

**TRIBUNALE DI ROMA 31 maggio 2018**

TRIBUNALE di ROMA

SEZIONE Sez.XIII°

N. RG.58481-14

REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice dott. cons. Massimo Moriconi

nella causa tra

C.B. (avv.ti F.S., M.A.P., A.f.)

attori

E

Spa A.M. in persona del suo legale rappresentante pro tempore (avv. E.G.

convenuta

E

dott.A.S. (avv.A.C.)

convenuto

E

Z.Insurance Public Limited Company Rappresentanza per l'Italia (avv.G.P.N.)

chiamata in causa dal dott. S.

ha emesso e pubblicato, ai sensi dell'art. 281 sexies cpc, alla pubblica udienza del 31.5.2018 dando lettura del dispositivo e della presente motivazione, facente parte integrale del verbale di udienza, la seguente

**SENTENZA**

letti gli atti e le istanze delle parti,

osserva:

La motivazione che segue è stata redatta ai sensi dell'art.16-bis, comma 9-octies (aggiunto dall'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132) decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 secondo cui gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalita' telematiche sono redatti in maniera sintetica.

Poiché già la novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69 era intervenuta sugli artt.132 cpc e 118 att.cpc , prevedendo che la sentenza va motivata con una concisa e succinta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, occorre attribuire al nuovo intervento un qualche significato sostanziale, che tale non sarebbe se si ritenesse che l'innovazione ultima sia puramente ripetitiva - mero sinonimo- del concetto già precedentemente espresso.

La necessità di smaltimento dei ruoli esorbitanti e le prescrizioni di legge e regolamentari (cfr. Strasburgo 2) circa la necessità di contenere la durata della cause, impongono pertanto applicazione di uno stile motivazionale sintetico che è stile più stringente di previgente alla disposizione dell'art. 19, comma 1, lett. a, n. 2-ter, d.l.83/2015.

\*

-1- Premesse

C.B.riferiva che dall'11 al 12 ottobre 2010 si era ricoverata presso la Casa di Cura A.M. di Roma al fine di effettuare un intervento di correzione di piede piatto dell'adulto; intervento effettuato dal dott.A.S.l'11.10.2010

Lamentava che dopo le dimissioni aveva accusato dolori e deficit della funzionalità del piede, non riscontrando alcun miglioramento.

Riportava le conclusioni del suo consulente (tratte da radiografie del 19.9.2013) secondo cui l'angolo di Costa Bertani era di 155° e la linea di Shade o Meary presentava ancora una linea di concavità superiore. Marcati segni di artrosi a carico dell'articolazione astragalo scafoidea e dell'astragalo cubiforme notevolmente aggravati rispetto ai precedenti esami radiografici

In altre parole, la situazione della paziente, in circa tre mesi dall'intervento si sarebbe aggravata con un peggioramento dei rapporti articolari con conseguente degenerazione artrosica e un peggioramento del valgismo del calcagno

La citazione lapidariamente sentenziava che, con evidenza, l'intervento non era stato effettuato con la dovuta perizia tecnica

Si costituivano sia la casa di cura che il medico (nonché l'assicurazione da questi chiamata in causa in manleva)

La struttura nosocomiale deduceva che il rapporto con il medico era di mera collaborazione esterna, nel senso che A.M. aveva (soltanto) messo a disposizione del chirurgo il personale paramedico e ed infermieristico, nonché i macchinari tecnico-scientifici ; e che la B. non aveva censurato nessuno degli aspetti riconducibili all'attività ed alle prestazioni della casa di cura convenuta.

In ogni caso chiedeva di essere sollevata, in rivalsa contro il medico, da ogni somma al cui pagamento fosse stata condannata, per la quota di responsabilità al medesimo attribuita

Nel merito la difesa della casa di cura e del medico, si incentravano sulle caratteristiche della prestazione medica da qualificarsi complessa e quindi soggetta alla disciplina di cui all'art.2236 cc con responsabilità solo per dolo o colpa grave, certamente assenti, perché neppure dedotti.

Precisavano che l'intervento concordato non era, come sostenuto dall'attrice, correttivo per piede valgo dell'adulto, quanto per piede valgo pronato congenito e sinostenosi tarsale

In particolare il dott. A.S. esponeva quanto segue.

La B. era nata con una malattia congenita che già all'età di 13 anni l'aveva costretta ad un intervento di stabilizzazione della colonna, di talché i piedi piatti erano solo un aspetto della complessa malattia degenerativa da cui era affetta

Tanto è vero che appena un anno dopo l'intervento presso A.M. la malattia aveva proseguito il suo corso producendo una necrosi del femore e la paziente era stata costretta, come da lei ammesso, a sottoporsi a protesi d'anca.

Il chirurgo descriveva diffusamente a pagina tre della comparsa la grave condizione dei piedi della B. ed i dolori e le difficoltà della deambulazione che incontrava.

E che a seguito dell'esame RX del 21.7.2010 il medico aveva spiegato alla cliente-paziente la situazione e proposto un intervento chirurgico di piede piatto valgo pronato bilaterale, con la finalità di riparare il danno articolare del piede, di arrestare il progressivo cedimento dell'arco interno del piede, di ridurre o eliminare il dolore del versante interno del piede dx e il dolore laterale, ridurre o eliminare l'instabilità del piede dx e migliorare la deambulazione

Aggiungeva che nel corso dell'intervento il chirurgo si era reso conto che era impossibile preservare le articolazioni gravemente e irrimediabilmente degenerate e quindi aveva optato per la stabilizzazione astragalo-calcaneare mediante atrodesi sottoastragalica

I postumi segnalati dal consulente dell'attrice non erano quindi riferibili ad imperizia ed errata esecuzione dell'intervento – neppure indicati in cosa consistiti- bensì alla naturale evoluzione della grave malattia degenerativa dalla quale la B. era affetta.

L'Assicurazione eccepiva, fra l'altro, che la polizza Professionisti n.567°3141 con decorrenza 27.12.2002 era cessata il 21.5.2011

Il medico non contrastava in alcun modo tale eccezione che pertanto va ritenuta fondata.

-2- Insussistenza di addebiti mossi dall'attrice al medico (ovvero addebito solo apparente)

Gli argomenti esposti dalla difesa di C.B. sono privi di specificità, e ictu oculi meramente assertivi secondo l'erronea e semplicistica equazione mancata guarigione = colpa medica [1]; tali da non poter attingere all'introduzione di una consulenza tecnica di ufficio che non sia meramente esplorativa.

Il rigetto delle domande della B., in parte qua, deriva dalle seguenti considerazioni

Va considerato che la difesa dell'attrice non va oltre la sintetica citazione, posto che non è stata depositata la memoria difensiva ex art. 183 I° cpc

E va ricordato che è solo entro questo ambito (citazione e memoria ex art. 183 I°) che si possono esplicitare (e si esauriscono) le integrazioni e modifiche delle domande e delle eccezioni, nonché l'esposizione dei fatti e dei motivi di diritto sui quali esse si fondano, avendo le memorie 183 II° e III° diversi contenuti e finalità

Carenza grave in quanto tale memoria si appalesava necessaria, attesa da una parte la manifesta lacunosità della citazione, e dall'altra le assai specifiche e precise prese di posizione sull'intervento eseguito, in particolare del dott. A.S., in sintesi supra riportate.

Ebbene, la citazione è apodittica, e di fatto redatta per relationem, senza alcun ragionato approfondimento, alla perizia di parte del consulente della B., dott. Salvatore A. (che non essendo uno specialista ha dimostrato misconoscenza delle cognizioni tecniche di un chirurgo ortopedico)

Così facendo peraltro l'attrice è caduta in un doppio errore, il primo quello della carenza espositiva della citazione, il secondo quello di fare vano affidamento su un atto di parte (la relazione del dott. A) insufficiente generico ed apodittico, avendo il medico-legale tranciato un giudizio di colpa medica senza alcun approfondimento, senza indicare specificamente e motivatamente quali errori avrebbe commesso il dott.S., quali condotte medico-sanitarie avrebbe dovuto porre in essere in luogo di quelle adottate e in che modo e perché le condotte effettuate si legavano causalmente con le condizioni della paziente (danno evento) e perché tali condizioni costituivano evento dannoso (danno conseguenza)

In effetti leggendo sia la citazione sia l'atto dal quale è tratta cioè la perizia A., non si rinviene la benché minima traccia dell'esposizione di un qualche errore del medico nella esecuzione dell'intervento.

Il consulente di parte espone circostanze inappropriate al fine perseguito (dimostrazione della responsabilità) affermando, contraddittoriamente, che

a distanza di tre anni (sic) nella comparazione dei radiogrammi sia presente un peggioramento dei rapporti articolari trascurando del tutto di considerare la rilevanza del significativo tempo trascorso dall'intervento al piede, sia in relazione alla natura degenerativa delle patologie innate della B. (che pure a pagina due della relazione riconosce) e sia della non secondaria vicenda costituita dall'intervento di protesi d'anca medio tempore intervenuta ad aggravare postura e deambulazione dell'attrice,

riconoscendo che durante l'intervento ed all'esito dell'esame visivo il chirurgo in relazione alle condizioni degenerate delle articolazioni era costretto a procedere all'artrodesi della sottoastragala, al fine di stabilizzare la zona astragalo-calcaneare erroneamente, per deficit di specifica competenza, valutava, con enfaticizzazione, un'anchilosi, che invero costituiva l'effetto oggettivo dell'artrodesi, diretta a stabilizzare il piede. La perdita della funzione inversione-eversione è un effetto dell'artrodesi, diretto ad eliminare o attenuare il dolore, mentre è del tutto insignificante la variazione di pochi gradi dell'angolo di Meary e Costa Bersani Il giudice condivide il principio cardine dell'onere di allegazione specifica come predicato dalle S.U. della Suprema Corte [2]

La sentenza esprime un principio di utile contenimento all'azionabilità incontrollata delle pretese in questa materia, laddove avverte che l'allegazione del creditore non può attenere a un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Da questo principio derivano importanti implicazioni :

l'attore deve allegare in modo serio (vale a dire non apodittico, perché in tale caso il principio enunciato dalla S.C. sarebbe solo apparentemente soddisfatto) preciso e specifico (quindi non solo con la descrizione della condotta che si assume errata ma anche con la illustrazione delle ragioni che supportano tale affermazione) i profili di inadempimento; ed è in relazione a tali profili - e solo a tali profili - che si porrà un onere del medico e/o della struttura di dimostrare che tale

inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno;

non sono da ammettere nella causa consulenze tecniche che assegnino al medico legale ed allo specialista quesiti omnicomprensivi e generali (oltre che correlativamente esplorativi), vale a dire diretti ad accertare se nell'attività del medico (quale essa sia stata) siano rilevabili errori (da ricercare)

Traendo ulteriori conclusioni, si deve precisare quanto segue:

dal punto di vista della dicotomia adempimento-inadempimento, l'attore (presunto danneggiato) deve allegare specificamente la mancata guarigione o l'aggravamento della patologia di ingresso e gli specifici profili di inadempimento del medico e/o della struttura nosocomiale;

il medico e/o la struttura hanno l'onere della prova che l'inadempimento non vi è stato affatto o se vi è stato, non è dipeso da causa ad essi imputabile ovvero non è stato causa del danno;

dal punto di vista del nesso causale, ove il giudice non sia in grado di accertare in modo certo e pieno, in base al principio del libero convincimento, la derivazione del danno dalla condotta del medico e/o della struttura, occorrerà verificare se in mancanza della condotta sanitaria censurabile (ovvero in presenza di una condotta più appropriata ed omessa) i risultati (in termini di normalità applicata alla singola e complessiva fattispecie) sarebbero stati diversi e migliori (per il paziente) secondo il principio del più probabile che non

laddove tale risultato non emerga, e rimanga incerta la scaturigine dell'evento dannoso, le domande del danneggiato saranno rigettate, in quanto è a suo carico, sia pure con i temperamenti suddetti, la prova del nesso causale [3]

Solo per completezza, attesa nel caso in esame la dimostrata insuperabile carenza espositiva dell'attrice, è opportuno ricordare che è stato talvolta ritenuto che pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge sino alla necessità di enucleazione ed indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto dagli esperti del settore (ché, diversamente opinando, si finirebbe per gravare il richiedente di un onere supplementare, quanto inammissibile, quale quello di richiedere, sempre e comunque, un accertamento tecnico preventivo onde supportare l'atto introduttivo del giudizio delle necessarie connotazioni tecnico - scientifiche), sufficiente essendo, per converso, la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non - professionista che, espletando, peraltro, la professione di avvocato, conosca (o debba conoscere) l'attuale stato dei possibili profili di responsabilità del sanitario (così Cassazione civile, sez. III, 19/05/2004, n. 9471)

Si tratta di opinione non condivisibile, fondata più che su una base scientifica, su una suggestione (favor per il paziente), che, contraddetta dall'univoca e generale applicazione, in ogni dove del diritto, di altro e contrario principio, aprirebbe le porte, ove condivisa, a domande giudiziali esplorative, del che in questo momento storico e massime in materia di responsabilità medica non si sente la necessità.

E valgano alcuni esempi.

Ove si lamenti che un istituto di credito ha applicato interessi usurari, il giudice correttamente non ammette una consulenza tecnica contabile laddove non sia stato esposto in modo sufficientemente specifico, per il che è di regola buona prassi allegare una consulenza tecnica di parte, in che cosa sia consistito l'inadempimento della banca, e quindi dove come e perché si siano verificati tassi usurari.

Se a seguito del rigetto della sua domanda giudiziale, l'attore per ciò stesso lamenti la colpa dell'avvocato, è ben difficile ritenere che l'azione possa conseguire il risultato sperato dal cliente

(risarcimento) se questi non sia in grado di allegare specificamente non solo in che cosa precisamente è consistito il deficit di diligenza e competenza del professionista, ma anche quale sarebbe stato l'esito del giudizio laddove la condotta del difensore fosse stata diversa e migliore.

Se si addebita ad un dottore commercialista di aver curato male la contabilità, compilando una dichiarazione dei redditi dalla quale è scaturito un accertamento dall'agenzia dell'Entrate, il cliente dovrà sicuramente allegare specificamente in che cosa sia consistito l'errore (es. non dovevano essere effettuate determinate detrazioni), spiegandone le ragioni.

E così via.

Tutti questi casi, che mutatis mutandis sono assimilabili a una causa per responsabilità medica, involgono questioni squisitamente tecniche, eppure nessuno mai ha dubitato che sia onere dell'attore farsene carico.

E ciò anche per un'altra ragione.

Assegnare al C.T.U. quesiti generici produce più di un effetto nefasto.

L'esito del lavoro del consulente infatti non sarà mai completo in senso proprio.

Ci sarà sempre la possibilità per la parte non soddisfatta delle sue conclusioni, rilevare che il CTU non ha indagato in una o in un'altra direzione e non ha verificato questo o quell'aspetto della questione.

Con tali premesse, il giusto punto di equilibrio non potrà che essere questione del caso singolo.

\*

Infine, l'art.2236 cc prevede che se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave

In epoca più recente, la giurisprudenza della S.C. ha svalutato alquanto la portata della norma, ritenendola implicante "solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto" (così Cass. 13/4/2007, n. 8826)

Si tratta di un understatement che si iscrive nella diffusa ed ampia tendenza, espressa negli ultimi decenni, della S.C. ad aggravare sotto ogni profilo ed anche con estremizzazioni difficilmente condivisibili (di cui sono esempi la costruzione della responsabilità per c.d. contatto sociale, l'applicazione tutta particolare per la responsabilità medica dell'istituto del danno da perdita di chances etc.), la responsabilità del medico.

Il tutto, con il rischio di esondare rispetto alla funzione nomofilattica (ma non creativa) che la Costituzione assegna al Supremo organo della giurisdizione ordinaria.

Occorre, anche nello spirito riequilibratore operato dalla recente legge 24/2017, dare il corretto significato a tale norma che non è stata mai abrogata, pur avendo subito interpretazioni mutevoli ratione tempore.

La parametrizzazione, disegnata sia pur timidamente nella predetta legge (agli art.5,6,7), della sussistenza o dell'intensità della colpa al rispetto o meno di linee guida e buone pratiche cliniche,

consente di affermare il principio che non può ritenersi in colpa (da intendersi grave e quindi giuridicamente significativa) il medico che, in assenza di condotte negligenti, imprudenti e superficiali, ed in presenza (come in questo caso) di problemi tecnici di speciale difficoltà, si sia attenuto alle linee guida o esse mancando, alle buone pratiche cliniche-assistenziali (delle quali non è stata neppure allegata la violazione) quali che siano stati i risultati dell'intervento dal medesimo effettuato.

-3- La domanda relativa alla carenza di consenso informato

E' stato eccepito dall'attrice la mancanza di un valido consenso informato, in particolare delle informazioni circa il tipo di intervento chirurgico e della relativa metodica (comprensiva, di fatto, di prelievo osseo) e specialmente delle possibili complicanze che si sarebbero potute presentare nel corso dell'intervento.

Va premesso che solo con la recente legge 22 dicembre 2017, n. 219 è stato espressamente (e senza retroattività) previsto, in via generale (che prescrizioni per singoli settori già esistevano), che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge

La legge, che ha fatto applicazione dei principali dettati della giurisprudenza, definisce il significato e la portata del diritto del paziente ad essere informato e del correlativo dovere del sanitario di informare adeguatamente [4]

E prevede altresì che il consenso non può essere documentato in forma verbale [5]  
Questo per il futuro.

Allo stato, la giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha costantemente enunciato, applicandoli, alcuni principi fondamentali in materia di consenso informato alla prestazione medica che vale ricordare:

a) La manifestazione del consenso informato alla prestazione sanitaria, costituisce esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione, riferito alla persona fisica (ex multis, Cass. n. 18513 del 03/09/2007, n. 14642 del 14/07/2015) 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.

Ad una corretta e compiuta informazione consegue, difatti:

- la facoltà, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;
- 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.
- b) 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
- c) 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 perchè non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate (Cass. 14/11/2017 n. 26827)
- d) Tale diritto, se pure connesso, va tuttavia tenuto nettamente distinto dal diritto alla salute, ossia dal diritto del soggetto alla propria integrità psico-fisica (cfr. Corte costituzionale, 23.12.2008 n. 438 che insegna come la circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento negli artt. 2,13 e 32 Cost. pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione..)
- e) Al diritto indicato corrisponde l'obbligo del medico di fornire informazioni dettagliate, in quanto strettamente strumentale a rendere consapevole il paziente della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative (Cass. 13/10/2017 n. 24074),
- f) 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),
- g) La prova del consenso – che non può mai essere presunto – può derivare da indizi e quindi da presunzioni ai sensi dell'art. 2727 cc (secondo la più recente giurisprudenza, cfr. Cass.n. 71516/18 del 27.3.2018; Cass.n.19212/15 del 29.9.2015) [6]
- h) Le informazioni relative devono essere fornite (Cass.6688/2018) con un linguaggio adeguato alle conoscenze e allo stato soggettivo del paziente destinatario dell'informazione, oltretutto senza far ricorso a tecnicismi e tanto meno con modalità criptiche,
- i) In caso di contestazione del paziente, in applicazione della regola del riparto dell'onere della prova, grava sul medico la dimostrazione di aver fornito tutte le indicazioni necessarie a compiere la scelta consapevole, e dunque di aver correttamente adempiuto all'obbligo informativo preventivo (cfr. Cass. n. 19220 del 20/08/2013)
- j) Nel caso in cui tale prova non venga fornita e dunque sussista inadempimento colpevole (il cui accertamento è del tutto indipendente dalla corretta esecuzione della terapia somministrata o dell'intervento chirurgico o dall'eventuale danno alla salute ad essi conseguito), occorre distinguere ai fini della valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria [7] proposta dal paziente, l'ipotesi in cui alla omessa informazione (od al consenso non idoneamente acquisito dal paziente: Cass. Sez. 3, Sentenza n. 24791 del 08/10/2008) sia conseguito un danno alla salute che costituisca esito non attendibile dalla prestazione tecnica se correttamente eseguita - e quindi imputabile a

colpa professionale -, nel qual caso la mancanza del consenso informato si inserirà nella serie causale produttiva del danno non patrimoniale, dalla ipotesi in cui, invece, il peggioramento della salute corrisponda ad un rischio attendibile e cioè ad un esito infausto prevedibile "ex ante" nonostante la esatta esecuzione della prestazione tecnica-sanitaria che si rendeva comunque necessaria, nel qual caso, ai fini dell'accertamento del danno, graverà sul paziente l'onere della prova, anche tramite presunzioni, che il danno alla salute è dipeso causalmente dal fatto che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2847 del 09/02/2010)

Nell'ambito di tale ultima situazione è stato precisato (Cass. 14/11/2017 n.26827) che il paziente 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. 3, 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

k) L'omissione nell'acquisizione del consenso informato può rilevare autonomamente solo quale violazione del principio di autodeterminazione. Infatti, in tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi (cfr Cass, sez, III 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass.ord.11749/18 del 15.5.2018)

l) Infine, l'eventuale inadempimento del medico può difettare di rilevanza, ai fini risarcitori, allorché risulti che il paziente sappia perfettamente quale sia l'intervento cui deve essere sottoposto; quali le conseguenze, quali i rischi, quali le alternative (ad esempio perché vi si è già sottoposto; perché è stato già informato dai terzi; perché ha una competenza specifica su questa materia), per difetto di nesso causale fra esso e le conseguenze dannose del vulnus alla libertà di autodeterminazione (così Cass. Cass.n. 71516/18 del 27.3.2018)

Nel caso di specie, il medico (dott.S.) ha sostenuto nella sua comparsa di costituzione di avere puntualmente informato la paziente per l'intervento programmato, cioè quello che aveva proposto alla paziente, un intervento chirurgico correttivo a carico del piede destro con finalità di riparare il danno articolare del piede.

Aggiungendo che solo nel corso dell'intervento poteva prendere atto che le articolazioni erano gravemente degenerate. E che solo in quel frangente aveva optato per la stabilizzazione astragalo-calcaneare mediante artrodesi sottoastragala

Nessuno dei convenuti, né il medico né la casa di cura, hanno avanzato richieste di prova in punto consenso informato.

Il cui modulo si compone di due fogli (vedi di seguito) la cui lettura dimostra in modo inequivocabile l'assoluta inidoneità degli stessi a costituire testimonianza della somministrazione alla paziente di adeguate informazioni e quindi della previa acquisizione di un valido consenso informato.

Nel modulo non è neppure indicato (spazio bianco) a quale intervento dovesse essere sottoposta la paziente....

OMISSIS

Né risultano pregnanti rapporti pregressi fra la B. ed il dott.S., in vista dell'intervento dell'11.10.2012, che possano in qualche misura colmare tale vuoto.

Si deve pertanto affermare che vi è stata inadempienza quanto all'obbligo di adeguata informazione della paziente.

La carenza, nel caso in esame, è grave (cfr. lettera K supra), perché, come ammesso dal dott.S., a causa di ciò che si presentava alla vista del chirurgo durante l'operazione, si dovette procedere ad un intervento di artrodesi sicuramente diverso e dalle conseguenze più problematiche rispetto all'intervento programmato. Di tale possibilità la B. non ha ricevuto alcuna informazione preventiva

Non può affermarsi, mancando ogni prova o indizio al riguardo, che di un tale possibile eventuale sbocco il medico abbia parlato, in precedenza, con la paziente.

Si tratta di un'informazione – mancata- che doveva essere invece fornita alla paziente quale possibile esito necessario nel corso dell'intervento.

Come visto supra, la Casa di Cura resistente ritiene di poter separare la responsabilità del medico (non dipendente della convenuta), che dovrebbe rispondere della prestazione professionale; da quella propria, che sarebbe limitata, a suo dire, alle inadempienze del personale dipendente e al malfunzionamento delle attrezzature (a titolo esemplificativo attività cliniche di diagnosi e cura, di pronto soccorso, di riabilitazione, servizi di diagnostica con uso di apparecchiature a raggi X e di radioterapia, attività di sperimentazione clinica e tecnologica, consulenza e informazione fornita a terzi anche attraverso il proprio sito internet etc.)

Si tratta di un'opinione che non può essere condivisa alla luce:

della granitica giurisprudenza anche di questo Tribunale, e di questa Sezione secondo la quale la struttura privata dove il paziente è stato ricoverato risponde dei danni, in solido con tutti i medici dell'équipe medica e chirurgica, quand'anche ciascuno di essi abbia stipulato con il paziente un contratto distinto ed autonomo, poiché la prestazione della struttura privata e quella dei medici sono collegate così strettamente da configurare un'obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, con la conseguenza che l'inadempimento contrattuale, o la responsabilità extracontrattuale, anche di uno soltanto dei coobbligati, obbliga anche gli altri al risarcimento; che trova nuova ed espressa linfa nella disposizione, sia pure non retroattiva, ma tuttavia utile a confermare la sostanziale indivisibilità dell'assunto giurisprudenziale,

dell'art.7 della l.8.3.2017 n.24 (Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria) secondo cui

1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e

ancorche' non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attivita' di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonche' attraverso la telemedicina.

L'affermazione, supra estesa, secondo cui la prestazione della struttura privata e quella dei medici sono collegate così strettamente da configurare un'obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, con la conseguenza che l'inadempimento contrattuale, o la responsabilità extracontrattuale, anche di uno soltanto dei coobbligati, obbliga anche gli altri al risarcimento, vale in linea generale, ma non in assoluto.

Occorre verificare come si atteggia, in particolare, quanto al consenso informato.

Il principio che va affermato è che l'ente ospedaliero (pubblico o privato) risponde sempre e comunque, nei confronti del paziente, solidalmente, per gli errori commissivi e/o omissivi che attengono alle prestazioni del medico, in un rapporto di continenza della responsabilità dell'ente rispetto a quella del medico.

Viceversa, il medico risponde solo della sua prestazione, ove errata, ma non risponde degli errori, deficit, inesattezze che pertengono alle condotte (prestazioni commissive o omissive) riconducibili, nell'ambito dell'obbligazione complessa di cui si è detto, all'ente.

La precisazione è necessaria perché assegna una chiave di lettura precisa e razionale che definisce e delimita l'ambito di responsabilità del medico, che altrimenti, in una lettura simmetrica (per l'ente e per il medico) della prestazione sanitaria, così come ricostruita dalla giurisprudenza - obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta – farebbe gravare sul medico anche le inadempienze della struttura sanitaria (quelle, per intenderci, che si sostanziano nelle prestazioni che a titolo esemplificativo sono state elencate, vedi supra, dalla difesa della Casa di Cura convenuta)

Il fondamento scientifico di tale distinzione va ricercato nel principio della necessaria colpevolezza, quale corredo della responsabilità, di talché non è possibile, salvo i casi in cui la legge prevede una responsabilità oggettiva, punire taluno per condotte che non siano nei suoi confronti ragionevolmente esigibili.

Con tale limpida e lineare chiave di lettura, è agevole scorgere la motivazione del perché non è addebitabile al medico, ad esempio, il colpevole deficit di sanificazione degli ambienti ospedalieri che abbiano causato la grave infezione che ha vulnerato, rendendolo vano, l'esito di un pur ben fatto intervento chirurgico (responsabilità esclusiva dell'ente); mentre al contrario risponderà sia il medico e sia l'ente ospedaliero per il caso in cui l'infezione sia derivata da un'inadeguata terapia antibiotica, preventiva coeva e successiva all'intervento chirurgico.

Nel primo caso non si può pretendere, salvo un corto circuito logico con il suddetto principio di necessaria colpevolezza, che il medico debba e possa farsi carico di attività che implicano scelte organizzative e impiego di mezzi e risorse che solo l'ente e per esso chi lo dirige può assumere.

Nel secondo caso, la diligenza esigibile nei confronti dell'ente riguarda:

la selezione e la scelta del medico, che devono essere accurate e attente alla presenza dei requisiti di competenza e professionalità che è giusto pretendere da parte della collettività, l'organizzazione strutturata del lavoro medico-sanitario che consenta la presenza ed il coordinamento, secondo le circostanze e la complessità del singolo caso, delle competenze,

3. l'attenta vigilanza e la costante e fattiva verifica della qualità del lavoro, desunta anche ma non solo dai risultati delle prestazioni, e, in definitiva, della appropriatezza dei professionisti che operano, a qualsiasi titolo, al suo interno (questo è il preciso significato peraltro della disposizione secondo cui la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose art. 7 co.1 ° l.24/2017)

Così chiarito, nei rapporti medico-ospedale/casa di cura, il significato della prestazione medica, quale obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, è agevole affermare che la responsabilità per assenza o deficit di consenso informato, attinge a condotte esigibili nei confronti sia del medico e sia della casa di cura, la cui corresponsabilità è pertanto solidale verso il paziente (salvo riparto interno, da valutarsi caso per caso. E' evidente, ad esempio, che il caso di omissione totale impinge verso una più grave responsabilità della struttura per l'omissione di una pur possibile organizzazione e vigilanza).

Nel caso di specie, la corresponsabilità è evidenziata per tabulas.

Nonostante la vistosa e documentale carenza (verificabile da parte di chiunque) non vi è stata alcuna attenzione da parte della Casa di Cura.

Nonostante che nel modulo sia ben leggibile l'onere della Caposala di badare che il modulo, una volta compilato, le venisse riconsegnato prima dell'intervento.

Sarebbe bastato, in tale occasione, un esame anche sommario per rendersi conto della grave carenza del modulo, sia pure firmato, atteso che

non recava neppure la descrizione dell'intervento, essendo il relativo spazio rimasto vuoto, non era stata compilata la parte relativa alle situazioni impreviste che potessero insorgere nel corso dell'intervento

Al di fuori di tale inadempienza, la prestazione del medico, come già spiegato supra, non è stata fatto oggetto di specifiche e fondate censure

Di fronte ad una situazione che solo nel corso dell'intervento si manifestava chiaramente critica (legamenti deteriorati), il dott.S. optava per l'artrodesi.

In tale contesto è del tutto assente qualsiasi prospettazione, da parte della paziente (l'attrice) che se debitamente informata (nell'accezione supra esposta) prima dell'intervento, non vi avrebbe dato corso, o lo avrebbe fatto in un modo diverso.

In applicazione del principio giurisprudenziale supra ricordato (del tutto condivisibile perché ispirato da una logica realistica e teleologica) sia pure in presenza di responsabilità per colposo deficit di consenso informato, essendo insussistente il danno al "bene salute", non può darsi corso, per tale verso, a risarcimento, non potendosi ritenere provato che la paziente ove informata non avrebbe accettato di sottoporsi all'intervento, ovvero avrebbe rifiutato di accettare i possibili sviluppi diversi da quello concordato

Al contrario è giusto liquidare alla B., valutate tutte le circostanze del caso, e in via equitativa, la somma di €5.000,00, a titolo di ristoro per la privazione del diritto ad una adeguata completa informazione, nei termini supra illustrati (lett.K supra).

I convenuti vanno condannati in solido, ritenendosi entrambi in pari misura responsabili (esclusa quindi qualsiasi manleva della Casa di Cura).

Come rende esplicita la visione dei documenti inseriti nella presente sentenza, vi era un obbligo attivo di controllo e vigilanza del rispetto delle regole che presiedono al consenso informato, desumibile dalla circostanza che la Caposala dovesse farsi carico, prima dell'intervento, di ritirare dalla paziente il documento del consenso.

Un buona organizzazione aziendale avrebbe imposto che il personale della Casa di Cura preposto verificasse, non certo il contenuto sostanziale del documento, ma di sicuro la sua formale completezza, nell'ottica di una fattiva collaborazione con il medico.

#### 4. Le spese

Attesa la parziale e non lieve soccombenza, si ritiene equo compensare per intero le spese di causa fra l'attrice e i convenuti; con condanna del medico nei confronti dell'assicurazione chiamata in causa senza valido supporto giuridico.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda eccezione e deduzione respinta, così provvede:

RIGETTA la domanda di C.B.relativa al danno alla salute;

ACCOGLIE , per quanto di ragione, la domanda relativa al consenso informato e per l'effetto CONDANNA in solido, Spa A.M. in persona del suo legale rappresentante pro tempore e A.S.al risarcimento del danno che liquida in €5.000,00 oltre interessi legali fino al saldo;

RIGETTA la domanda di A.S. contro la Z.Insurance Public Limited Company Rappresentanza per l'Italia

CONDANNA A.S.al pagamento delle spese di causa in favore della Z. Insurance Public Limited Company Rappresentanza per l'Italia che liquida in complessivi €2.200,00 oltre IVA CAP e spese generali;

COMPENSA per intero le spese di causa fra C.B.e i convenuti;

RIGETTA ogni diversa domanda;

SENTENZA esecutiva

Roma lì 31.5.2018

Il Giudice

dott.cons.Massimo Moriconi