

Civile Ord. Sez. 3 Num. 15745 Anno 2018

Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO

Relatore: FIECCONI FRANCESCA

Data pubblicazione: 15/06/2018

ORDINANZA

sul ricorso 10745-2016 proposto da:

AZIENDA SANITARIA , in persona del

Direttore Generale pro tempore, dott. ,

elettivamente domiciliata in ROMA, VIA)

, presso lo studio dell'avvocato

, rappresentata e difesa dall'avvocato

giusta procura in calce al ricorso;

- **ricorrente** -

contro

;

- **intimato** -

Nonché da:

MASSIMO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

F , presso lo studio dell'avvocato
 , rappresentato e difeso dall'avvocato
 giusta procura in calce al
 controricorso e ricorso incidentale;

- ricorrente incidentale -
contro

AZIENDA SANITARIA ;

- intimata -

avverso la sentenza n. 1/2016 della CORTE D'APPELLO
 SEZ.DIST. DI BOLZANO, depositata il 09/01/2016;
 udita la relazione della causa svolta nella camera di
 consiglio del 20/03/2018 dal Consigliere Dott.
 FRANCESCA FIECCONI;

IN FATTO

1. La Corte d'appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, con sentenza numero 1/2016 del 9 gennaio 2016, in riforma della sentenza di primo grado n 716 del 2011 del tribunale di Bolzano, accertava l'inadempimento delle obbligazioni dovute dai sanitari del nosocomio di Bolzano diretto dall'azienda sanitaria dell'Alto Adige nell'intervento chirurgico praticato al signor _____ paziente affetto da morbo di _____, relativamente alle complicanze mediche (setticemia) che l'avevano in seguito condotto a dover subire il trapianto di un rene. A tale conclusione la Corte d'appello era pervenuta dopo avere rinnovato la CTU esperita nel giudizio di primo grado che invece aveva causalmente ricondotto la complicanza verificatasi alle patologie preesistenti. La nuova CTU aveva accertato che all'intervento di anastomosi praticato non era seguita una corretta applicazione dei punti di sutura nei tessuti dell'intestino non infiammati e tale errata applicazione aveva causato la sepsi, peraltro riscontrata tardivamente in fase post operatoria. L'azienda sanitaria ricorre per cassazione della sentenza della Corte d'appello con atto notificato il 22 aprile 2016 e deduce tre motivi di ricorso; è comparso il contro ricorrente che nel resistere ha proposto ricorso incidentale.

IN DIRITTO

1. Con il primo motivo si deduce, ex articolo 360 comma uno numero 4 cod. proc. civ., la nullità della sentenza o del procedimento per violazione degli articoli 101 112 113 e 115 cod. proc. civ.. Sotto un primo profilo, il ricorrente si duole che il giudice dell'appello, ricorrendo a una fonte di notizie e conoscenze reperibile in *Internet* e denominata *Wikipedia*, non abbia fatto ricorso a nozioni di comune conoscenza ed esperienza, ma a personali conoscenze al di fuori del contraddittorio delle parti, contravvenendo al divieto di ricorrere alla scienza privata. Si critica difatti la statuizione, ripresa da Wikipedia, secondo cui l'anastomosi chirurgica

corrisponde a una sutura che unisce due visceri cavi, così da ritenere che i due termini anastomosi chirurgica e sutura siano tra loro sinonimi, mentre l'attore avrebbe sin dall'atto introduttivo allegato solo una scorretta esecuzione dell'anastomosi senza riferirsi a una imperfetta sutura dell'intestino, posto che in primo grado si era limitato a individuare una generica imprudenza e negligenza nell'esecuzione dell'intervento di anastomosi, senza specificare se la corretta esecuzione della sutura secondo l' *ars medica* imponesse particolari procedimenti di controllo; solo in sede di impugnazione l'attore deduceva che la deiscenza riscontrata fosse da imputarsi al cedimento di punti di sutura mal applicati. Inoltre, si deduce che né in primo grado né in sede di appello l'attore aveva mai allegato un inadempimento rispetto alla diversa obbligazione di assistenza post chirurgica, rilevata invece in via autonoma dal CTU nominato dalla Corte d'appello. Pertanto le inesattezze del giudice lo avrebbero condotto a indagare su fatti e circostanze non dedotti dalla parte attrice. Sotto un secondo profilo si deduce che le CTU acquisite sia in primo che in secondo grado erano del tutto esplorative e quindi inammissibili, avendo consentito di introdurre a favore del danneggiato una vera e propria <<indiretta *mutatio libelli*>>, dalla quale l'azienda ospedaliera non è mai stata posta in grado di difendersi.

- 1.1. Riguardo al primo profilo rileva la pronuncia della Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 13269 del 26/07/2012 che ha statuito che <<nel giudizio di risarcimento del danno derivato da colpa medica non costituisce inammissibile mutamento della domanda la circostanza che l'attore, dopo avere allegato nell'atto introduttivo che l'errore del sanitario sia consistito nell'imperita esecuzione di un intervento chirurgico, nel concludere allega, invece, che l'errore sia consistito nell'inadeguata assistenza postoperatoria; dovendosi considerare il fatto costitutivo, idoneo a delimitare l'ambito dell'indagine, nella sua essenzialità materiale, senza che le specificazioni della condotta, inizialmente allegate dall'attore, possano avere portata preclusiva, attesa la normale mancanza di conoscenze scientifiche da parte del danneggiato>>. Tale

pronuncia risulta confermata da Cass 18275/2014, Sez. 2, Sentenza n. 18275 del 26/08/2014 <<Nel giudizio di responsabilità per inadempimento contrattuale del professionista (nella specie, fondato sull'asserita insufficienza dell'opera di un ingegnere edile nell'approntare i rimedi preventivi alle infiltrazioni d'acqua in un fabbricato), non costituisce mutamento della domanda, ma semplice "emendatio libelli", l'allegazione di profili di inadeguatezza della prestazione diversi da quelli inizialmente prospettati (nella specie, relativi alla mancata previsione di un fenomeno di risalita per capillarità dell'acqua), restando immutato il fatto giuridico invocato a "causa petendi" del risarcimento>>. (conf. v . Cass. 1132 del 1976).

- 1.2. Inoltre, per quanto il giudice del merito si sia spinto a considerare la corrispondenza delle conclusioni del CTU alle nozioni reperite su Internet, non si ritiene che solo per questo il giudice abbia infranto il divieto di ricorrere alla scienza privata. Il ricorso alle nozioni di comune esperienza ~~non è fatto necessario~~, comportando una deroga al principio dispositivo e del contraddittorio, hanno rilievo solo quando introducono nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati (Sez. 1, Sentenza n. 6299 del 19/03/2014). Vale sopra tutto la considerazione che, in tale ipotesi, l'ambito di indagine ha riguardato l'intervento chirurgico praticato (anastomosi), nell'ambito del quale la sutura evidentemente ha fatto parte dell'atto chirurgico conseguente alla resezione di due parti dell'intestino. Il fatto che il giudice di merito abbia impropriamente indicato, facendo ricorso a nozioni comunemente reperibili su *Internet*, che l'anastomosi chirurgica è una sutura che unisce due visceri cavi, si da ritenere che i due termini siano sinonimi, non rileva ai fini della valutazione degli esiti della terapia praticata e della sua conformità alle tecniche dell'arte, in tal caso essendo stato dedotto che l'intervento *de quo*, facente parte della prestazione medica che la struttura si era obbligata ad eseguire, non ha avuto esiti favorevoli per il paziente. Difatti, come sopra visto, la prestazione medica ospedaliera non rimane

circoscritta all'intervento in sé praticato come terapia, ma ricomprende l'insieme delle prestazioni richieste dall'*ars medica* nel caso concreto, ivi comprese le attività complementari di sutura dei tessuti con manovre corrette e di assistenza post chirurgica, da considerarsi come parti altrettanto essenziali e complementari della terapia praticata.

1.3. Riguardo al secondo punto rileva il precedente dato da Cass. Sez. 3, Sentenza n. 4792 del 26/02/2013, ove statuisce che <<in caso di accertamento della responsabilità medico-chirurgica, attesa l'innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità, la consulenza tecnica presenta carattere "percipiente", sicché il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova>>. La CTU, pertanto, non ha accertato fatti e condotte ulteriori alle allegazioni attoree di *malpractice* medica circoscritte alla terapia praticata. Difatti per quanto la consulenza tecnica d'ufficio e le correlate indagini peritali abbiano generato una opinione percipiente, essa si è limitata ai fatti allegati dalla parte che solo un tecnico era in grado di accertare per mezzo della conoscenza degli strumenti di cui dispone (vedi Cassazione civile numero 1190 del 2015). Pertanto il motivo è infondato .

2. Con il secondo motivo, ai sensi dell'articolo 360 comma 1, numero 4 cod. proc. civ., si deduce la nullità della sentenza o del procedimento per nullità della consulenza tecnica esperita nel secondo grado. In particolare si deduce che al consulente siano stati dati compiti estranei a un giudizio tecnico, ovvero valutazioni e definizioni di situazione di questioni giuridiche che sono riservati al giudice circa l'esistenza di obbligazioni a carico di una delle parti in causa. Tale deduzione manca di specificità ex art. 366, n.6 cod.proc.civ. in quanto non si rinviene in quale punto del quesito sottoposto al CTU sia rinvenibile un tale sconfinamento da *iuxta probata et alligata* da parte del giudice. Tra l'altro, i motivi di nullità della CTU debbono essere rilevati tempestivamente, e non sono denunciabili in Cassazione per la prima volta.

In proposito si rileva che l'eventuale nullità della consulenza tecnica d'ufficio ricada nell'alveo delle cosiddette nullità relative ex articolo 157 cpc per cui tale eccezione avrebbe dovuto essere proposta dalla difesa avversaria, a pena di decadenza, nella prima difesa successiva utile. V. sul punto Sez. 3, Sentenza n. 2251 del 31/01/2013 <<La nullità della consulenza tecnica d'ufficio - ivi compresa quella dovuta all'eventuale allargamento dell'indagine tecnica oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente - ha carattere relativo e deve, pertanto, essere fatta valere nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione, restando altrimenti sanata >> (v. anche Sez. 3, Sentenza n. 746 del 14/01/2011; Sez. 1, Sentenza n. 10870 del 01/10/1999) v. anche Sez. 2 - , Ordinanza n. 28376 del 28/11/2017 in tema di accertamento tecnico preventivo "Lo sconfinamento dai limiti dell'accertamento tecnico preventivo - così come risultanti dal testo dell'art. 696 cod. proc. civ. anteriore alle modifiche apportate dall'art. 2, comma 3, lettera e-bis, del d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 80 del 2005 - dà luogo ad una inutilizzabilità soltanto relativa dell'accertamento. Ne consegue che, ove non sia concretamente configurabile alcuna violazione del principio del contraddittorio, per avere le parti effettivamente partecipato all'accertamento tecnico anche nei punti esorbitanti dall'incarico, ovvero allorché la relazione del consulente sia stata ritualmente acquisita agli atti senza opposizione delle parti stesse, si realizza la sanatoria del vizio, con conseguente utilizzabilità dell'accertamento, che può essere liberamente apprezzato dal giudice di merito in ogni sua parte e, quindi, anche in relazione alla causa del danno". Il motivo è pertanto inammissibile.

3. Con il terzo motivo si deduce la nullità della sentenza ex articolo 360 numero 5 cod. proc. civ. per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Rileverebbe che le condotte mediche, indicate dal CTU come obbligazioni dovute, non risultano esigibili dalla stessa letteratura indicata dal perito, essendo le operazioni di verifica di un' idonea vascolarizzazione dei margini intestinali da suturare,

delle suture svolte con sistema meccanico e dell'assenza di tensioni, o trazioni a livello della anastomosi, tutte pratiche correlate al caso della chirurgia per cancro del retto o sotto-peritoneale e non per la cura del morbo di Crown. Tale motivo appare inammissibile in quanto in tal modo si cerca di dare ingresso nel giudizio di legittimità a un riesame nel merito degli accertamenti e delle risultanze peritali, in cui i fatti sono stati tutti unitariamente ponderati e valutati. Occorre peraltro rammentare che, in base alla giurisprudenza di questa Corte, quando le risultanze probatorie consentono di ritenere dimostrati l'insorgenza o l'aggravamento di una patologia per effetto di una prestazione medica, è onere del convenuto dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza di imperizia può essere mosso o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna eziologia nella produzione del danno (Sez. 3, Sentenza n. 27855 del 12/12/2013 <<In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia con l'allegazione di qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno>>. Il motivo è pertanto inammissibile.

4. Con ricorso incidentale il controricorrente deduce che la sentenza impugnata non ha preso in considerazione le spese anticipate per le consulenze tecniche d'ufficio di primo e secondo grado, pur avendo espressamente la decisione statuito che le spese del giudizio seguivano la soccombenza, liquidando effettivamente le medesime in favore del ricorrente. Per tal via si deduce la violazione degli articoli 91 e 92 cod. proc. civ. per omessa pronuncia relativamente alla condanna alle spese di CTU anticipate in via provvisoria. Deduce altresì il resistente che se non vi fosse stato ricorso principale si

sarebbe optato per la via della correzione del dell'errore materiale ai sensi dell'articolo 287 cod. proc. civ. Sul punto rileva Sez. 3 - , Sentenza n. 25817 del 31/10/2017 laddove statuisce che << Ove nella statuizione sulle spese di lite non venga indicata la parte sulla quale graveranno definitivamente quelle relative alla consulenza tecnica d'ufficio non si configura il vizio di omessa pronuncia poiché la decisione sulle spese del giudizio ricomprende implicitamente quelle di consulenza>>. Alla luce di quanto sopra il ricorso incidentale viene rigettato.

5. Conclusivamente deve rigettarsi il ricorso principale e il ricorso incidentale; stante la prevalente soccombenza del ricorrente, le spese vanno poste a suo carico.

PQM

- I. Rigetta il ricorso principale e il ricorso incidentale;
- II. Condanna il ricorrente alle spese liquidate in € 10.000,00, oltre € 200,00 per spese e oneri di legge.
- III. Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1 bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma il 20 marzo 2018