

Corte di Cassazione, sez. III Civile

ordinanza 15 gennaio – 26 maggio 2020, n. 9887

Presidente Armano – Relatore Olivieri

Fatti di causa

Con sentenza in data 27. 6.2018 n. 3166 la Corte d'appello di Milano ha rigettato l'appello proposto da (omissis), e confermato la decisione di prime cure che aveva ritenuto infondata la pretesa risarcitoria avanzata dal predetto nei confronti di (omissis) s.p.a. e del medico (omissis) il quale aveva raccolto il consenso informato dell'(omissis), affetto da "pseudoartrosi post traumatica dello scafoide con impotenza funzionale del polso destro su base algica", prospettandogli la soluzione dell'intervento chirurgico di "emicarpectomia prossimale del polso" che avrebbe garantito un possibile miglioramento dell'articolazione e della sintomatologia dolorosa, la preservazione dal processo degenerativo con il rischio - accettato dal paziente - della perdita del 30% di funzionalità dell'articolazione del polso. Il Giudice di appello ha rilevato che all'intervento chirurgico, eseguito correttamente senza errori tecnici, ed al trattamento post-operatorio conforme ai protocolli, era purtroppo seguita accanto ad una riduzione della algia anche una perdita complessiva della funzionalità del polso di circa il 68-70%, ma che la doglianza del danneggiato, volta a contestare la inesattezza della informazione sui rischi e l'invalido consenso prestato quale presupposto della richiesta risarcitoria, non aveva fondamento in quanto i CC.TT.UU. aveva accertato che il paziente, prima dell'intervento, soffriva di una riduzione funzionale di circa 33 pari ad 1/3 (valutato come 12-13% grado di IP) e che dopo l'intervento chirurgico la riduzione di funzionalità era pari a circa il 67/68%, cioè di quasi a 2/3 (valutato come 17-18% grado di IP), sicché l'incremento corrispondeva a poco più della riduzione di funzionalità prospettata dal medico in sede di acquisizione del consenso informato (34% invece che 30%), non potendo convenirsi con l'assunto del danneggiato secondo cui il sanitario avrebbe fatto riferimento alla riduzione massima in assoluto e non alla riduzione ulteriore - rispetto al preesistente stato invalidante -, in quanto si sarebbe pervenuti al paradosso che il rischio, ove verificatosi, avrebbe prodotto addirittura un miglioramento dello stato pregresso.

La sentenza di appello, notificata in data 28.6.2018, è stata ritualmente impugnata per cassazione da (omissis) con ricorso affidato a quattro motivi ai quali resistono con un unico controricorso (omissis) s.p.a ed il medico.

Ragioni della decisione

Primo motivo: violazione art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia su motivo di gravame;

Secondo motivo: violazione degli artt. 13 e 32 Cost.;

I motivi, formulati in via di subordinazione alternativa (ove non si ravvisi il vizio di omessa pronuncia, allora la pronuncia deve intendersi viziata per "error juris") sono scarsamente comprensibili e difettano del requisito di cui all'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 3 e 4.

Sostiene il ricorrente che la Corte d'appello, nell'esaminare il secondo motivo di gravame, non avrebbe deciso in ordine alla critica mossa alla decisione di primo grado relativa alla mancanza di "esaustività" del consenso informato.

In subordine deduce che l'aver il Giudice territoriale negato rilevanza all'errore commesso dal medico nel dare una informazione eccessivamente ottimistica, determinerebbe una violazione del diritto ad ottenere il ristoro per il danno conseguente alla violazione del diritto alla autodeterminazione.

Dalla lettura del secondo motivo di appello, interamente trascritto a pag. 1314 del ricorso, risulta che l'appellante, dopo avere premesso di essersi recato il 9.8.2010 presso l'Istituto sanitario ed aver

ricevuto assicurazioni, dal medico Dott. S., che la patologia di cui era affetto dal 2004 (inveterata pseudoartrosi post traumatica dello scafoide, con riduzione dell'articolazione del polso dx pari ad 1/3 della mobilità complessiva: patologia a decorso ingravescente a causa dei processi degenerativi osteocartilaginei) avrebbe potuto ottenere benefici qualora si fosse sottoposto all'intervento di "emicarpectomia prossimale polso", lamentava che il medico gli aveva prospettato una soluzione migliorativa eccessivamente ottimistica, atteso che l'esito dell'intervento non era stato quello sperato, essendo stato indotto il paziente a credere in un diverso risultato, più favorevole: la visita del medico, pertanto, era stata "errata, oltremodo ottimistica, e non adeguatamente spiegata" e la informazione era stata lacunosa ed errata ed ha fornito una prospettiva in termini di efficacia eccessivamente ottimistica per il caso specifico". In relazione a ciò doveva ritenersi accertata la violazione del diritto alla autodeterminazione del paziente, essendo invalido il consenso prestato, in quanto bene avrebbe potuto lo stesso:

- 1- preferire di subire il progressivo inevitabile peggioramento della patologia piuttosto che incorrere nel rischio poi verificatosi di una ulteriore riduzione della mobilità;
- 2- scegliere di differire il tempo dell'intervento;
- 3- rivolgersi ad altro sanitario.

Il primo motivo è infondato

La Corte d'appello ha, infatti, preso in esame il secondo motivo di gravame individuando correttamente quale parametro di valutazione la "comunicazione" sottoscritta dal medico in data 9.8.2010 (anno erroneamente indicato in sentenza nel 2012) evidenziando come dalla stessa emergessero plurimi scopi affidati all'intervento, tra i quali anche la diminuzione della sintomatologia algica ed il contrasto alla progressione degenerativa della patologia, obiettivi questi raggiunti a seguito della operazione chirurgica. Il Giudice territoriale ha quindi definito il thema controversum relativo al contenuto informativo, individuandolo nell'errore - prospettato dall'appellante - commesso dal medico nella determinazione della percentuale di rischio di insuccesso, errore che - con accertamento in fatto - ha escluso, ritenendo che la rappresentazione di un possibile peggioramento della mobilità del 30% era da considerarsi adeguata e non imprudentemente sottostimata, atteso che l'ulteriore aggravamento non poteva che intendersi riferita alla preesistente condizione invalidante dell'(omissis), diversamente opinando non vi sarebbe stato alcun rischio peggiorativo, venendo sostanzialmente a coincidere la riduzione di mobilità del 30% con il difetto di mobilità del polso pari ad 1/3 che già affliggeva il paziente.

Nel secondo motivo di gravame, non è dato individuare altri ambiti di indagine pretermessi dalla Corte d'appello, laddove ad una generica doglianza dell'"eccessivo ottimismo" manifestato dal medico (espressione mutuata peraltro dalle valutazioni espresse dai CC.TT.UU. nominati in primo grado) non viene fatto seguito - ad eccezione della questione interpretativa sulla percentuale di rischio di un esito peggiorativo in termini di mobilità del polso ad altri specifici e puntuali elementi di critica alla sentenza di prime cure per la ritenuta esclusione di un inadempimento colpevole all'obbligo informativo da parte del medico, diffondendosi l'appellante sulla individuazione delle scelte a cui aveva dovuto ingiustamente rinunciare, a causa dell'asserito inadempimento del medico, sottoponendosi ad un trattamento non supportato da idoneo consenso.

Se dunque non è dato ravvisare alcuna omissione di pronuncia della Corte territoriale in merito al secondo motivo di gravame, osserva il Collegio che la censura subordinata di vizio inerente l'attività di giudizio non è assistita dai requisiti minimi di ammissibilità.

I principi di diritto enucleati in materia di consenso informato da questa Corte (da ultimo cfr. Corte cass. Sez. 3 -, Ordinanza n. 9996 del 10/04/2019) possono così riassumersi:

- in tema di attività medico-chirurgica, la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria costituisce esercizio del diritto fondamentale all'autodeterminazione in ordine al

trattamento medico propositogli e, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2 e 13 COst., e art. 32 Cost., comma 2.

- la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Pertanto, nell'ipotesi di omissione od inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute ma che abbia impedito l'accesso ad altri più accurati accertamenti, la lesione del diritto all'autodeterminazione sarà risarcibile ove siano derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale, quali sofferenze soggettive e limitazione della libertà di disporre di se stessi, salva la possibilità della prova contraria – le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito ad un atto terapeutico eseguito senza la preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli, e dunque senza un consenso legittimamente prestato, devono essere debitamente allegate dal paziente, sul quale grava l'onere di provare il fatto positivo del rifiuto che egli avrebbe opposto al medico, tenuto conto che il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla sua scelta soggettiva (criterio della cd. vicinanza della prova), essendo, il discostamento dalle indicazioni terapeutiche del medico, eventualità non rientrante nell'id quod plerumque accidit; al riguardo la prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non essendo configurabile un danno risarcibile "in re ipsa" derivante esclusivamente dall'omessa informazione.

Orbene tra gli elementi costitutivi della fattispecie del diritto al risarcimento del danno per lesione del diritto alla autodeterminazione cagionata dalla inesatta od incompleta informazione del medico volta ad acquisire la - valida e consapevole - manifestazione di consenso del paziente, non può prescindere dalla prova che la condotta di quest'ultimo, se correttamente informato, sarebbe stata certamente diversa, ossia che avrebbe certamente rifiutato di sottoporsi all'intervento chirurgico: ed infatti "la omessa informazione assume di per sé carattere neutro sul piano eziologico, in quanto la rilevanza causale dell'inadempimento viene a dipendere indissolubilmente dalla alternativa "consenso/dissenso" che qualifica detta omissione, laddove, in caso di presunto consenso, l'inadempimento, pur esistente, risulterebbe privo di alcuna incidenza deterministica sul risultato infausto dell'intervento, in quanto comunque voluto dal paziente; diversamente, in caso di presunto dissenso, assumendo invece efficienza causale sul risultato pregiudizievole, in quanto l'intervento terapeutico non sarebbe stato eseguito - e l'esito infausto non si sarebbe verificato - non essendo stato voluto dal paziente. La allegazione dei fatti dimostrativi della opzione "a monte" che il paziente avrebbe esercitato viene, quindi, a costituire elemento integrante dell'onere della prova del nesso eziologico tra l'inadempimento e l'evento dannoso, che in applicazione dell'ordinario criterio di riparto ex art. 2697 c.c., comma 1, compete ai danneggiati..." (cfr. Corte Cass. Sez. 3 -, Ordinanza n. 19199 del 19/07/2018, in motivazione).

Ed indipendentemente, pertanto, da eventuali ulteriori profili di incompletezza della informazione (non sarebbe stato accertato il grado di invalidità preesistente e quindi il paziente non poteva valutare la "differenza" peggiorativa in caso di verifica del rischio prospettato; non era stato specificato che l'intervento "non era risolutivo ma era demolitivo") indicati nel motivo di ricorso per cassazione - ma dei quali peraltro non risulta nè viene allegato dal ricorrente che fossero stati dedotti nei gradi di merito - appare evidente come la censura in esame risulti priva dei connotati della specificità, non avendo il ricorrente neppure indicate se e quali prove fossero state richieste di acquisire o raccolte nei precedenti gradi di giudizio dirette ad accertare – mediante giudizio controfattuale "ora per allora" – che egli, qualora avesse inteso che il rischio di insuccesso avrebbe

potuto produrre una ulteriore limitazione di mobilità, pur riducendo la sintomatologia algica ed impedendo l'evoluzione del fenomeno degenerativo osteoarticolare, avrebbe sicuramente rifiutato di sottoporsi all'intervento di emicarpectomia prossimale.

In difetto di tale indicazione la censura risulta carente del requisito di specificità ex art. 366 c.p.c., comma 1, n. 4 e non supera il vaglio di ammissibilità.

Terzo motivo: violazione art. 112 c.p.c. nullità della sentenza ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

Assume il ricorrente che il danno lamentato non riguardava l'errata esecuzione dell'intervento chirurgico nè quello derivato dalla riduzione della funzionalità del polso conseguente, bensì si incentrava esclusivamente nel danno derivato dalla violazione del diritto alla autodeterminazione per la insufficiente informazione.

Il motivo è del tutto inconferente oltre che scarsamente intelligibile.

Il motivo è inconferente perché la Corte d'appello ha individuato correttamente l'oggetto della controversia nella dedotta violazione dell'obbligo di fornire una informazione corretta, ritenuta errata secondo il danneggiato con riferimento alla entità del rischio derivante dalla pur corretta esecuzione dell'intervento. Esclusa la decettività della informazione, e ritenuto non infirmato il consenso prestato dal paziente, la Corte d'appello alcuna ulteriore indagine era tenuto a svolgere in ordine ai pregiudizi subiti dal paziente in conseguenza dell'impedimento ad effettuare scelte alternative rispetto a quella di sottoporsi alla esecuzione dell'intervento.

Il motivo non appare chiaramente identificabile nella critica svolta alla sentenza di appello in quanto nella esposizione:

- a) si viene a confondere "danno e lesione del diritto" nonché violazione del diritto di autodeterminazione con violazione del diritto alla salute: altro è infatti la condotta violativa del diritto alla autodeterminazione, altro la violazione del diritto alla salute; altro ancora i diversi danni-conseguenza che derivano dalla violazione dei due diritti. La sovrapposizione dei diversi piani operata dal ricorrente appare del tutto evidente laddove nel trascrivere il motivo di appello si ascrive alla categoria unitaria "...danni/lesioni..." le conseguenze derivate dalla inesatta informazione, identificandole nei danni-conseguenza "moralì e biologici" correlati invece alla esecuzione dell'intervento (sofferenza psichica patita in ragione dell'intervento e della successiva convalescenza; pregiudizio subito per l'attività chirurgica demolitoria che ha ulteriormente ridotto la funzionalità del polso), od ancora laddove si qualifica erroneamente come danno-conseguenza la "contrazione della libertà di disporre" che individua invece l'"evento-lesivo" del diritto alla autodeterminazione;
- b) non è dato in ogni caso individuare in quale omissione di pronuncia sia incorsa la Corte d'appello, che ha esaminato proprio la questione della corretta informazione, sostenendo che il rischio comunicato dal medico ed accettato dal paziente corrispondeva a quello poi verificatosi.

Quarto motivo: omesso esame fatto decisivo ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Il ricorrente impugna la sentenza di appello, sostenendo che non erano stati affatto considerati "fatti decisivi" che venivano indicati nella assicurazione data dal medico, nella comunicazione del 9.8.2010, che tra gli scopi dell'intervento vi era quello anche del "miglioramento dell'articolarietà attualmente molto limitata": secondo il ricorrente tale scopo era incompatibile con la indicazione del rischio di un peggioramento del deficit iniziale, sicché la possibilità della perdita della funzionalità del 30% doveva considerarsi "in termini assoluti" e non come eventuale rischio di "incremento" della invalidità preesistente i CC.TT.UU. avevano riferito che la previsione di miglioramento formulata dal medico era stata "assolutamente ottimistica" e dunque non era corretta ed aveva ingenerato convincimenti erronei nel paziente.

Il motivo è inammissibile, in quanto, da un lato, viene fatto riferimento al contenuto di un documento (comunicazione 9.8.2010) che il Giudice di appello ha esaminato e valutato, sicché la critica trascende i limiti di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, venendo ad impingere sulla attività valutativa di merito delle risultanze istruttorie, non sindacabile in sede di legittimità (la Corte territoriale ha valutato il contenuto informativo della comunicazione ed ha ritenuto in base al proprio convincimento che la indicazione di un rischio di insuccesso quantificato percentualmente in termini di ulteriore invalidità, era idonea a consentire al paziente una adeguata ponderazione nella scelta).

Dall'altro lato non potendo confondersi quello che è un giudizio valutativo degli ausiliari con un "fatto storico", tanto meno "decisivo", che soltanto può veicolare il motivo di ricorso per "errore di fatto" ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, dovendo intendersi per "fatto" esclusivamente un accadimento in senso storico-naturalistico.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato e la parte soccombente va condannata alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso.

- Condanna il ricorrente al pagamento in favore dei contro-ricorrenti, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 3.500,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

- Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1 comma 17, la Corte dà atto che il tenore del dispositivo è tale da giustificare il versamento, se e nella misura dovuto, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

- Dispone che, in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa la indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di (omissis) riportati nella sentenza.