

5631/23

ORIGINALE



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

GIACOMO TRAVAGLINO
LINA RUBINO
CHIARA GRAZIOSI
ENZO VINCENTI
PAOLO PORRECA

Presidente
Consigliere
Consigliere
Consigliere
Consigliere - Rel.

RESPONSABILITA'
PROFESSIONISTI

Ud. 25/11/2022 PU
Cron. 5631
R.G.N. 16697/2019

SENTENZA

sul ricorso 16697/2019 proposto da:

Francesco, elettivamente domiciliato in _____ i

che lo rappresenta e difende;

-ricorrente -

contro

Axa Assicurazioni s.p.a.,

- intimata

nonché contro

Azienda Asl RM1, già Azienda Sanitaria Locale RME, in persona del
Direttore Generale e legale rappresentante pro tempore, domiciliata
ex lege in _____ di

2022

2088

Cassazione, rappresentata e difesa dagli avvocati

Andrea, Giorgio Maria, elettivamente domiciliati in
Roma Via Savoia, 33 presso lo studio dell'avvocato S
li rappresenta e difende;

Assicuratrice Milanese Spa, in persona del legale rappresentante pro
tempore, elettivamente domiciliata in

-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1316/2019 della CORTE D'APPELLO di ROMA,
depositata il 22/02/2019;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
25/11/2022 da PORRECA PAOLO

**Considerato che:**

Francesco F. ricorre, sulla base di due motivi, per la cassazione della sentenza n. 1316 del 2019 della Corte di appello di Roma, esponendo che:

- aveva convenuto in giudizio i dottori Giorgio Maria e Andrea in uno all'ASL di Roma E, chiedendo che venisse accertata la responsabilità degli stessi in relazione alle lesioni indicate come conseguenza di un intervento effettuato dai suddetti sanitari nel 2010;
- in particolare, aveva addotto che si trattava della lesione iatrogena di radici neurologiche, chiedendo pertanto il risarcimento dei danni subiti;
- aveva allegato che:
 - era stato già operato, nel 2005, per una protrusione discale sinistra, ed era emersa una protrusione discale laterale nonché fenomeni degenerativi del disco, con sofferenza neurogena cronica, alterazioni spondiloartrosiche ed ernia grossolana, tanto da rendere necessario l'intervento chirurgico in parola, di foraminotomia e discectomia;
 - nonostante in occasione dell'intervento non fosse stato descritto alcun danneggiamento della radice radicolare, il giorno successivo allo stesso era insorto un "deficit" nella flessione del piede, con accertamenti ricondotto a sua volta a un "deficit" del nervo sciatico popliteo esterno di sinistra, non riferibile al pregresso intervento di cinque anni prima;
 - il Tribunale, davanti al quale avevano resistito i convenuti chiamando in manleva le compagnie di assicurazione, aveva rigettato la domanda, specificando che la questione del mancato consenso informato, rispetto alla ritenuta complicità piuttosto che errore, non era stata idoneamente e comunque tempestivamente introdotta;
 - la Corte di appello aveva disatteso il gravame osservando che il giudice di prime cure si era condivisibilmente limitato a constatare che la domanda da lesione del consenso informato non era stata proposta



con l'atto introduttivo ed era nuova, e come tale improponibile, nella memoria ex art. 183, cod. proc. civ.;

resistono con controricorso l'ASL Roma 1, già ASL Roma E, Giorgio Maria in uno ad Andrea che hanno altresì depositato memoria, e Assicuratrice Milanese s.p.a.;

è rimasta intimata AXA Assicurazioni s.p.a.;

il Pubblico Ministero ha formulato conclusioni scritte;

Rilevato che:

con il primo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 183, cod. proc. civ., poiché la Corte di appello avrebbe errato mancando di considerare che la domanda risarcitoria da lesione del consenso informato era una emenda della pretesa di veder risarciti tutti i danni conseguenti all'intervento, e non una nuova domanda preclusa;

con il secondo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2909, cod. civ., in combinato disposto con gli artt. 32, 13, Cost., e 33 della legge n. 833 del 1978, poiché la Corte di appello avrebbe errato mancando di considerare che al fine di configurare la lesione del diritto al consenso informato, afferendo questo all'autodeterminazione, era irrilevante la correttezza dell'esecuzione dell'intervento ad opera del medico;

Rilevato che:

i motivi di ricorso sono da esaminare congiuntamente per connessione;

il ricorso è conclusivamente inammissibile, sia pure correggendo la motivazione del giudice di seconde cure;

la Corte territoriale ha statuito che:

- il Tribunale aveva dichiarato nuova, e come tale tardivamente proposta nella memoria di precisazione assertiva, la domanda di risarcimento da lesione del consenso informato (pag. 4);



- la statuizione era corretta atteso che la domanda in parola si correla a un «fatto storico diverso da quello della cattiva esecuzione dell'intervento chirurgico» (pag. 3);

va poi sottolineato, anche a mente della requisitoria del Pubblico Ministero, che la medesima Corte di appello deve ritenersi aver senza censura accertato – come implicitamente allegato in ricorso richiamando e discutendo la statuizione di prime cure (pag. 3), in coerenza con quanto affermato anche nei controricorsi di _____ e _____ (pag. 10) e dell'Assicuratrice Milanese s.p.a. (pag. 4) – che l'allegazione in parola era quella, successivamente ripresa fino alle note conclusionali (come rimarcato nel controricorso dell'ASL), della prima memoria ex art. 183, sesto comma, cod. proc. civ. (pag. 3 della sentenza, lettura connessa del secondo e terzo capoverso);

va inoltre detto che la stessa Corte territoriale:

- in premessa aveva osservato di concludere come sopra riassunto, messo da «parte il fatto che la frase riportata dall'appellante non introduce una domanda da risarcimento per carenza di un adeguato consenso informato ma si risolve in una contestazione che, come afferma il Tribunale, tende piuttosto a escludere la questione del consenso informato» (pag. 3);
- in conclusione, per converso, aggiunge che «peraltro, come si legge nella c.t.u., la possibile complicità cui è andato incontro l'appellante, "era stata prospettata dai neurochirurghi nel consenso informato"» (pag. 4);

ora, nel momento in cui la domanda è stata ritenuta preclusa, e come tale inammissibile, ogni altra ragione decisoria espressa deve ritenersi come assente perché il giudice di merito si era già spogliato della potestà decisoria con il primo e assorbente rilievo (Cass., Sez. U., 20/02/2007, n. 3840, secondo cui qualora il giudice, dopo una statuizione d'inammissibilità, con la quale si è dunque spogliato della "potestas iudicandi" in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l'onere né l'interesse a impugnare;



conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta "ad abundantiam" nella sentenza gravata);

l'interpretazione della domanda ovvero la sua fondatezza non dovevano quindi essere censurate poiché il Collegio di merito ha deciso in base alla ragione liquida dell'inammissibilità, correttamente oggetto di censura;

questa Corte, in un precedente, ha affermato che, nel caso in cui l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione il risarcimento del danno da colpa medica per errore nell'esecuzione di un intervento chirurgico (e, quindi, per la lesione del diritto alla salute), e domandi poi in corso di causa anche il risarcimento del danno derivato dall'inadempimento, da parte dello stesso medico, a fronte dell'obbligo d'informazione necessario per ottenere un consenso informato (inerente al diverso diritto all'autodeterminazione nel sottoporsi al trattamento terapeutico), si verifica una "mutatio libelli" e non una mera "emendatio", in quanto nel processo viene introdotto un nuovo tema d'indagine e di decisione, che altera l'oggetto sostanziale dell'azione e i termini della controversia, tanto da porre in essere una pretesa diversa da quella fatta valere in precedenza (Cass., 13/10/2017, n. 24072);

le ragioni esposte sono state esplicitate nel senso che:

- l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del medico, costituisce prestazione diversa rispetto all'esecuzione dell'intervento terapeutico;
- la relativa pronuncia costituisce capo autonomo suscettibile di passare in giudicato se non impugnato;
- può esservi lesione illecita del diritto alla salute pur sussistendo consenso consapevole;
- la lesione del consenso consapevole può esservi senza che vi sia lesione del diritto alla salute, in caso di esito fausto dell'intervento terapeutico;



la decisione, però, per un verso non menziona l'indicazione nomofilattica di Cass., Sez. U., 15/06/2015, n. 12310, di cui si sta per dire, per altro verso aveva in ogni caso riguardo a una fattispecie in cui la domanda lesione del consenso informato era certamente tardiva perché proposta in comparsa conclusionale, all'esito della compiuta fase di trattazione;

peraltro, il Pubblico Ministero, nella requisitoria scritta, richiama ulteriori precedenti in tal senso, ma solo un altro è successivo alle Sezioni Unite richiamate, quello di Cass., 14/07/2015, n. 14642: e neppure tale arresto risulta dirimente posto in esso si afferma solo, in concreto, che sulla responsabilità da mancata acquisizione del consenso informato era sceso un giudizio positivo (pagg. 12 e seguenti);

le Sezioni Unite di questa Corte, con l'arresto appena menzionato, hanno dunque chiarito che la modificazione della domanda ammessa ex art. 183, cod. proc. civ., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa ("petitum" e "causa petendi"), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali;

in questa prospettiva, ad esempio, è stata di recente cassata la decisione di appello che, in un giudizio intentato in origine nei confronti di una struttura sanitaria per ottenere il risarcimento dei danni subiti per avere contratto l'epatite C in conseguenza di una trasfusione di sangue, aveva ritenuto inammissibile la successiva domanda, avanzata nella memoria ex art. 183, sesto comma, cod. proc. civ., volta ad accertare che l'attore era stato contagiato dal "virus" non con tale trasfusione, ma per effetto di una "generica infezione nosocomiale nel periodo di degenza" (Cass., 16/02/2021, n. 4031);

ora, nella fattispecie, la vicenda sostanziale è rimasta chiaramente immutata, e il Collegio di merito risulta aver negato la stessa possibilità di correlare, con emenda, alla pretesa risarcitoria complessiva quella della lesione del consenso informato;



posto che la diversità dei fatti costitutivi non può di per sé ostare, qualora la difesa avversaria non risulti investita rispetto a una vicenda differente, alterandosi solo in quel caso, strutturalmente, il contraddittorio, la conclusione appena focalizzata risulta erronea;

e del resto, dopo l'esercizio della precisazione assertiva sono possibili, in quel regime processuale, allegazioni in replica, così come alle istanze di prova in relazione alla domanda come precisata, sono contrapponibili, ai sensi della stessa norma, istanze in controprova;

la ricostruzione risulta coerente con i limiti del giudicato estesi al deducibile e con le ragioni di economia processuale che una differente ermeneutica finirebbe per implicare;

ciò posto, questa Corte ha chiarito che le conseguenze dannose che derivino, secondo un nesso di regolarità causale, dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, verificatasi in seguito a 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*", non essendo configurabile un danno risarcibile "*in re ipsa*" derivante esclusivamente dall'omessa informazione (Cass., 11/11/2019, n. 28985, che precisa anche che, d'altra parte e in coerenza, qualora venga allegato e provato, come conseguenza della mancata acquisizione del consenso informato, unicamente un danno biologico, ai fini dell'individuazione della causa immediata e diretta di tale danno-conseguenza, occorre comunque accertare, mediante giudizio controfattuale, quale sarebbe stata la scelta del paziente ove correttamente informato, atteso che, se egli avesse prestato senza riserve il consenso a quel tipo di intervento, la conseguenza dannosa si sarebbe dovuta imputare esclusivamente alla lesione del diritto alla salute



determinata dalla successiva esecuzione in tesi errata della prestazione professionale, mentre, se egli avesse negato il consenso, il danno biologico scaturente dalla inesatta esecuzione della prestazione sanitaria sarebbe riferibile "ab origine" alla violazione dell'obbligo informativo, e concorrerebbe, unitamente all'eventuale errore relativo alla prestazione sanitaria, alla sequenza causale produttiva della lesione della salute quale danno-conseguenza);

per queste ragioni, al fine di rendere concludente ovvero sorretto da interesse il ricorso, il deducente avrebbe dovuto dimostrare di aver allegato e richiesto di provare quanto sopra ricostruito, il che non risulta;

ne deriva l'anticipata conclusione;

spese secondo soccombenza;

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese processuali liquidate in euro 3.500,00 in favore dei controricorrenti Giorgio Maria e Andrea e in euro 3.200,00 in favore di ciascuno degli altri controricorrenti, oltre, per tutti, a euro 200,00 per esborsi, 15% di spese forfettarie, e accessori legali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, la Corte dà atto che il tenore del dispositivo è tale da giustificare il pagamento, se dovuto e nella misura dovuta, da parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Roma, 25 novembre 2022

Il relatore

Dott. Paolo Porreca

Il Presidente

Dott. Giacomo Travaglini

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Simone Fantini

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

OGGI, **23 FEB. 2023**

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Simone Fantini