



ORIGINALE

30852-2018

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

TERZA SEZIONE CIVILE

**RESPONSABILITA'
SANITARIA**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GIACOMO TRAVAGLINO

- Presidente -

R.G.N. 9386/2017

Dott. DANILO SESTINI

- Consigliere -

Cron. 30852

Dott. FRANCESCA FIECCONI

- Consigliere -

Rep. C.A.

Dott. EMILIO IANNELLO

- Consigliere -

Ud. 13/09/2018

Dott. ANNA MOSCARINI

- Rel. Consigliere -

cc

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 9386-2017 proposto da:

(omissis) , elettivamente domiciliato in (omissis)

(omissis) , presso lo studio dell'avvocato

(omissis) , che lo rappresenta e difende

giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

(omissis) , domiciliato ex lege in ROMA,
presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE,

rappresentato e difeso dagli avvocati (omissis)

(omissis) , (omissis) giusta procura

speciale in calce al controricorso;

FONDAZIONE

(omissis)

in

2018

2221

persona del legale rappresentante pro tempore Dott.

(omissis) , elettivamente domiciliata in (omissis)

(omissis) , presso lo studio dell'avvocato

(omissis) , che la rappresenta e difende

unitamente all'avvocato (omissis) giusta

procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 894/2016 della CORTE D'APPELLO
di MILANO, depositata il 07/03/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 13/09/2018 dal Consigliere Dott. ANNA
MOSCARINI;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero,
in persona del Sostituto Procuratore generale TOMMASO
BASILE, che ha chiesto il rigetto;

FATTI DI CAUSA

(omissis) , in proprio e quale erede del padre (omissis)
(omissis) , convenne davanti al Tribunale di Milano la (omissis)

(omissis) ed il dott. (omissis) per sentir pronunciare
la condanna dei medesimi al risarcimento dei danni occorsi al padre
(omissis) quando, nel corso di un'operazione di revisione chirurgica di
una protesi all'anca, però a seguito di una tromboembolia polmonare
massiva da trombosi della vena femorale destra.

Una CTU acquisita nel giudizio affermò l'impossibilità di una indicazione
precisa in termini percentuali della riduzione del rischio trombotico
nell'ipotesi in cui fosse stata somministrata una terapia specifica a base
di eparina, e sancì l'esistenza di un valido consenso informato sui rischi
dell'intervento. L'evento morte fu ricondotto ad un trombo che si
sarebbe potuto formare comunque. Il Tribunale di Milano, con sentenza
del 10/1/2004 rigettò le domande per mancato raggiungimento della
prova del nesso causale tra la condotta del medico e l'evento letale.

La Corte d'Appello di Milano, adita dal (omissis), con sentenza del 6/3-
31/8/2007 condannò il dott. (omissis) e la Casa di Cura in solido a
risarcire a (omissis) la somma di € 5.000, a titolo di
risarcimento dei danni oltre interessi compensativi sulla somma
devalutata e poi rivalutata, compensando le spese. Questa Corte, adita
con ricorso da (omissis) ha accolto il motivo relativo alla
violazione del diritto del paziente al consenso informato, cassando la
sentenza e rinviando alla Corte d'Appello di Milano per il prosieguo del
giudizio per la valutazione del *quantum*. Questa Corte ha ritenuto che
la sentenza avesse errato nel non riconoscere la lesione del diritto del
paziente ad essere informato dei rischi reali, e non vaghi e generici,
stampati su un modulo del primo intervento ed in particolare del rischio
che l'intervento di artroprotesi dell'anca fosse gravato dall'incidenza di
trombosi venosa profonda pari al 50% e che l'incidenza dell'embolia
polmonare mortale si attestasse intorno al 2%, sicchè ove fosse stato

informato, il paziente avrebbe potuto chiedere un consulto con lo specialista angiologo e l'esecuzione dell'ecodoppler molto prima che venisse eseguito il secondo intervento.

Questa Corte, accogliendo il motivo in questione, ha ritenuto sussistere la prova evidente dell'inadempimento in relazione alla mancata e completa informazione sul rischio inerente il primo intervento, con l'effetto che "su tale punto resta fermo *l'an debeatur*, mentre per il *quantum* dovranno essere riesaminate le pretese risarcitorie dell'erede che agisce in proprio o in tale veste come si dovrà desumere dall'atto introduttivo." Ha invece rigettato il ricorso relativamente al secondo profilo del consenso informato per il secondo intervento riparatore.

Il _____ ha riassunto il processo e la Corte d'Appello di Milano, con sentenza n. 894 del 7/3/2016, ha rilevato che l'attore in riassunzione avrebbe dovuto allegare e provare l'esistenza e l'entità del danno e che la stessa Corte, stante la diversità del diritto alla salute rispetto al diritto al consenso informato, si trovava nella necessità di rigettare la domanda, mancando la prova che il (omissis), ove fosse stato debitamente informato, non si sarebbe sottoposto all'intervento.

A seguito di riassunzione del giudizio, la Corte d'Appello di Milano ha respinto tutte le domande di (omissis), condannandolo alle spese del grado, ritenendo che il medesimo non avesse allegato e provato, neppure in base ad un ragionamento presuntivo, l'esistenza e l'entità di un danno riferibile alla violazione del diritto di autodeterminazione per carenza di consenso informato, limitandosi a semplici asserzioni, sia circa la possibile rilevazione di un trombo sia circa la possibile richiesta di esami preventivi. Il giudice del rinvio ha ritenuto che, in mancanza di una prova rigorosa del danno, l'ipotesi che ulteriori accertamenti avrebbero potuto evidenziare il trombo, restasse una mera illazione, da un lato smentita dal fatto che la patologia era asintomatica, dall'altro senz'altro improponibile per l'intervenuto giudicato sull'espletamento di tutte le corrette procedure da parte dei

sanitari. Secondo la sentenza impugnata, in assenza di prova contraria, doveva ritenersi che l'intervento era necessario; che il rischio tipico di trombosi era notevolmente ridotto dalla somministrazione di terapia antitrombotica; che la morte era sopravvenuta per tromboembolia polmonare massiva, ricorrente in una ridotta percentuale di casi sicchè doveva ragionevolmente presumersi che il paziente anche secondo *l'id quod plerumque accidit*, si sarebbe comunque deciso ad affrontare l'intervento. Conclusivamente ha rigettato tutte le domande ulteriori rispetto a quelle accolte dalla precedente sentenza della stessa Corte, compensato le spese del giudizio di cassazione e condannato l'(omissis) alle spese del giudizio di rinvio in favore di ciascuno degli appellati.

Avverso quest'ultima sentenza il (omissis) propone ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, illustrati da memoria. Resistono la Fondazione (omissis) ed (omissis) con distinti controricorsi. Il P.G. ha depositato le proprie conclusioni scritte nel senso del rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo (nullità della sentenza per violazione dell'art. 384, 2° co. c.p.c. e dell'art. 2909 c.c. nonché degli artt. 278, 1° co. e 359 c.p.c., nonché nullità della sentenza per consequenziale violazione dell'art. 112 c.p.c., in ogni caso in relazione all'art. 360, 1° co. n. 4 c.p.c. o violazione degli artt. 1362 ss nell'interpretazione rescindente da parte della Corte d'Appello di Milano), il ricorrente censura la sentenza per non essersi attenuta ai limiti del giudizio rescissorio delimitato dalla sentenza rescidente di questa Corte che, avendo riconosciuto l'*an* in ordine alla violazione del diritto al consenso informato, avrebbe dovuto semplicemente pronunciarsi sul *quantum*, trattandosi di un giudizio rescissorio con funzione prosecutoria. Era precluso alla Corte d'Appello di Milano procedere, come invece ha fatto, all'accertamento dell'esistenza stessa del credito risarcitorio. Questa

statuizione contrasta con il giudicato, la Corte ha errato nel non ritenere provati, in quanto consequenziali, i danni derivanti dalla mancanza di consenso informato sul primo intervento, distinguendo i danni "*iure proprio*" da quelli "*iure hereditatis*".

1.1 Il motivo è fondato e merita accoglimento. Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte la decisione di annullamento con rinvio vincola al principio affermato e ai relativi presupposti di fatto, onde il giudice del rinvio deve uniformarsi non solo alla "regola" giuridica enunciata ma anche alle premesse logico-giuridiche della decisione adottata, attenendosi agli accertamenti già compresi nell'ambito di tale enunciazione senza poter estendere la propria indagine a questioni che, pur se non esaminate nel giudizio di legittimità, costituiscono il presupposto stesso della pronuncia di annullamento, formando oggetto di giudicato implicito interno, atteso che il riesame delle suddette questioni verrebbe a porre nel nulla o a limitare gli effetti della sentenza di cassazione, in contrasto col principio di intangibilità (Cass., L, n. 17353 del 23/7/2010; Cass., 5, n. 20981 del 16/10/2015).

Nel caso di specie la pronuncia della Corte d'Appello di Milano si è discostata da questi principi rivalutando l'*an* del risarcimento, sul quale era sceso il giudicato. Le pronunce menzionate dal P.G., a sostegno delle sue conclusioni nel senso del rigetto del ricorso, non appaiono pertinenti al caso in esame, in quanto riferite a casi non sussumibili sotto la medesima fattispecie: Cass., 3, n. 13358/2014 ad un caso in cui il giudice del rinvio aveva travalicato i limiti del giudizio di rinvio, pronunciando al di là delle risultanze istruttorie acquisite nelle fasi di merito; Cass. 3, n. 22885 del 10/11/2015 relativa alla natura del giudizio di rinvio "aperto", quanto all'attività del giudice di merito, e "chiuso" quanto all'attività delle parti, legittimante la piena libertà del giudice nell'esame della controversia, in quanto riferito ad un annullamento conseguente ad un difetto di attività (omissione) del giudice del merito, che nel caso di specie non c'era stata.

2. Con il secondo motivo (violazione o comunque falsa applicazione degli artt. 1175, 1176, 1218, 1223, 1337, 2043, 2056, 2059, 2230 e 2236 c.c., degli artt. 2, 13, 32 Cost., nonché dell'art. 33 L. n. 833/1978, dell'art. 5 della Convenzione di Oviedo recepita con Legge n. 145/2001, nonché dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea", in relazione all'art. 360, 1 ° co. n. 3 c.p.c.) il ricorrente censura la sentenza nella parte in cui, dopo aver affermato che il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione si collocano su piani distinti dando luogo a diverse voci risarcitorie, ne trae la conclusione che il giudice di rinvio sarebbe, nella specie, impossibilitato a ravvisare un pregiudizio specifico derivante dalla violazione del diritto all'autodeterminazione, dato che il riassunto non aveva allegato e provato l'esistenza del danno per violazione del diritto all'autodeterminazione. Afferma che, pur trattandosi di diritti – quello alla salute e quello all'integrità del consenso – aventi diversi ambiti di protezione, afferendo secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il secondo alla libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente, non mancherebbero possibili interferenze, come nel caso in esame, in cui un primo intervento pacificamente sbagliato ed il difetto di informazione e quindi di consapevole consenso allo stesso primo intervento in ordine alla complicità letale, si trovano a tradursi in entrambi i casi in un danno alla salute. La Corte d'Appello avrebbe errato, muovendo dall'autonomia dei due diritti, nel ritenere che nella specie sarebbe stato necessario allegare e provare un danno diverso da quello sempre dedotto dal (omissis).

Il motivo, che sarebbe astrattamente fondato, resta assorbito dall'accoglimento del primo.

3. Con il terzo motivo (violazione e falsa applicazione degli artt. 2727 e 2729 c.c. in relazione all'art. 360, 1° co. n. 3 c.p.c. Conseguente violazione o comunque falsa applicazione del complesso normativo richiamato nell'epigrafe del precedente motivo sempre in relazione

all'art. 360 1° co. n. 3 c.p.c.), censura la sentenza nella parte in cui la stessa avrebbe fatto malgoverno delle norme in tema di presunzioni giungendo alla conclusione che il (omissis) si sarebbe certamente sottoposto all'intervento anche qualora fosse stato informato delle conseguenze potenzialmente lesive del medesimo.

Censura il giudizio contro-fattuale seguito dalla Corte di merito per prospettare un diverso ed opposto giudizio controfattuale.

4. Con l'ultimo motivo di ricorso (violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. anche in combinato disposto con l'art. 115, 2° co. c.p.c. e con l'art. 1226 c.c. in relazione all'art. 360, 1° co. n. 3 c.p.c.) il ricorrente torna a censurare l'impugnata sentenza nella parte in cui la medesima richiede una prova rigorosa al superstite che il paziente, ove debitamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento.

Anche il terzo ed il quarto motivo restano assorbiti dall'accoglimento del primo.

5. Conclusivamente il ricorso è accolto in relazione al primo motivo, mentre restano assorbiti gli altri, la sentenza va cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Milano, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri motivi, cassa l'impugnata sentenza e rinvia la causa alla Corte d'Appello di Milano, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile, il 13/9/2018

Il Presidente

Giacomo Travaglini

Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi 29 NOV. 2018
Il Funzionario Giudiziario
Innocenzo BATTISTA