

CORTE DI CASSAZIONE CIVILE sezione III

Sentenza n. 7237 del 30 marzo 2011

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Roma il 13 maggio 2003 accoglieva la domanda proposta da B.M. nei confronti di M.O., Provincia religiosa di X. , tendente ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito di un intervento chirurgico di gastrectomia praticatogli dal maggio nella struttura ospedaliera, in quanto, motivava il Tribunale, l'intervento era stato praticato senza il consenso informato del paziente.

Su gravame principale dei convenuti e incidentale dell'attore, che chiedeva un ulteriore ristoro risarcitorio per essere stato privato di un organo sano, la Corte di appello di Roma con sentenza del 3 giugno 2008 ribaltava la precedente decisione e rigettava l'appello incidentale, condannando il B. alle spese del grado.

Avverso siffatta decisione propone ricorso principale il B., affidandosi a tre motivi.

Resistono con controricorso gli intimati M., che propone ricorso incidentale condizionato, affidato a tre motivi e la Provincia religiosa di X. , titolare dell'omonimo Ospedale, con ricorso incidentale pur'esso condizionato, articolato in unico motivo.

La Provincia religiosa di X. e il M. hanno depositate memorie.

Motivi della decisione

I ricorsi vanti riuniti ex art. 335 c.p.c..

1. - In punto di fatto risulta incontestato che il B. era portatore da anni di grave ulcera gastrica.

Il 2 novembre 1994, prima dell'intervento operatorio del 6 dicembre 1994 fu eseguito un esame istologico il cui referto evidenziava una mucosa gastrica con infiltrazione di carcinoma mucinoso.

Il referto, successivo all'intervento del 9 dicembre 1994, evidenziava una ulcera gastrica cronica con parziale riepitizzazione e gastrite cronica della mucosa circostante;

assenza di atipie.

Sulla base di questi documenti il B. assunse di essere stato sottoposto ad un intervento chirurgico demolitorio non necessario, profilando la grave colpa del chirurgo, il M., per non avere richiesto ed effettuato esami specialistici ulteriori e con due atti di citazione, rispettivamente notificati nel maggio 1997 e nell'ottobre 1999, convenne in giudizio i soggetti in precedenza indicati per il risarcimento di tutti i danni subiti per tale intervento rivelatosi non necessario ed eseguito senza il previo consenso informato.

La controversia viene all'esame di questa Corte, dopo che i giudici del merito hanno escluso la responsabilità del chirurgo e il giudice dell'appello, contrariamente a quello di prime cure, ha escluso anche la necessità di accertare se vi fosse stata prestazione del consenso da parte del

paziente, attesa la esclusione, già ritenuta nel precedente grado, di ogni responsabilità del chirurgo.

2. - Ciò posto e passando all'esame dell'attuale impugnazione, con il primo motivo (violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 32 Cost., della L. n. 833/8, art. 33, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3), in estrema sintesi, il ricorrente lamenta che erroneamente il giudice dell'appello avrebbe escluso la necessità del consenso informato, a lui pacificamente non richiesto, e contesta il richiamo che la sentenza impugnata fa alla giurisprudenza di questa Corte e di cui a Cass. n. 7997/05 (p. 10 sentenza impugnata), richiamando, invece, altra giurisprudenza (Cass. n. 5444/06), che parrebbe in senso contrario alla prima (p. 7 ricorso).

Con il secondo motivo, che appare anche per la stesura, oltre che per la sua formulazione (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3), una ulteriore specificazione della precedente censura, il ricorrente a sostegno della propria deduzione richiama Cass. n. 21748/07, con la quale questa Corte ha ritenuto che, al di fuori dei casi di trattamento obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità, l'intervento effettuato senza il consenso informato debba considerarsi illecito anche quando eseguito nell'interesse del paziente.

Per la loro interconnessione i due motivi vanno esaminati congiuntamente.

3. - Va evidenziato, al riguardo, che è certamente da condividere l'assunto del ricorrente, secondo il quale il suo consenso a sottoporsi a trasfusioni, anestesia e ad esami clinici specifici non potesse estendersi alla resectomia e che egli sulla base della diagnosi di ricovero (peraltro, rivelatasi errata) di carcinoma gastrico avrebbe potuto sapere di dover essere sottoposto ad un intervento di gastrectomia (p. 9 ricorso).

Ma, va evidenziato che queste deduzioni non sono a fondamento della decisione impugnata, la quale, invece, si sofferma sul rilievo che, in virtù di quanto portato all'esame del chirurgo, la scelta di intervenire drasticamente sino all'asportazione dell'organo, anche in base ai protocolli di intervento, sempre in riferimento ai referti acquisiti, fosse una scelta obbligata per salvare la vita del paziente.

Malgrado ciò, ed andando a considerare le doglianze, si deve ritenere, in estrema sintesi, che il ricorrente lamenta che non gli è stato riconosciuto alcuna lesione del suo diritto al c.d. consenso informato ed, in questo senso, le doglianze meritano accoglimento.

Al riguardo, va affermato che questa Corte, con approfondita motivazione, di cui a Cass. SU. n. 26072/08 e Cass. n. 2847/10, ha già avuto modo di argomentare quanto segue.

Le Sezioni Unite, prendendo in considerazione i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario, hanno affermato che con simili contratti gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di modo che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona, cagionandogli pregiudizio non patrimoniale (n. 4.3., in motivazione).

Posta questa premessa contenutistica le Sezioni Unite hanno ritenuto che costituisce violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione (artt. 2 e 3 Cost. e art. 32 Cost., comma 2) l'inadempimento da parte del sanitario dell'obbligo del consenso informato, con richiamo a Cass. n. 544/06).

La sentenza n. 2847/10, sulla scia di questo orientamento e rafforzandolo, pone in rilievo che il diritto al consenso informato è un vero e proprio diritto della persona e trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., secondo la sua qualificazione indicata dal giudice delle leggi con sent. n. 438/08, (nella parte considerato in diritto di questa sentenza), in quanto tale fondamento - rileva la Corte costituzionale - pone in risalto la funzione di sintesi che ha tale consenso, ovvero sintesi dei due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

Ed è proprio l'art. 32 Cost., nella parte in cui afferma che "la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", che racchiude, come icasticamente asserito da autorevole dottrina, una sorta di habeas corpus, con il quale l'autodeterminazione trova il suo fondamento e l'inviolabilità della dignità della persona si concretizza.

Di vero, il diritto al c.d. consenso informato, in tanto costituisce uno degli aspetti dell'inviolabile diritto alla libertà personale, in quanto l'homo juridicus ha acquisito la identità giuridica di homo dignus, per mutuare terminologia di autorevole giurista.

Infatti, tale innovazione identificativa è positivamente configurata in virtù della prescrittività delle norme di cui all'art. 2, 3 e 32 Cost., attualmente rafforzata dagli artt. 1 e 5 della Carta di Nizza, (giuridificata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, già ratificato dall'Italia durante parte della fase del giudizio di primo grado e durante la fase di appello), da tenere presente, in relazione al caso in esame, non strettamente collegata alla competenza tipica del diritto comunitario, come delimitato dai Trattati dell'Unione, ma come sfondo assiologico non solo di quelli, ma di tutti i diritti- doveri disciplinati e previsti negli ordinamenti degli Stati membri.

Ne consegue che l'interprete è chiamato ad un suo preciso obbligo nello svolgimento della sua attività ermeneutica, ovvero di non poter più ignorare la soglia della tutela espansiva del principio supremo contenuto nella Costituzione (della dignità umana, qualunque sia l'oggetto sottoposto al suo esame).

Infatti, nelle norme su indicate della Carta di Nizza, e precisamente sotto il titolo "Dignità", si proclamano la inviolabilità della dignità umana, il diritto alla integrità fisica e psichica con alcune specificazioni relative alle applicazioni della medicina e della biologia.

In altri termini, in virtù del diritto vivente, costituito da statuizioni costituzionali e di questa Corte, nonché dall'osmosi tra attività interpretativa e intuizioni dottrinali, gli interventi sul corpo del paziente obbligano lo Stato e le sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto la sua dignità è l'a priori dei diritti fondamentali, senza il quale essi potrebbero essere soggetti a limiti e possono svilire ogni loro incisività:

valore assiologico che informa la Costituzione interna e vieppiù la norma ordinaria.

Ciò posto in via metodologico-interpretativa, come discende dal diritto positivo, si legge nella sentenza del 2010, che questo Collegio pienamente condivide, che per ravvisare il nesso causale tra la lesione di quel diritto e la lesione dell'integrità fisica (nel caso, asportazione totale dello stomaco), pure incolpevole, atteso che il chirurgo si decise ad intervenire a fronte di una situazione refertata drammatica per la vita del paziente ed eseguì l'intervento in modo corretto, come hanno stabilito i giudici del merito, deve ritenersi che il B. si sarebbe potuto rifiutare, ove ne fosse stato informato, come era suo fondamentale diritto.

Infatti, continua la Corte, la sussistenza del nesso eziologico tra mancata acquisizione di consenso informato e il pregiudizio sofferto (nella specie, resezione gastrica) non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico (diagnosticato necessario e correttamente eseguito, come accertato) e pregiudizio della salute, ma va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del sanitario per non averne informato il paziente ed esecuzione dell'intervento.

In altri termini, la questione non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma nasce dalla violazione di quel diritto fondamentale all'autodeterminazione del paziente, da parte del sanitario, il quale è chiamato a rispondere, qualora non abbia adeguatamente o per nulla informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso (Cass. n. 2847/10, in motivazione).

La impostazione ermeneutica attenta al dato positivo, e di cui sopra, importa che i due motivi del ricorso principale meritano accoglimento, in quanto nella fattispecie non essendovi stata alcuna autodeterminazione, si è verificata la lesione del diritto al "consenso informato", che rende legittima la richiesta risarcitoria per questa lesione, salvo, ovviamente, a provarne da parte del danneggiato, anche per presunzioni, la sua fondatezza.

Al riguardo, è sufficiente leggere la motivazione della sentenza impugnata, per rendersi conto che il giudice dell'appello non si è mosso in questa direzione interpretativa nè ha fatto alcuno scrutinio in tal senso, limitandosi a considerare la correttezza dell'intervento, anche nella sua esecuzione, per dedurre che veniva meno ogni incidenza dell'avvenuta omissione della richiesta del consenso.

In altri termini, dinanzi a referti che inducono ad un intervento obbligatorio da parte del chirurgo per salvare la vita del paziente, la omissione della richiesta dell'informato consenso non viene per così dire ad essere sterilizzata nella sua natura, in tesi, di illecito, con i conseguenti effetti, ma va posta in rilievo per affrontare, secondo i comuni canoni probatori, imposti dalla domanda dell'attore, la conseguente richiesta risarcitoria in relazione alla dedotta lesione di questo diritto fondamentale.

4. - Con il terzo motivo (violazione dell'artt. 345 c.p.c., comma 1 e art. 112 c.p.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3), il ricorrente lamenta che il giudice dell'appello avrebbe erroneamente applicato e violato gli artt. 345 e 112 c.p.c., in quanto ha respinto la sua domanda relativa ad una eventuale responsabilità della struttura ospedaliera in merito all'errore nella formulazione della diagnosi di patologia tumorale (v. quesito p. 18 ricorso), ma non era nuova perchè nel contratto sociale era contemplato il c.d. consenso informato.

Anche questo motivo va accolto, in quanto come si evince dall'appello, cui la Corte ha potuto accedere, trattandosi di errar in procedendo, il ricorrente si rivolgeva all'Ospedale e ne chiedeva la condanna al risarcimento proprio per la mancata informativa, sempre sul presupposto della vigenza del contratto sociale tra egli- paziente- e la struttura sanitaria.

Infatti, con l'appello incidentale il B. evidenziava che la perdita dell'organo era comunque riconducibile ad un errore da attribuire a colpa della struttura ospedaliera, la quale avrebbe, quindi, dovuto essere condannata non più in solido, così come richiesto nell'atto di citazione, con il chirurgo, ma in via esclusiva, per fatto di altro dipendente della stessa.

Di qui, l'errore del giudice dell'appello, che ha ritenuto tale richiesta come domanda nuova (v. p. 5 sentenza impugnata).

L'accoglimento del ricorso principale rende assorbiti i ricorsi incidentali.

Ne consegue che la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte di appello di Roma in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, accoglie il ricorso principale;

assorbiti gli incidentali e, per l'effetto, cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione, che provvederà anche spese del presente giudizio di cassazione.