

TI_GERICHTE 12.2010.120 vom 3. August 2011

TI Tribunale d'appello, 2011-08-03, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2010.120

FR: TI_GERICHTE 12.2010.120 du 3 août 2011

IT: TI_GERICHTE 12.2010.120 del 3 agosto 2011

Regeste

Responsabilità del medico per diagnosi errata (mancata diagnosi di carcinoma), fallito onere della prova (verosimiglianza preponderante) sulla violazione del dovere di diligenza, apprezzamento delle prove, valore di mancata opposizione a precetto esecutivo, condizioni del torto morale dei parenti

Erwägungen

E. 1

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC). La decisione pretorile è stata pronunciata e impugnata prima di questa data, e la procedura ricorsuale rimane dunque disciplinata dal CPC/TI (art. 404 cpv. 1 CPC).

E. 2

Il Pretore ha respinto la petizione in quanto ha ritenuto che gli attori non fossero riusciti a provare, nonostante tale onere incombesse loro, il preteso errore diagnostico da loro imputato al convenuto. In particolare egli ha rilevato che le perizie mediche non confermavano la presenza del rigonfiamento alla mandibola sinistra della paziente tra il settembre 1990 e i primi di giugno 1992, ma ponevano tale fatto quale ipotesi di base delle considerazioni peritali (sentenza 9 giugno 2010, pag. 8). Non era poi possibile determinare, prosegue il primo giudice, quando fosse stata scattata la fotografia prodotta quale doc. E, che non poteva dunque dimostrare la fondatezza della tesi proposta dagli attori (sentenza 9 giugno 2010, pag. 9). Né si poteva escludere, secondo il Pretore, che il tumore fosse diventato visibile solo dopo l'ultima visita del 5 giugno 1992 presso il convenuto (sentenza 9 giugno 2010, pag. 10), mentre la testimonianza della sorella della defunta non poteva essere considerata attendibile (sentenza 9 giugno 2010, pag. 10 e 11).

E. 3

Per costante dottrina e giurisprudenza la relazione fra medico curante privato e paziente viene qualificata come mandato ai sensi dell'art. 394 segg. CO. In base ai combinati art. 398 cpv. 1 e 321e CO, la responsabilità del mandatario si ricollega al regime generale della responsabilità contrattuale (art. 97 ss. CO). In particolare, il mandante deve dimostrare l'esistenza di una violazione contrattuale, di un danno e di un nesso di causalità adeguata tra la violazione contrattuale e il danno, mentre il mandatario può liberarsi dalla responsabilità provando che nessuna colpa gli è imputabile (Wiegand, Basler Kommentar OR-I, 4 a ed., n. 5 segg. e 61 segg. ad art. 97 CO). La responsabilità del medico presuppone cumulativamente: una violazione dell'obbligo contrattuale di diligenza, un danno, un nesso di causalità naturale e adeguato tra la violazione contrattuale e il danno, nonché infine la colpa, che - se i primi tre requisiti sono adempiuti - viene presunta (art. 97 cpv. 1 CO). Nella sua qualità di mandatario il medico è dunque responsabile verso il suo mandante della

fedele e diligente cura degli affari affidatigli (art. 398 CO), laddove l'"affare affidatogli" non è la guarigione, trattandosi di un risultato che il medico non è in grado di garantire, bensì la prestazione di cure in maniera conforme alle regole dell'arte medica, tendenti alla guarigione (cfr. per analogia RtiD I-2009 pag. 696). Il mandatario opera in modo manchevole quando viola un obbligo di natura principale o secondaria derivante dal contratto, oppure quando non fa prova della necessaria diligenza (cfr. ad esempio Gattiker, *Die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs nach schweizerischem Zivilrecht*, pag. 38 segg.). In particolare è riscontrabile una violazione dell'obbligo di diligente esecuzione del mandato quando il mandatario incorre in un errore nella diagnosi e nella cura perché non ha seguito le regole dell'arte generalmente riconosciute. Una violazione contrattuale è inoltre ravvisabile in caso di violazione da parte del mandatario degli obblighi di informazione (II CCA 3 agosto 2006 inc. n. 12.2005.133 e 13 giugno 2002 inc. n. 12.2001.150).

E. 4

Gli attori contestano in primo luogo l'apprezzamento delle prove effettuato dal Pretore. In particolare, essi ritengono che quest'ultimo avrebbe a torto considerato inattendibile la testimonianza di _____ M_____, sorella della defunta, e ritenuto senza valore probatorio la fotografia di cui al doc. E. Essi criticano inoltre la deduzione del Pretore secondo cui non sarebbe possibile escludere una crescita repentina del tumore (dopo l'ultima visita del

E. 5

Come il Tribunale Federale ha già avuto modo di precisare (DTF 130 III 321, consid. 3.2; JdT 2005 I 618), in quelle situazioni in cui costantemente si presentano delle difficoltà probatorie ("état de nécessité en matière de preuve", "Beweisnot"), si giustifica un alleggerimento del grado di prova; a tal fine la giurisprudenza reputa sufficiente un cosiddetto livello di "verosimiglianza preponderante". I casi inerenti a errori commessi da medici, come sostenuto dagli attori, rientrano nella categoria di situazioni difficili da provare; di conseguenza il tribunale riterrà provato un fatto se a suo avviso non sussistono seri dubbi quanto alla sua esistenza o se quelli rimanenti appaiono come deboli. La possibilità che i fatti si siano svolti in modo differente dunque non esclude la verosimiglianza preponderante, ma tale eventualità non deve rivestire un'importanza significativa nel caso specifico, né entrare ragionevolmente in considerazione. Va rammentato che la verosimiglianza preponderante comporta delle esigenze di prova più elevate che una semplice verosimiglianza (DTF 130 III 321, consid. 3.3). Dall'esame dell'incarto non risulta di primo acchito che il Pretore abbia richiesto agli attori un grado di prova più elevato; a ogni modo l'apprezzamento delle prove addotte dagli istanti sarà analizzato in quest'ottica. Non va dimenticato che nella valutazione delle prove il giudice di prime cure gode di un ampio potere di apprezzamento, censurabile in appello solo in caso di decisione manifestamente ingiusta o iniqua (cfr. Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 32 ad. 307, II CCA 12 novembre 2008 inc. n. 12.2007.191, 20 ottobre 2009 inc. n. 12.2008.140).

E. 6

Per quanto concerne la deposizione di _____ M_____ (verbale di rogatoria del 14 aprile 2008), sorella della defunta, gli appellanti contestano l'inattendibilità della teste rilevata dal Pretore. Gli errori di data in cui ella è incorsa sarebbero infatti, a loro avviso, semplici imprecisioni dovute al fatto che la testimonianza è stata resa quasi 18 anni dopo i fatti; ciononostante ella avrebbe ben evidenziato gli elementi essenziali di quanto accaduto,

ovvero la presenza del gonfiore ben prima del luglio 1992, epoca in cui è stato diagnosticato il carcinoma. Gli attori ritengono inoltre irrilevante, senza però spiegarne il motivo, che _____ M_____ abbia sostenuto che la sorella fosse in cura dal dott. AO 1 specificatamente per il gonfiore. Infine essi contestano che le dichiarazioni della sorella della defunta siano in contraddizione con le testimonianze rilasciate dai colleghi di lavoro di quest'ultima (verbale di udienza 4 marzo 2008, deposizioni di _____ S_____, _____ S_____ e _____ G_____). Secondo gli attori è evidente che _____ M_____ abbia un ricordo più vivido dei colleghi, i quali “ non avevano in realtà alcun particolare motivo per fermare nella memoria il ricordo di eventuali disturbi sofferti dalla signora AP 2 ” (appello 23 giugno 2010, pag. 6) e che comunque non hanno mai smentito quanto affermato dalla zia degli attori. La censura degli appellanti non trova supporto negli atti. Va ricordato che qualora l'attendibilità di un testimone possa apparire dubbia, sotto un profilo soggettivo, per l'esistenza di un motivo che determini un interesse a deporre a favore di una parte, la credibilità delle sue dichiarazioni può essere intaccata unicamente se è accertata una grave discordanza tra i fatti così come descritti dal teste e quelli desumibili da altre prove. Il giudizio può infatti fare astrazione dal contenuto di una testimonianza solo quando per tale motivo la stessa risulti inveritiera o poco credibile (Cocchi/Trezzini , CPC-TI, Append. 2000/2004, Lugano 2005, n. 75 ad art. 90). In primo luogo la tesi dell'errore di memoria addotta dagli attori è discutibile. Se è vero che in 18 anni il ricordo può sfumare, mal si capisce perché _____ M_____ fornisca dettagli temporali così precisi: alla domanda due del verbale di rogatoria del 14 aprile 2008 essa parla di una visita per Pasqua 1990 e alla domanda sette di un'altra visita in occasione della festa della mamma nel maggio 1990. Mai, nelle sue dichiarazioni, ella ha espresso titubanza o incertezza e ha ammesso per contro che gli incontri con la sorella avvenivano da tre a quattro volte l'anno; ciò può far pensare che, ricordandone le occasioni precise ed essendo queste non particolarmente frequenti, essa non sbaglia nel fissare il periodo dell'anno in cui ha fatto visita alla sorella. Ci si potrebbe invece chiedere se l'errore non porti sull'anno, cosa che è più che comprensibile dal punto di vista umano, ma che da un punto di vista giuridico non permette di fissare un fatto così importante per la presente causa, ovvero che la tumefazione sintomo del tumore fosse presente e percettibile prima del luglio 1992. Se si ammette l'errore di memoria, ne consegue che dalla testimonianza si può unicamente desumere che _____ M_____, a un certo momento non determinabile dagli atti istruttori, sostiene di aver notato il gonfiore sul volto della sorella. Va pure osservato che se è pacifico che è trascorso molto tempo dai fatti in questione, è altrettanto vero che l'interrogatorio di _____ M_____ è avvenuto nel 2008, dunque due anni dopo l'introduzione della petizione da parte dei nipoti e di conseguenza dalla presentazione dei loro argomenti. Questo fatto mal si concilia con la discordanza rispetto quanto sempre preteso dagli attori stessi, ovvero che il gonfiore fosse divenuto più importante solo dal settembre 1990, tanto da portare _____ R_____ a parlarne con il medico di famiglia. Di nuovo, rispetto alla fotografia di cui al doc. E, la dichiarazione della teste è in contraddizione con quanto gli appellanti sostengono; essa ipotizza che lo scatto si riferisca a Natale 1989, quando a detta degli istanti questa risale al novembre 1991, ben due anni dopo. Anche l'affermazione della teste, secondo cui _____ R_____ era in cura dal dott. AO 1 proprio in relazione al rigonfiamento, non può essere giudicata trascurabile ma al contrario diventa in questo contesto rilevante, poiché in netto contrasto con il fatto, incontestato, che nel periodo da settembre 1990 a giugno 1992 la paziente fosse in cura dal medico principalmente per lo stato ansioso-depressivo dovuto

al divorzio. Inoltre la testimonianza di _____ M _____, secondo la quale il rigonfiamento era presente e visibile se non da aprile, per ammettere la tesi dell'errore di memoria, almeno da settembre 1990, rimane comunque in contraddizione con le testimonianze dei tre colleghi di lavoro di _____ R _____ e con i rapporti del pronto soccorso. I colleghi della defunta hanno lavorato a stretto contatto con lei di sicuro fino a prima dell'intervento del 6 agosto 1992 e non rammentano suddetto gonfiore (verbale di udienza 4 marzo 2008, interrogatori di _____ S _____, _____ S _____ e _____ G _____). Nel rapporto del pronto soccorso di _____ del 26 agosto 1990 (doc 3), una settimana prima della visita medica presso il convenuto in cui _____ R _____ si sarebbe lamentata per la prima volta del rigonfiamento alla mandibola, non è presente nessun riferimento a un gonfiore; così come neppure si riscontrò niente del genere quando, nel marzo 1991, ella fu di nuovo portata al pronto soccorso di _____ (doc A, pag 4 " Der nächste Krankengeschichteneintrag ist am 13.3.91, einige Tage nachdem Frau _____ R _____ wegen Hyperventilationen auf der Notfallstation aufgenommen worden war. Ein Hinweis auf einen Tumor vor dem linken Ohr finden sich nicht "). Se ne deve concludere che a giusto titolo il Pretore ha ritenuto non attendibile la deposizione testimoniale in questione, in quanto nettamente in contrasto con le altre rilevanze istruttorie.

E. 7

In merito alla fotografia di cui al doc. E, gli appellanti sostengono che questa permette di dimostrare la presenza del gonfiore nel periodo invernale del 1991, a loro avviso senza ombra di dubbio visibile nello scatto. Essi affermano che non è possibile sostenere che la fotografia è posteriore agli interventi chirurgici, visti i segni devastanti lasciati sul volto di _____ R _____ dall'operazione. Se ne deve dunque dedurre, secondo loro, che l'immagine si riferisce ad una festa di Natale del personale U _____, la quale non può che risalire ragionevolmente al novembre del 1991, così come risulta dalla data scritta a mano sul retro della fotografia. È evidente che la fotografia di cui al doc. F è antecedente al primo intervento chirurgico e dunque al luglio 1992. Se così non fosse, sul volto di _____ R _____ dovrebbero essere percepibili almeno alcune delle evidenti cicatrici lasciate dall'operazione; infatti, nonostante la paziente sia stata sottoposta a un intervento di chirurgia plastica (non essendo possibile una terapia ricostruttiva; perizia giudiziaria del dott. _____ S _____, pag. 2), questo non avrebbe potuto cancellare completamente i segni di un'operazione così importante come una parotidectomia con resezione del nervo facciale. Tuttavia, il documento fotografico E non conforta la tesi degli appellanti, poiché non prova la presenza del gonfiore nel novembre 1991. Nessuno dei colleghi della defunta sentito come testimone ha saputo situare nel tempo la fotografia, salvo dedurre dagli abiti che si trattasse di una festa del personale dell'istituto di credito. Nessuno di loro ha riferito di aver notato il rigonfiamento alla mandibola, allorché gli attori pretendono che il gonfiore si sarebbe progressivamente accentuato dal settembre 1990. Neppure è possibile seguire gli appellanti quando sostengono che " senza dubbio alcuno si evince (dalla foto) un gonfiore alla mandibola sinistra "; il perito giudiziario stesso, oncologo di formazione, è rimasto prudente nell'affermare la presenza della tumefazione. La formulazione della frase del dott. _____ S _____ è chiara e la cautela espressa non si riferisce alla causa del gonfiore ma all'esistenza dello stesso. Oltre l'uso del condizionale, è importante rilevare che il perito parla di " impressione della presenza di una tumefazione " (perizia giudiziaria 21 luglio 2009, pag. 2). Qualora fosse stato certo dell'esistenza della tumefazione si sarebbe

indubbiamente espresso in modo diverso, senza utilizzare termini che evocano una sensazione e non una certezza. Ne consegue che gli attori non sono riusciti a provare quando è stata scattata la fotografia doc. E, né che questa fornisca la prova certa della presenza della tumefazione. L'apprezzamento delle prove operato dal Pretore resiste dunque alla critica.

E. 8

Gli attori criticano la conclusione del Pretore secondo cui non era possibile escludere il fatto che il gonfiore fosse diventato visibile solo dopo l'ultima visita con il dott. AO 1 del 5 giugno 1992. A loro avviso, dalla perizia giudiziaria del dott. _____ S_____ risulterebbe chiaramente che questi tipi di tumore hanno una crescita lenta, sicuramente non di poche settimane, per cui non è possibile che la tumefazione non fosse visibile il 5 giugno 1992, solo un mese prima che il dott. _____ B_____ visitasse la paziente e decidesse di sottoporla a biopsia, riscontrando poi la malattia tumorale. Neanche su questo punto la tesi degli appellanti può essere condivisa. La perizia giudiziaria ha potuto dare ben pochi riscontri oggettivi sul caso concreto, come evidenziato dal perito giudiziario, secondo cui il referto presentava "limiti dettati dalla mancanza di un'adeguata documentazione medica al momento in cui i fatti si erano sviluppati" (perizia, pag. 4). Dopo aver affermato che i tumori maligni delle ghiandole salivari mostrano un ampio spettro di comportamenti biologici e che circa il 40% si presenta come masse indolenti che crescono lentamente, il perito giudiziario alle domande 4 e 5 del complemento peritale, specificatamente intese a ottenere informazioni sulla velocità di crescita in generale per questi tipi di tumore e nel caso specifico della signora _____ R_____, ha spiegato che non era possibile rispondere alla domanda per mancanza di dati relativi alla situazione specifica della paziente. Egli ha poi continuato asserendo che "in modo del tutto speculativo, si può ipotizzare che (...) possano essere intercorsi anche parecchi mesi" e ancora nella domanda 5 che "dallo sviluppo del tumore alla manifestazione clinica riprodotta nella foto è da ritenere che vi sia un intervallo quantificabile in termini di mesi fino a superare l'anno, a dipendenza della cinetica di crescita che è peculiare di ogni singolo caso". Il perito giudiziario non ha escluso la possibilità di uno sviluppo più veloce del noto tumore. A ogni modo la perizia giudiziaria nulla consente di provare sul momento in cui la tumefazione era divenuta percettibile. Né è dato sapere quali sintomi aveva riscontrato il dott. _____ B_____, che aveva disposto una biopsia. A detta del perito giudiziario, infatti, queste forme tumorali possono non comportare subito un rigonfiamento ma essere desumibili da sintomi locali, quali dolori di carattere e intensità variabili o complicazioni neurologiche (perizia giudiziaria 21 luglio 2009, pag. 3). Per di più il dott. _____ B_____ non è un medico generalista come il dott. AO 1, ma un otorinolaringoiatra, dunque un medico specialista del trattamento medico e chirurgico delle patologie dell'orecchio, del naso, della gola e delle altre strutture correlate della testa e del collo. Non si può escludere che egli abbia chiesto esami supplementari non sulla base del gonfiore, ma dopo aver riscontrato altri sintomi. Il fascicolo processuale, a ogni modo, nulla contiene al riguardo di quanto riscontrato dal medico specialista che è subentrato al convenuto nella cura della paziente. Affinché possa essere ritenuta una verosimiglianza preponderante, non è necessario escludere ogni possibilità che i fatti si siano svolti diversamente, ma tale possibilità non deve rivestire un'importanza significativa, né deve entrare ragionevolmente in considerazione (DTF 130 III 321, consid. 3.2); la verosimiglianza deve risultare dunque preponderante mentre una semplice verosimiglianza ("simple vraisemblance", "die Glaubhaftmachung") non è sufficiente (DTF 130 III 321, consid. 3.3). Nel caso concreto la

preponderanza dei fatti allegati dagli appellanti non può essere giudicata sufficiente. Non si può ragionevolmente escludere che il dott. _____ B _____ abbia ordinato esami più approfonditi fondandosi sull'esistenza di altri sintomi che non la tumefazione e nemmeno si può trascurare l'ipotesi, mai smentita dal perito giudiziario, che il gonfiore si sia accentuato velocemente. Tali eventualità alternative non possono essere ignorate e se si aggiunge la circostanza che altre risultanze istruttorie non hanno permesso nemmeno di rendere verosimile la data alla quale la tumefazione sarebbe diventata percettibile, si deve concludere che le critiche mosse alla decisione pretorile non sono fondate.

E. 9

Gli attori rilevano che il Pretore non si è espresso sui motivi per i quali la loro madre si era rivolta a un medico specialista e sostengono “facendo riferimento alla comune esperienza di vita” che tale decisione andava valutata in un apprezzamento delle prove più ampio, come un evidente sintomo di sfiducia verso il proprio medico curante, ciò che dimostrerebbe a loro parere l'esistenza di sintomi tumorali percettibili, che il convenuto ha “manifestamente e colpevolmente ignorato”. Ora, il primo giudice non si è espresso sulla suddetta circostanza poiché, a fronte dell'analisi dell'istruttoria agli atti, questa risultava irrilevante. Il fatto che _____ R _____ si era rivolta a un otorinolaringoiatra non permette, infatti, di dimostrare che ciò fosse dovuto a un moto di sfiducia nei confronti del dott. AO 1 e neppure che il medico curante sia venuto meno al suo obbligo di diligenza. Se ne deve concludere dunque che, soprattutto in relazione alle altre risultanze istruttorie, la decisione di rivolgersi ad uno specialista non prova in nessun modo una qualsiasi violazione contrattuale del medico curante.

E. 10

Gli appellanti ritengono infine che il convenuto abbia già pienamente riconosciuto la propria responsabilità ritirando l'opposizione ai precetti esecutivi e permettendo dunque che la procedura di realizzazione sfociasse in due attestati di carenza beni (doc. C e D). Essi affermano che secondo l'art. 149 cpv. 2 LEF, l'attestato di carenza beni vale quale riconoscimento di debito, ciò che comporta a loro avviso un'inversione dell'onere di prova. Va innanzitutto osservato che gli attestati di carenza beni di cui gli attori sono a beneficio non sono stati emessi sulla base dell'art. 149 LEF, ma bensì giusta l'art. 265 LEF, poiché il dottor AO 1 era soggetto a una procedura di fallimento e non di pignoramento. Nel caso concreto, invero, la situazione è la stessa giacché, come riportato sugli attestati, il fallito ha riconosciuto il debito e dunque tale documento vale come riconoscimento di debito ai sensi dell'art. 82 LEF (Nicolas Jeandin in: Commentaire romand LP, Basilea 2005, n. 14 e 15 ad art. 265; DTF 116 III 66, consid. 4b). Ciò non significa però quanto sostenuto dagli attori. Per costante giurisprudenza infatti l'attestato di carenza beni non è nient'altro che una dichiarazione ufficiale certificante che la procedura d'esecuzione forzata non ha permesso di condurre al pagamento, totale o anche solo parziale, del credito. Esso non attesta l'esistenza della pretesa e il creditore resta tenuto alla prova di ciò che pretende; se così non fosse significherebbe ammettere che l'attestato di carenza beni produce gli effetti di una presunzione in favore dell'esistenza del debito e comporterebbe un'inversione dell'onere della prova; non è ciò che il legislatore ha previsto (Ueli Huber , Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basilea 1998; DTF 69 III 89, consid. 1a; sentenza del Tribunale federale 5C.11/2001 del 30 maggio 2001, consid. 2b). Tale documento non costituisce un riconoscimento di debito nel senso tecnico del termine, poiché il debitore escusso potrebbe, a questo stadio, non essersi mai pronunciato sulla causa

giuridica del debito. Se è vero che l'art. 149 cpv. 2 e l'art. 265 cpv. 1 LEF lo qualificano come tale, vi è però una restrizione espressa nelle disposizioni in questione: entrambe le norme prevedono infatti che l'attestato di carenza beni valga quale riconoscimento di debito ai sensi dell'art. 82 LEF e di conseguenza solo come titolo per il rigetto provvisorio dell'opposizione (DTF 116 III 66, consid. 4a; 102 Ia 363, consid. 2a). Neppure giova agli appellanti prevalersi del fatto che il convenuto ha dapprima interposto opposizione ai precetti esecutivi e che in seguito l'ha poi ritirata. Infatti, il Tribunale Federale ha già avuto modo di stabilire che il giudice non dev'essere chiamato a operare distinzioni tra chi non ha sollevato opposizione a un precetto esecutivo e chi ha ritirato l'opposizione in un secondo tempo (sentenze del Tribunale federale 7B.256/2003 del 25 febbraio 2004 e 7B.43/2004 del 21 aprile 2004; II CCA 5 maggio 1999 inc. n. 12.1999.50), fattispecie questa che del resto è assimilata a una mancata opposizione (Ruedin in: Commentaire Romand LP, Basilea 2005, N. 20 ad art. 74 LEF). Ne deriva che spettava agli appellanti provare il fondamento della loro pretesa nei confronti del convenuto. Anche su questo punto il loro appello si rivela infondato.

E. 11

A titolo abbondanziale si può rilevare che le pretese degli attori non avrebbero potuto essere accolte nemmeno se si potesse ritenere provata la violazione contrattuale che essi imputano al convenuto. Gli attori hanno infatti chiesto al convenuto il solo risarcimento del torto morale subito per la malattia e la morte della madre, in fr. 60'000.- ciascuno. 11.1 L'art. 47 CO fa dipendere la possibilità di riconoscere in caso di morte di una persona un'equa indennità pecuniaria a titolo di riparazione ai superstiti dalla sussistenza di particolari circostanze. In caso di morte, al congiunto non è di conseguenza sempre riconosciuto un risarcimento, ancora essendo necessaria l'esistenza di particolari circostanze che lo giustificano (Brehm , Berner Kommentar, n. 31 ad art. 47 CO) . In materia di lesione della personalità (art. 49 CO), il Tribunale federale ha stabilito che per suffragare una pretesa a titolo di torto morale la parte lesa deve provare le circostanze soggettive dalle quali si può dedurre, dalla grave lesione oggettiva subita, la sua sofferenza morale; non è sufficiente invece che in base alla comune esperienza una violazione della personalità possa comportare una certa sofferenza (DTF 120 II 98 consid. 2b; Bucher , Personnes physiques et protection de la personnalité, Basilea 1995, n. 603). La prova di una sofferenza morale è invero difficilmente dimostrabile (SJ 1995 352), ma ciò non dispensa il richiedente dall'addurre e circostanziare tale sentimento (DTF 120 II 98 consid. 2b). 11.2 Nella petizione e negli altri allegati di causa gli attori si sono limitati a indicare che "i figli, quali parenti stretti, hanno diritto al torto morale. Inoltre va sottolineato che allorquando la madre è deceduta, essi avevano 21 anni il figlio e 24 anni la figlia. Quindi, un'età durante la quale la presenza della madre è ancora importante. I figli hanno inoltre vissuto direttamente la tragedia della loro madre, che si è trascinata sull'arco di più di 3 anni, prima con la grave lesione fisica subita con l'intervento ed in seguito fino alla sua morte. Quale doc. F) si produce una busta con 9 fotografie dalle quali si evince quale è stato l'autentico calvario a cui la signora _____ R_____ è stata condannata dall'imperizia del convenuto e, di riflesso, il dolore psicologico patito dai qui attori costretti ad assistere, impotenti, alle sofferenze della loro congiunta." (petizione pag. 9 e 10, conclusioni pag. 14 e 15). Null'altro. L'istruttoria è del tutto silente sulle ripercussioni che la lunga e penosa malattia della madre ha avuto per gli attori e sull'esistenza di una loro sofferenza morale. L'unico elemento di prova addotto dagli attori consiste nel plico doc. F consistente di nove fotografie, raffiguranti la loro madre dopo gli interventi chirurgici. A giusto titolo essi

parlano di “ autentico calvario ” sopportato dalla malata, ma non si avvedono che per ottenere il risarcimento del torto morale subito da loro personalmente essi dovevano illustrare e provare che il proprio dolore e la propria sofferenza morale erano di una gravità particolare e avevano un carattere eccezionale. Secondo la comune esperienza un figlio che assiste al dolore e all’agonia di un genitore affetto da tumore e più volte operato al volto ne risente personalmente e prova sofferenza. Come visto, tuttavia, ciò non è sufficiente per il risarcimento del torto morale, per il quale occorre addurre e dimostrare una sofferenza di gravità particolare e di carattere eccezionale (Werro , Commentaire Romand CO-I, n. 2 ad art. 47 CO, n. 9 ad art. 49 CO). 11.3 Se ne deve dunque concludere che gli attori non hanno addotto né allegato, né tantomeno provato, gli elementi in base ai quali determinare se erano date le premesse per il risarcimento del torto morale e per stabilirne l’ammontare.

E. 12

Per i motivi dianzi esposti l’appello deve essere respinto e la decisione impugnata confermata. Gli oneri processuali seguono la soccombenza (art. 148 CPC-TI). Gli appellanti verseranno all’appellato un’equa indennità a titolo di ripetibili di seconda istanza (art. 150 CPC-TI), calcolata su un valore litigioso di fr. 120'000.- (fr. 60'000.- + fr. 60'000.-).

E. 13

In questa sede gli appellanti hanno presentato istanza di concessione dell’assistenza giudiziaria. La presidente della Camera ha chiesto loro di documentare la situazione di indigenza. AP 2 ha comunicato l’11 agosto 2010 di ritirare la domanda, mentre AP 1 ha prodotto tutta una serie di documenti dai quali risulta la sua situazione finanziaria. È indubbio che egli si trova in situazione di indigenza, come del resto già ammesso dal Pretore, poiché nei suoi confronti sono stati emessi attestati di carenza di beni per l’importo complessivo di fr. 81'263.60 e sono in corso esecuzioni per l’importo complessivo di fr. 104'779.05 (certificato municipale per l’ammissione all’assistenza giudiziaria) ed egli si trova al beneficio di prestazioni dell’assicurazione per l’invalidità, con oneri mensili di mantenimento nei confronti dei due figli minorenni e dell’ex moglie. L’indigenza del richiedente non è tuttavia l’unico criterio da esaminare per la concessione dell’assistenza giudiziaria, poiché l’art. 14 della Legge sul patrocinio d’ufficio e sull’assistenza giudiziaria (testo in vigore fino al 31 dicembre 2010) esige che la procedura per la persona richiedente presentasse probabilità di esito favorevole (lett. a). Si tratta quindi di determinare se l’appello 23 giugno 2010 aveva probabilità di esito favorevole, valutazione che deve porsi al momento in cui era stato presentato il rimedio di diritto. A fronte della motivata sentenza del Pretore, dell’istruttoria eseguita e delle motivazioni addotte nell’appello, essenzialmente fondate su critiche soggettive all’apprezzamento delle prove eseguito in prima sede, si deve ritenere che l’appello non presentava fin dall’inizio probabilità di esito favorevole, a un esame oggettivo e passionato del caso. La domanda di assistenza giudiziaria di AP 1 deve dunque essere respinta, mentre si prende atto del ritiro di quella di AP 2, che va stralciata dai ruoli. Per questi motivi, richiamata la LTG, la Lag e il Regolamento sulle ripetibili, pronuncia: 1. L’appello 23 giugno 2010 di AP 2 e AP 1 è respinto. 2. La domanda di assistenza giudiziaria presentata da AP 1 è respinta. 3. La domanda di assistenza giudiziaria presentata da AP 2 è stralciata dai ruoli per ritiro. 4. Le spese della procedura di appello consistenti in a) tassa di giustizia fr. 900.- b) spese fr. 100.- totale fr. 1'000.- sono poste in solido a carico degli appellanti, con l’obbligo di rifondere alla parte appellata, sempre con vincolo di solidarietà, la somma di fr. 2'000.- complessivi per ripetibili di appello. 5. Intimazione: -

_____ Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di
Locarno-Campagna Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La
presidente

Il segretario Rimedi giuridici Nelle cause a
carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia
civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14 , entro 30 giorni dalla notificazione del testo
integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia
civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale
(art. 113, 117 LTF). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso
ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con
una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.