMISSIS).

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente va dichiarata l'inammissibilità del controricorso di (OMISSIS) perché notificato in data 3 gennaio 2018 (martedì), oltre il termine di cui all'articolo 370 c.p.c. (2 gennaio 2018, essendo stato il ricorso notificato in data 23 novembre 2017), evidenziandosi che l'inammissibilità del controricorso, perché 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). 2. Con il primo motivo si lamenta "Violazione e falsa applicazione della L. n. 189 del 2012, articolo 3 comma 3 (cd. legge Balduzzi) in relazione all'articolo 11 preleggi e agli articoli 1226 e 2056 c. c." (articolo 360 c.p.c., n. 3). Ad avviso della ricorrente, in relazione ai parametri inerenti alla valutazione del danno patito dalla (OMISSIS), la Corte di merito avrebbe errato nel non ritenere applicabili i criteri dettati dalla L. n. 189 del 2012, articolo 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 Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, articoli 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'articolo 11 preleggi, atteso che la legge Balduzzi e le preleggi sono norme aventi il medesimo rango come fonti di diritto, sicché 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. 1.1. 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 Decreto Legge n. 138 del 2012, articolo 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; né 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). 2. Con il secondo motivo, rubricato "Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti" (articolo 350 c.p.c., n. 5), (OMISSIS) 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(rrebbe) 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 ne' 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 responsabilita' 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 societa' produttrice ovvero abbiano potuto essere oggetto di contaminazione da parte dell'equipe chirurgica all'atto dell'impianto delle stesse". 3.1. Il motivo e' inammissibile. Le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 8053 del 7/04/2014, hanno precisato che l'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nella formulazione novellata dal comma 1, lettera b), del Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, articolo 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'articolo 366 c.p.c., comma 1, n. 6, e articolo 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 "decisivita'" (v. 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 e' inquadrabile nel paradigma del vizio denunciabile per cassazione ai sensi del novellato articolo 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, cosi' come dedotto, in sostanza, la parte ricorrente intende rimettere in discussione le valutazioni in fatto operate dalla Corte territoriale, il che non e' consentito, nei termini proposti, in questa sede. 3. Con il terzo motivo si deduce "Violazione e falsa applicazione dell'articolo 2697 c.c." (articolo 360 c.p.c., n. 3). Sostiene la ricorrente che, all'esito del giudizio di appello, non sarebbe stata raggiunta la prova della sua responsabilita'; rappresenta di aver contestato nei due gradi di merito sia l'effettivo verificarsi dell'evento febbrile sia l'eventuale riconducibilita' dello stesso ad un inadempimento della struttura e di essersi offerta di provare per testi, nella memoria ex articolo 183 c.p.c., comma 6, che al momento della dimissione, la (OMISSIS) presentava un decorso post operatorio del tutto esente da complicanze. La ricorrente assume che non potrebbe esserle ascritta alcuna responsabilita', essendo rimasto indimostrato l'episodio febbrile che si vorrebbe ricondurre a negligenza della stessa struttura, e contesta le decisioni sul punto della Corte di merito, sostenendo che la condanna della medesima "sia avvenuta in contrasto con l'articolo 2697 c.c. non essendovi alcuna prova (se non la mera supposizione) della responsabilita' 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 responsabilita' in capo alla struttura. 3.1. Il motivo e' inammissibile. Ed invero,

la violazione dell'articolo 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 c.t.u., 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 C.T.U., 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 puo' essere giustificata dal modesto trauma operatorio tissutale dell'intervento de quo, correttamente eseguito, e pertanto deve essere ascritta, con elevata probabilita', 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. 4. 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 legittimita', alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione. 5. Va disposto che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalita' e gli altri dati identificativi di (OMISSIS). 6. 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 Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1-quater, nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, articolo 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 articolo 13.

P.Q.M.

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 legittimita', alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione. Dispone che, in caso di diffusione del presente provvedimento, siano omesse le generalita' e gli altri dati identificativi di (OMISSIS)

