

TI_GERICHTE 12.2017.13 vom 20. Juni 2017

TI Tribunale d'appello, 2017-06-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2017.13

FR: TI_GERICHTE 12.2017.13 du 20 juin 2017

IT: TI_GERICHTE 12.2017.13 del 20 giugno 2017

Regeste

Assunzione di prova a titolo cautelare

Erwägungen

E. 1

Il 21 luglio 2015 (cfr. doc. A e 4) i dr. med. R_____ e L_____, attivi presso la società AO 1, hanno sottoposto AP 1 ad una lensectomia refrattiva bilaterale, un intervento chirurgico ad entrambi gli occhi avente per oggetto l'estrazione del cristallino e la sua sostituzione con una lente multifocale. Il 10 marzo 2016 (cfr. doc. 4) il dr. med. R_____ ha quindi effettuato, all'occhio sinistro del paziente, un secondo intervento di chirurgia refrattiva con tecnica Femtolasik Xtra.

E. 2

Con istanza 21 ottobre 2016, promossa in procedura sommaria, poi completata il 15 dicembre 2016 con una replica spontanea, AP 1, lamentando un sensibile peggioramento della vista e l'insorgenza di vari disturbi fisici (segnatamente annebbiamento visivo, secchezza oculare, insofferenza alla luce e mal di testa), che a suo dire imponevano l'effettuazione al più presto di ulteriori interventi di pulizia degli occhi e di correzione della capacità visiva, ha convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3, per ottenere l'assunzione in via cautelare ex art. 158 cpv. 1 lett. b CPC di una perizia giudiziaria, finalizzata in particolare, previa designazione del perito giudiziario, (i) ad accertare lo stato, il quadro clinico ed i disturbi degli organi del suo apparato visivo e le relative cause nonché (ii) ad indicare gli interventi chirurgici e/o terapeutici adeguati per migliorare lo stato ed il quadro clinico degli organi del suo apparato visivo. La convenuta si è integralmente opposta all'istanza.

E. 3

Con la decisione 12 gennaio 2017 ora oggetto di impugnativa il Pretore ha respinto l'istanza (dispositivo n. 1), caricando la tassa di giustizia e le spese di fr. 300.- all'istante, tenuto altresì a rifondere alla controparte fr. 700.- per ripetibili (dispositivo n. 2). Il giudice di prime cure ha innanzitutto escluso che il mezzo di prova richiesto potesse essere "esposto a pericolo" ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b prima frase CPC, ossia non potesse più essere assunto nel successivo processo di merito oppure ad uno stadio successivo del procedimento di merito, rilevando come l'istante non avesse provato che gli ulteriori interventi di correzione della capacità visiva e di pulizia degli occhi da lui prospettati fossero immediatamente necessari, come a seguito dell'intervento a cui questi si era sottoposto il 14 novembre 2016 presso l'Istitut _____, e volto al trattamento delle cellule epiteliali (doc. L), la situazione fattuale da dimostrare fosse stata modificata e come in ogni caso le circostanze da provare fossero in parte già state attestate tramite i referti

medici versati agli atti (doc. C, E e M). Egli ha quindi rilevato, con riferimento al concetto di “interesse degno di protezione” ai sensi dell’art. 158 cpv. 1 lett. b seconda frase CPC, che l’istante non aveva illustrato l’utilità di un’assunzione già a questo stadio della lite della prova richiesta né aveva reso verosimile l’incombenza di un litigio di merito dall’esito particolarmente incerto e la cui incertezza poteva essere chiarita grazie alla prova di cui era stata chiesta l’assunzione.

E. 4

Con l’appello 25 gennaio 2017 che qui ci occupa, avverso dalla convenuta con risposta 20 febbraio 2017, l’istante ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere l’istanza, protestando spese e ripetibili di secondo grado. Egli ha in sostanza contestato l’inutilità della perizia richiesta, evidenziando come il piccolo intervento da lui effettuato il 14 novembre 2016 non avesse modificato la situazione da dimostrare e come l’esistenza di altri referti medici (doc. C, E e M) non ostasse all’assunzione della prova. Ed ha rilevato che il suo “interesse degno di protezione” consisteva nell’ovvia, documentata e soprattutto equa e naturale esigenza di non costringere chi era verosimilmente già vittima di un errore medico a sopportarne le conseguenze fisiche, personali e finanziarie per la durata della causa di merito in responsabilità, allorquando era data la possibilità ex art. 158 CPC di accertare con forza probante lo stato di salute post-operatorio e consentire un miglioramento senza pregiudicare l’accertamento delle responsabilità.

E. 5

Per giurisprudenza invalsa (DTF 138 III 46 consid. 1.1, 138 III 76 consid. 1.2), la decisione che respinge la domanda di assunzione di prove a titolo cautelare nell’ambito di una procedura indipendente pone fine a questa procedura ed è quindi una decisione finale ai sensi dell’art. 308 cpv. 1 lett. a CPC, che è impugnabile mediante appello alla prima o seconda Camera civile (art. 48 lett. a cifra 1 e lett. b cifra 1 LOG), oppure, se non è raggiunto il valore litigioso di fr. 10'000.-, una decisione finale giusta l’art. 319 lett. a CPC, che è invece impugnabile mediante reclamo alla Camera civile dei reclami (art. 48 lett. d cifra 1 LOG; cfr. sul tema II CCA 14 ottobre 2014 inc. n. 12.2014.69, 12 febbraio 2015 inc. n. 12.20014.129). In concreto né le parti né il Pretore hanno indicato il valore della lite, che è poi quello della futura causa di merito. Non avendo le parti contestato l’erroneità dell’indicazione dei rimedi giuridici posta in calce della decisione impugnata (cfr. Tappy, CPC commenté, n. 50 ad art. 91 CPC; II CCA 20 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.221), che menzionava la facoltà di inoltrare appello, ed avendo l’istante per l’appunto inoltrato una tale impugnativa, che presuppone un valore litigioso di almeno fr. 10'000.- (art. 308 cpv. 2 CPC), senza che la controparte abbia avuto da ridire, ben si può concludere per la ricevibilità, da questo punto di vista, del gravame, che deve così essere trattato da questa Camera, competente per materia. L’appello 26 gennaio 2017 è stato inoltrato nel termine di dieci giorni dalla notificazione della decisione impugnata (art. 314 cpv. 1 CPC) ed è tempestivo, così come la risposta 20 febbraio 2017 (art. 314 cpv. 1 CPC).

E. 6

Giusta l’art. 158 cpv. 1 CPC il giudice può procedere all’assunzione di prove a titolo cautelare, tra gli altri casi, qualora la parte istante renda verosimile (lett. b) che i mezzi di prova siano esposti a pericolo (prima frase) oppure che sussista un interesse degno di protezione (seconda frase). Un mezzo di prova è reputato essere esposto a pericolo ai sensi dell’art. 158 cpv. 1 lett. b prima frase CPC quando in seguito, al momento in cui dovrebbe

essere assunto, presumibilmente non potrebbe più esserlo o non potrebbe più esserlo nel medesimo stato (Guyan , Basler Kommentar, 2^a ed., n. 3 ad art. 158 CPC). L'assunzione di prove a titolo cautelare può pure essere chiesta, ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b seconda frase CPC, per valutare le probabilità di vincere la causa o di riuscire a fornire determinate prove, allo scopo di evitare azioni o impugnazioni prive di possibilità di successo in modo da limitare rispettivamente semplificare futuri processi (cfr. DTF 140 III 16 consid. 2.2.1; Messaggio concernente il Codice di diritto processuale civile svizzero del 28 giugno 2006, in: FF 2006 p. 6687; Trezzini , Commentario CPC, p. 759 seg.; Fellmann , in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Kommentar, 2^a ed., n. 17 ad art. 158; Meier , Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, in: SJZ 2014 p. 311 segg.). L'interesse degno di protezione dev'essere rivolto all'assunzione anticipata di una o più prove (Schweizer , Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung, in: ZZZ 2010 p. 8 seg.). Al sussistere di un tale interesse non possono essere poste esigenze troppo elevate (Fellmann , op. cit., n. 19 ad art. 158; Livschitz / Schmid , Sie wollen klagen - Ihr Gegner hat die Beweise, in: AJP 2011, p. 742 seg.; Schweizer , op. cit., p. 10), ritenuto che lo stesso dev'essere negato solo se fa manifestamente difetto, ciò che può essere il caso se il mezzo di prova non è chiaramente appropriato (TF 23 gennaio 2013 5A_832/2012 consid. 7.1.1, 22 marzo 2017 4A_419/2016 consid. 1.6). L'istante deve in definitiva rendere verosimile , fornendo debita allegazione e specificazione, che un litigio di merito è incumbente, che i fatti sui quali ha richiesto i mezzi di prova siano utili e pertinenti, ossia che la misura d'istruzione reclamata sia suscettibile di migliorare la sua situazione processuale in un eventuale futuro processo, e che la fattispecie sulla quale intende costruire la procedura giudiziale di merito è tale da renderne particolarmente incerto l'esito, mentre tale incertezza può essere chiarita grazie all'assunzione anticipata delle prove ai sensi della norma (Trezzini , op. cit., p. 760 seg.; II CCA 28 ottobre 2011 inc. n. 12.2011.115, 24 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.177 in: RtiD II-2012 40c p. 871, 19 novembre 2012 inc. n. 12.2012.138, 16 aprile 2013 inc. n. 12.2012.125). In altre parole deve rendere verosimile che esiste una fattispecie in base alla quale il diritto materiale gli attribuisca una pretesa nei confronti della controparte e che il mezzo di prova di cui è chiesta l'assunzione possa servire a dimostrarla (Livschitz / Schmid , op. cit., p. 742 seg.; Schweizer , op. cit., p. 9; DTF 140 III 12 consid. 3.3.3 e 3.3.4, 140 III 16 consid. 2.2.2; TF 10 dicembre 2013 4A_336/2013 consid. 3.2.2, 10 aprile 2014 4A_589/2013 consid. 2.3.2, 23 giugno 2014 4A_143/2014 consid. 3.1; II CCA 24 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.177 in: RtiD II-2012 40c p. 871, 12 febbraio 2015 inc. n. 12.2014.129,

E. 7

Nel caso di specie è incontestabile che l'istante, pur non avendo reso sufficientemente verosimile che la perizia da lui chiesta (volta ad accertare lo stato, il quadro clinico ed i disturbi degli organi del suo apparato visivo e le relative cause nonché ad indicare gli interventi chirurgici e/o terapeutici adeguati per migliorare lo stato ed il quadro clinico degli organi del suo apparato visivo) fosse esposta ad un pericolo ai sensi dell'art. 158 cpv. 1 lett. b prima frase CPC, abbia però reso verosimile, contrariamente a quanto ritenuto dal Pretore, la sussistenza di un interesse degno di protezione all'assunzione della stessa giusta l'art. 158 cpv. 1 lett. b seconda frase CPC.

E. 7.1

Sulla prima questione si osserva che l'istante ha invero reso verosimile che a seguito degli interventi effettuati il 21 luglio 2015 e il 10 marzo 2016 si era verificato un "problema

refrattivo” (cfr. doc. C e E), per la soluzione del quale altri medici da lui interpellati, e meglio la dr. med. J _____, rispettivamente la dr. med. M _____, gli avevano proposto (in aggiunta all’operazione volta al trattamento della crescita, definita “pericolosa”, delle cellule epiteliali nella parte nasale, poi effettuata il 14 novembre 2016) la correzione con occhiali per la sola distanza intermedia (doc. C e E) oppure l’effettuazione di altre operazioni, segnatamente la correzione della sovracorrezione attuale dell’occhio sinistro (doc. C), l’espianto e il successivo cambiamento d’impianto nell’occhio sinistro con l’impianto di un “IOL Trifocal Toric : Atilisa Trifocal Toric 939 MP” (doc. E) oppure ancora, in alternativa, l’espianto della lentina multifocale e la sua sostituzione con una lentina monofocale (doc. C e E). Sennonché dai referti medici versati agli atti (doc. C e E) si evince che l’effettuazione dei nuovi interventi chirurgici prospettatigli, che sarebbero ovviamente tali da modificare la situazione attuale, non era né urgente né indispensabile e che anzi sarebbe stato possibile prescindere dagli stessi, optando semplicemente per una correzione con occhiali (che tra l’altro gli era stata proposta quale prima opzione, cfr. doc. C e E), che invece non modificherebbe la situazione. L’istante non ha per altro spiegato per quali motivi quest’ultima opzione non potesse per lui entrare in linea di conto. In tali circostanze si può pretendere dall’istante di rinunciare, per il momento e meglio fino all’inoltro di un’eventuale causa contro la convenuta, all’effettuazione dei nuovi interventi chirurgici prospettatigli e di “accontentarsi” dell’altra soluzione postagli, meno invasiva, di correzione con occhiali. Il fatto che l’invasione epiteliale abbia in seguito recidivato (cfr. doc. M) non modifica quanto si è appena detto, visto che i medici interpellati si sono allora limitati a prescrivere, al proposito, un trattamento medicamentoso (doc. M), senza l’indicazione di nuovi interventi.

E. 7.2

Sul secondo aspetto si osserva invece che l’istante ha reso verosimile l’esistenza di una fattispecie in base alla quale il diritto materiale gli attribuiva una pretesa nei confronti della controparte e che il mezzo di prova di cui era chiesta l’assunzione poteva servire a dimostrarla, tanto più che al sussistere dell’interesse degno di protezione non possono essere poste esigenze troppo elevate. Egli ha in effetti reso verosimile che il “problema refrattivo” che lo affliggeva si era presentato dopo gli interventi effettuati dalla convenuta e che, per correggere la situazione, gli altri medici da lui interpellati avevano tra le altre cose proposto l’espianto della lentina multifocale e la sua sostituzione con una lentina monofocale (doc. C e E), lasciando con ciò intendere, almeno implicitamente, che l’effettuazione a suo tempo di una lensectomia refrattiva bilaterale, cioè di un intervento chirurgico avente per oggetto l’estrazione del cristallino e la sua sostituzione con una lente multifocale, potesse non essere stata indicata o potesse non essere perfettamente riuscita; inoltre uno di quei medici, avendo espressamente sconsigliato la correzione dell’ipermetropia a destra con laser eccimeri “per eventuali rischi legati a questo intervento (vedi occhio sinistro!)” (cfr. doc. C), pareva pure aver messo in dubbio la perfetta riuscita del secondo intervento di chirurgia refrattiva con tecnica Femtolasik Xtra all’occhio sinistro. Le opinioni delle parti erano oltretutto discordanti anche sullo stato attuale degli organi visivi dell’istante, sui disturbi da lui lamentati e sulle cause degli stessi nonché sugli eventuali interventi atti a migliorare la situazione (cfr. osservazioni p. 3 segg. e duplica spontanea p. 3 segg.). Stando così le cose, la prova peritale ora richiesta (con le relative domande all’indirizzo dell’esperto) risulta suscettibile di chiarire la fattispecie e con ciò di migliorare la situazione processuale dell’istante nell’eventuale futura causa di risarcimento dei danni contro la convenuta (si vedano, a comprova dell’esistenza di un contenzioso

incombente tra le parti, la richiesta dell'istante, dopo aver anticipato che la sua vista era "molto peggiorata", di farsi consegnare le cartelle cliniche sub doc. 5, la consegna della procura del suo avvocato alla convenuta sub doc. 6 e le successive richieste di svincolo dal segreto professionale medico a favore del suo avvocato e dell'assicuratore RC della convenuta prodotte da quest'ultima sub doc. 7 e 8), ossia di valutare in modo affidabile le probabilità di successo nell'eventuale futuro processo (DTF 140 III 16 consid. 2.5, 140 III 24 consid. 3.3.3).

E. 8

Ciò detto, il Pretore non può essere seguito nemmeno laddove aveva ritenuto di dover comunque rifiutare l'assunzione dell'auspicata perizia, di fatto considerata non appropriata, e ciò per il fatto che l'intervento a cui l'istante si era sottoposto il 14 novembre 2016 e volto al trattamento delle cellule epiteliali (doc. L) aveva già modificato la situazione fattuale e in quanto le circostanze da provare erano in parte già state attestate tramite alcuni referti medici (doc. C, E e M). Sulla prima questione si osserva in effetti che l'operazione volta al trattamento delle cellule epiteliali nella parte nasale costituiva in realtà un semplice "ritocco" (cfr. doc. C) rispettivamente un intervento di "pulizia" (cfr. doc. E) e non era con ciò tale da modificare in modo significativo la situazione precedente. Sulla seconda si osserva invece che l'esistenza di altri referti medici agli atti, che tuttavia non hanno la valenza di una perizia giudiziaria ma solo di una perizia di parte, non è tale da impedire l'assunzione in via cautelare di una prova peritale (DTF 140 III 24 consid. 3.3.3; TF 10 aprile 2014 4A_589/2013 consid. 2.5, 17 ottobre 2016 4A_443/2016 consid. 4.1.2).

E. 9

L'istanza non può però ancora essere integralmente ammessa. Dovendosi in effetti dare alle parti quanto meno la possibilità di proporre uno o più nomi del perito, rispettivamente di far valere eventuali motivi di ricusa nei confronti dello stesso (DTF 140 III 16 consid. 2.2.4, 140 III 24 consid. 3.3.4; TF 21 marzo 2013 4A_322/2012 consid. 3), la richiesta di provvedere sin d'ora alla designazione del perito non può essere decisa in questa sede e l'incarto deve pertanto essere ritornato al Pretore affinché provveda alle sue incombenze e continui nella procedura (II CCA 12 febbraio 2015 inc. n. 12.2014.129).

E. 10

Alla luce di quanto precede, l'appello deve pertanto essere parzialmente accolto nel senso che, in riforma del primo giudizio, è ammessa l'assunzione in via cautelare della perizia giudiziaria, con le domande proposte dall'istante, ritenuto che l'incarto è per il resto ritornato al Pretore affinché provveda alla nomina del perito e alla successiva assunzione della prova peritale. Le spese processuali e le ripetibili della procedura d'appello, calcolate sulla base di un valore litigioso superiore a fr. 10'000.-, seguono la pressoché integrale soccombenza dell'appellata (art. 106 cpv. 1 e 2 CPC). Per questi motivi, richiamati l'art. 106 CPC e la TG decide: I. L'appello 26 gennaio 2017 di AP 1 è parzialmente accolto. § Di conseguenza la decisione 12 gennaio 2017 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3, è così riformata: 1. L'istanza 21 ottobre 2016 è parzialmente accolta. Di conseguenza è ordinata la prova peritale ex art. 158 CPC, ritenuto che al perito è richiesto di: (i) accertare lo stato, il quadro clinico ed i disturbi degli organi dell'apparato visivo dell'istante e le relative cause; (ii) indicare gli interventi chirurgici e/o terapeutici adeguati per migliorare lo stato ed il quadro clinico degli organi dell'apparato visivo dell'istante. 2. (invariato) §§ L'incarto è rinviato al Pretore affinché provveda alla nomina del perito e continui nella

procedura ai sensi dei considerandi. II. Le spese processuali d'appello di fr. 500.- sono a carico dell'appellata, che rifonderà all'appellante fr. 500.- per ripetibili. III. Notificazione: -
- Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 3 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente

II
vicecancelliere Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario 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), se il valore litigioso ammonta a fr. 30'000.- (art. 74 cpv. 1 LTF); per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Il ricorso è ammissibile contro le decisioni che pongono fine al procedimento (art. 90 LTF). Esso è pure ammissibile contro una decisione che concerne soltanto talune conclusioni, se queste possono essere giudicate indipendentemente dalle altre, o che pone fine al procedimento soltanto per una parte dei litisconsorti (art. 91 LTF), oppure ancora contro decisioni pregiudiziali e incidentali notificate separatamente e concernenti la competenza o domande di ricusazione (art. 92 cpv. 1 LTF). In presenza di altre decisioni pregiudiziali o incidentali, il ricorso è ammissibile solo se le stesse possono causare un pregiudizio irreparabile o se l'accoglimento del ricorso comporterebbe immediatamente una decisione finale consentendo di evitare una procedura probatoria defatigante o dispendiosa (art. 93 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.