

Civile Sent. Sez. 3 Num. 26827 Anno 2017
Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO
Relatore: PELLECCIA ANTONELLA
Data pubblicazione: 14/11/2017

Omissis

FATTI DI CAUSA.

1. Nel 2009, A.S. convenne in giudizio l'Azienda Ospedaliera di Verona - Istituti Ospedalieri di Verona, chiedendone, in via principale, la condanna al risarcimento del danno subito conseguentemente ad un'operazione chirurgica di sostituzione protesica, nonché, in via subordinata, per l'ipotesi di mancato riconoscimento di responsabilità in capo ai sanitari dell'ospedale, al risarcimento del danno da mancanza del consenso informato.

Si costituì in giudizio l'Azienda Ospedaliera, contestando le domande dell'attrice e chiedendone il rigetto.

Il Tribunale di Verona, con la sentenza n. 2039 del 2013, rigettò la domanda proposta in via principale e accolse quella formulata in via subordinata, condannando per l'effetto l'Azienda Ospedaliera a versare all'attrice la somma di € 35.000 oltre interessi legali dalla pronuncia al saldo.

2. La decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 1619 del 13 luglio 2016.

La Corte di Appello ha ritenuto infondati i motivi di gravame con i quali la signora S. lamentava il mancato riconoscimento della responsabilità dei sanitari per errore tecnico nell'esecuzione dell'intervento di sostituzione protesica rilevando che, dalle conclusioni della perizia medico legale svolta in primo grado, nonché dalle argomentazioni scientifiche offerte a supporto delle medesime conclusioni, non confutate specificamente dalla S., emergeva che la frattura subita dalla ricorrente fosse riconducibile alle condizioni dell'osso e non ad un'errata manovra effettuata durante l'intervento.

L'onere probatorio gravante sulla struttura ospedaliera (circa la mancanza di causalità della condotta dei sanitari rispetto alla frattura femorale e alla conseguente lesione del nervo sciatico e quindi circa l'assenza di colpa dei sanitari) sarebbe stato, pertanto, adempiuto all'esito dell'accertamento peritale di primo grado.

La Corte di Venezia ha reputato poi infondato l'appello incidentale con cui l'Azienda Ospedaliera lamentava l'erroneità della condanna al risarcimento dei danni per la mancata prestazione del consenso informato da parte della S.

Al riguardo, il giudice di seconde cure ha ritenuto che la dimostrazione della corretta informazione preventiva non potesse essere desunta né dal documento in atti - prestampato, privo di data e neppure contenente il nome della paziente, né dalle dichiarazioni della Sacco riportate nella CTU (sulla "necessità dell'intervento"), in quanto generiche e prive di valenza probatoria.

Inoltre, con riferimento al rilievo dell'Azienda ospedaliera secondo cui la S. non avrebbe compiutamente allegato che, in presenza di adeguata informazione, avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento, la Corte osserva che l'oggetto del risarcimento del danno per mancanza di valido consenso non è il pregiudizio conseguente all'operazione ma quello,

richiamato dalla S. nell'atto di citazione di primo grado, conseguente alla violazione del diritto all'autodeterminazione.

Infine, la Corte ha reputato infondato anche il motivo di gravame della S. vertente sulla quantificazione del danno effettuata dal primo giudice, osservando, in particolare, che, ai fini della valutazione della congruità di tale quantificazione, non fosse pertinente il richiamo ai pregiudizi conseguiti all'operazione chirurgica, proprio perché la lesione per la violazione del principio del consenso informato incide su un bene giuridico diverso da quello della salute.

3. Avverso tale sentenza propone ricorso in Cassazione la signora A.S., sulla base di quattro motivi.

3.1. Resiste con controricorso l'Azienda Ospedaliera - Istituti Ospedalieri di Verona ora in gestione liquidatoria, la quale formula ricorso incidentale fondato su un solo motivo.

RAGIONI DELLA DECISIONE

4. Con il primo motivo, la ricorrente principale lamenta "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, n. 3 c.p.c. ed in particolare degli artt. 1218 c.c. e 2697 c.c. in punto di ripartizione degli oneri probatori in materia di responsabilità professionale medica e mancata prova dell'assenza di colpa della struttura sanitaria convenuta".

Osserva che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, in materia di responsabilità medica grava sul debitore convenuto l'onere di dimostrare, oltre all'assenza di nesso di causalità, l'esatto adempimento della prestazione dovuta, indicando positivamente quali specifici comportamenti diligenti, prudenti e periti abbia posto in essere nell'esecuzione della propria attività.

Agli atti del giudizio non vi sarebbe una simile prova, poiché la CTU si limiterebbe ad evidenziare, in termini dubitativi, di non poter indicare con certezza né con probabilità se nell'atto operatorio sia stata esercitata una forza eccessiva causando la rottura del femore. Tale rilievo, però, non consentirebbe nemmeno di escludere l'uso di forza eccessiva e quindi la colpa dei sanitari.

La Corte di Venezia, quindi, avrebbe dovuto far ricadere il dubbio circa l'assenza della colpa del medico sulla struttura sanitaria.

Inoltre, la sentenza di appello sarebbe illogica e contraddittoria laddove esclude non solo la colpa, ma pure la sussistenza del nesso causale tra l'intervento e il danno, riconosciuto invece dal CTU e dalla sentenza di primo grado, non impugnata al riguardo.

Il motivo è inammissibile.

La ricorrente, pur denunciando la violazione dei principi in tema di ripartizione dell'onere della prova, censura in realtà la lettura che il giudice di secondo grado dà alle conclusioni della consulenza tecnica.

Al riguardo, si ricorda innanzitutto che il travisamento, da parte del giudice del merito, delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, laddove esistente, integra un vizio revocatorio, denunciabile ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4 (*ex multis*, Cass. Sez. I, 17/5/2012, n. 7772).

D'altra parte, la ricorrente non adempie all'onere, imposto dal principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di trascrivere, quantomeno *in parte qua*, le conclusioni della consulenza tecnica che la Corte di appello avrebbe erroneamente valutato, limitandosi a

riportarne, del tutto genericamente, soltanto alcune affermazioni, senza considerarne altre né esaminare la consulenza nel suo insieme.

Ed infatti la Corte di appello evidenzia che, in base alle conclusioni raggiunte dai periti, "valutate congiuntamente a tutti i dati rimarcati come rilevanti" ("argomentazioni scientifiche non confutate, mediante specifiche e valide argomentazioni di senso contrario, dall'appellante principale"), la frattura ossea subita dalla ricorrente doveva essere ricondotta, sul piano probabilistico, alle condizioni dell'osso e non ad un'errata manovra eseguita durante l'intervento chirurgico.

5. Con il secondo motivo, la S. lamenta "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, n. 3 c.p.c. ed in particolare degli artt. 1218 c.c., 2697 c.c. e 116 c.p.c. in punto di valutazione delle prove del giudizio di primo grado da parte della corte d'appello, per essere l'impugnata sentenza basata unicamente sulle risultanze della consulenza tecnica meramente deducibile, in difetto di prova da parte della struttura sanitaria del corretto adempimento della propria prestazione".

La Corte di appello avrebbe errato nel fondare la propria decisione sulla consulenza tecnica la quale, oltre a non rientrare tra i mezzi di prova in senso proprio, sarebbe nella specie illogica e contraddittoria laddove pretende di giungere a conclusioni in termini di certezza partendo da premesse meramente dubitative e in mancanza del registro operatorio relativo all'intervento all'interno della cartella clinica della signora S.

Il motivo è inammissibile.

La S., pur denunciando apparentemente la violazione di norme di diritto, lamenta in realtà un'insufficienza dell'iter motivazionale della sentenza impugnata, che si fonderebbe unicamente sulla consulenza tecnica preventiva.

Senonché, risultano travalicati i limiti entro cui è ancora denunciabile l'anomalia motivazionale a seguito della riformulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c. (anomalia motivazionale che "si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile": Cass. Sez. Unite, 20/10/2015, n. 21216).

Inoltre, con riferimento alle censure rivolte verso le valutazioni espresse dal CTU, il motivo è altresì inammissibile perché la ricorrente omette di riportare il contenuto specifico delle critiche ad esse sollevate nei precedenti gradi di giudizio.

Infatti, in tema di ricorso per cassazione, per infirmare, sotto il profilo della insufficienza argomentativa, la motivazione della sentenza che recepisca non acriticamente le conclusioni di una relazione di consulenza tecnica d'ufficio di cui il giudice dichiara di condividere il merito, è necessario che la parte allegghi di avere rivolto critiche alla consulenza stessa già dinanzi al giudice *a quo*, e ne trascriva, poi, per autosufficienza, almeno i punti salienti onde consentirne la valutazione in termini di decisività e di rilevanza, atteso che, diversamente, una mera disamina dei vari passaggi dell'elaborato peritale, corredata da notazioni critiche, si risolverebbe nella prospettazione di un sindacato di merito inammissibile in sede di legittimità (tra le altre, di recente, Cass. Sez. I, 03/6/2016, n. 11482).

6. Con il terzo motivo, la ricorrente principale si duole del romesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione ex art. 360 n. 5 c.p.c., ovvero

mancato integrale esame dei fatti e delle conclusioni peritali esposti nella CTU e omessa considerazione della mancanza del registro operatorio nella cartella clinica della paziente". Dalla lettura integrale della relazione tecnica emergerebbe un significato delle conclusioni del CTU diverso da quello attribuito alle stesse dalla Corte di Appello.

Il CTU non avrebbe mai riconosciuto espressamente, e in termini positivi, la correttezza dell'operato dei sanitari. Né d'altra parte il consulente avrebbe potuto addivenire a risultati conclusivi in termini di assoluta certezza, considerata anche la mancanza, all'interno della cartella clinica, del registro operatorio, contenente la descrizione chiara e sufficientemente particolarizzata della procedura attuata.

L'impossibilità di ricostruire esattamente quanto avvenuto nel corso dell'intervento a causa della difettosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari avrebbe dovuto portare la Corte a ritenere dimostrata in via presuntiva la colpa degli stessi.

Inoltre la Corte avrebbe omesso di considerare che, secondo il CTU, le caratteristiche della frattura indicherebbero che la stessa era stata conseguenza di una manovra di rotazione con un movimento energico e violento, che il possibile indebolimento dell'osso doveva essere noto ai medici operanti

- e doveva, pertanto, essere tenuto in considerazione al momento dell'esecuzione della manovra di rotazione dell'osso

- e che la lesione del nervo sciatico era stato causato dalla stessa frattura.

Il motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

Quanto all'inammissibilità della censura relativa al preteso travisamento, da parte della Corte veneziana, delle conclusioni della consulenza tecnica, si rinvia a quanto osservato in sede di esame del primo motivo di ricorso.

Il motivo risulta per il resto infondato.

Infatti, al fine di configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, occorre un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza. Di talché, il mancato esame di risultanze processuali costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se queste siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre risultanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di base.

Nella specie, le circostanze dedotte dalla ricorrente, ovvero la mancanza del registro operatorio e la caratteristica della frattura, non risultano dotate di una simile decisività, a fronte degli ulteriori rilievi effettuati nella CTU e riportati dalla sentenza impugnata circa le condizioni dell'osso della signora S.

D'altra parte, in tema di ricorso per Cassazione, l'omesso esame di un fatto decisivo non può consistere nella difformità dell'apprezzamento dei fatti e delle prove dato dal giudice di merito rispetto a quello preteso dalla parte, spettando solo a detto giudice di individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove e scegliere, tra le risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione e dare prevalenza all'uno o all'altro mezzo di prova, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge, in cui un valore legale è assegnato alla prova (Cass. civ. Sez. II, 04/07/2017, n.16407).

7. Il quarto motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale vedono entrambi sul capo della sentenza che riconosce alla S. il risarcimento del danno derivante dalla mancata acquisizione di un valido consenso informato.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale, l'Azienda Ospedaliera - Istituti Ospedalieri di Verona ora in gestione liquidatoria censura la "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, n. 3 c.p.c. ed in particolare degli artt. 1218 c.c. e 2697 c.c. in punto di ripartizione degli oneri probatori in materia di responsabilità del medico - consenso informato".

Il documento contenuto nella cartella clinica della S., sottoscritto dalla paziente e non tempestivamente disconosciuto, costituirebbe prova dell'avvenuto rilascio del consenso informato.

Inoltre, la circostanza che alla signora S. furono date informazioni complete ed adeguate sui rischi dell'intervento si desumerebbe dalle dichiarazioni della paziente riportate dalla CTU (secondo cui la stessa era "convinta della necessità di un intervento").

Infine, la paziente avrebbe dovuto allegare e dimostrare che la stessa avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stata compiutamente informata. Tale prova, nel caso di specie non sussisterebbe nemmeno in via presuntiva, considerati i sintomi di cui la S. soffriva prima dell'intervento.

Con il quarto motivo di ricorso, la S. denuncia la "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360, n. 3 c.p.c. con particolare riferimento agli artt. 1218 c.c., 1176 c.c. e/o 2043 c.c. sotto il profilo del mancato riconoscimento del risarcimento del danno alla salute derivante dalla mancata acquisizione di un valido consenso informato".

La violazione dell'obbligo di raccogliere il valido consenso informato del paziente inciderebbe sia sul diritto all'autodeterminazione, sia sul diritto alla salute, con conseguente obbligo di risarcimento. Ciò si verificherebbe quando, come nel caso, l'attività terapeutica produca un peggioramento della condizione psico-fisica del paziente, anche in presenza di una condotta medica tecnicamente ineccepibile.

I motivi possono essere esaminati congiuntamente e sono entrambi infondati.

Correttamente la Corte di Appello ha ritenuto che il documento prestampato, in quanto privo di data e non contenente il nome della paziente, non fosse sufficiente a provare l'adempimento, da parte dell'azienda ospedaliera, dell'obbligo di acquisire un valido consenso informato e che una simile prova non potesse desumersi nemmeno dalle generiche dichiarazioni della S. circa il proprio convincimento sulla necessità dell'intervento.

Le argomentazioni sopra riportate sono conformi al consolidato orientamento di questa Corte secondo cui la sottoscrizione di un modulo di "consenso informato" del tutto generico da parte del paziente non è idonea a far presumere che il medico a ciò obbligato abbia comunicato oralmente al paziente tutte le informazioni necessarie che egli era contrattualmente obbligato a fornire a tal fine (Cass. 12205/2015; Cass. 2177/2016).

Correttamente, inoltre, la Corte territoriale ha escluso la rilevanza *ex se* della circostanza che la S. non abbia dimostrato come, in presenza di adeguata informazione, ella avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento - non essendo tale circostanza la sola rilevante ai fini della corretta individuazione dell'evento di danno (l'intervento) e delle conseguenze dannose risarcibili ex art. 1223 c.c..

Infatti, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori quando siano configurabili conseguenze pregiudizievoli derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se considerato, del tutto a prescindere dalla lesione incolpevole della salute del paziente.

Tale diritto, distinto da quello alla salute, rappresenta, secondo l'insegnamento della stessa Corte costituzionale (sentenza n.438 del 2008), una doverosa e inalienabile forma di rispetto per la libertà dell'individuo, nonché uno strumento relazionale volto al

perseguimento e alla tutela del suo interesse ad una compiuta informazione, che si sostanzia nella indicazione:

- delle prevedibili conseguenze del trattamento sanitario;
- del possibile verificarsi di un aggravamento delle condizioni di salute;
- dell'eventuale impegnatività, in termini di sofferenze, del percorso riabilitativo post-operatorio.

Ciò è a dirsi nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le stesse conseguenze dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass. n. 21748/2007; Cass.23676/2008, in tema di trasfusioni salvavita eseguite al testimone di Geova).

Ad una corretta e compiuta informazione consegue, difatti:

- la facoltà, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;
- la possibilità di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari;
- la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle conseguenze post-operatorie;
- la facoltà di rifiutare l'intervento o la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla.

Viene innanzitutto in rilievo il caso in cui, alla prestazione terapeutica, conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito non sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere.

In secondo luogo, viene in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che derivi al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate.

Condizione di risarcibilità (in via strettamente equitativa) di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. 26972-26975 del 2008, con le quali è stato condivisibilmente affermato che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

Diversamente, il paziente che - come la S. - richieda il risarcimento anche del danno da lesione della salute che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia compiuto senza la preventiva informazione circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, deve allegare, sulla base anche di elementi soltanto presuntivi (Cass.16503/2017) - la cui efficienza dimostrativa seguirà una sorta di ideale scala ascendente, a seconda della gravità delle condizioni di salute e della necessità dell'operazione - che egli avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato (Cass. civ. Sez. III, Sent., 9-2-2010, n. 2847), allegando ancora che, tra il permanere della situazione patologica in atti e le conseguenze dell'intervento medico, avrebbe scelto la prima situazione, ovvero che, debitamente informato, avrebbe vissuto il periodo successivo all'intervento con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze (e le eventuali sofferenze) - predisposizione la cui mancanza andrebbe realisticamente e verosimilmente imputata proprio (e solo) all'assenza di informazione.

Ci si trova, pertanto, in un territorio (e in una dimensione probatoria) che impone al giudice di interrogarsi se il corretto adempimento, da parte del medico, dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato, ovvero avrebbe consentito al paziente la necessaria preparazione e la necessaria predisposizione ad affrontare il periodo post-operatorio nella piena e necessaria consapevolezza del suo dipanarsi nel tempo.

Infatti, se il paziente avesse comunque e consapevolmente acconsentito all'intervento, dichiarandosi disposto a subirlo qual che ne fossero gli esiti e le conseguenze, anche all'esito di una incompleta informazione nei termini poc'anzi indicati sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra la condotta del medico e il danno lamentato, perchè quella incolpevole lesione egli avrebbe, in ogni caso, consapevolmente subito, all'esito di un intervento eseguito secondo le *leges artis* da parte del sanitario.

Nella specie, la ricorrente principale, nel lamentare, oltre che la lesione del proprio diritto all'autodeterminazione, anche un colpevole *vulnus* arrecato al proprio diritto alla salute, non risulta, per quanto sinora esposto, aver fornito in alcun modo (se non attraverso le inammissibili critiche mosse alla CTU) una simile prova.

La decisione della Corte territoriale risulta, pertanto, conforme a diritto.

9. Considerata la reciproca soccombenza, sussistono giuste ragioni per compensare le spese processuali del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

la Corte rigetta sia il ricorso principale che quello incidentale e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13, comma *1 quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte sia del ricorrente principale e sia del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma *1 bis* del citato art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione in data 13 settembre 2017.