

**Sez. 3, Sentenza n. 16394 del 13/07/2010**

omissis

Svolgimento del processo

1.1. Con citazione notificata in data 5-10-1998 V.M.P. e M.G., in proprio e quali genitori esercenti la potestà sui figlio M., convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Brescia l'AZIENDA USSL Regione Lombardia Ambito Territoriale n. (OMISSIS), l'OSPEDALE CIVILE (OMISSIS) (già USSL (OMISSIS)), il dott. B.G. e la REGIONE LOMBARDIA, esponendo che V.M.P., dopo la nascita del terzo figlio, non desiderando averne altri, si era sottoposta in data (OMISSIS) ad un intervento di "minilaparotomia sagittale con salpigotomia bilaterale" eseguito dal dott. B. nel suddetto OSPEDALE e che, ciononostante, nel (OMISSIS) la M. era rimasta nuovamente incinta, tant'è che in data (OMISSIS) aveva partorito M., peraltro, affetto dalla nascita da ipodisplasia renale destra, con rene destro funzionalmente escluso e praticamente mancante, nonchè da una lieve malformazione cardiaca. Gli attori chiedevano, dunque, il risarcimento dei danni derivati sia dalla lesione del diritto alla salute, sia per gli oneri di mantenimento, educazione e istruzione del figlio non voluto M., sia per i danni subiti da costui per effetto delle patologie dalle quali era affetto dalla nascita.

In esito all'istruttoria espletata, il Tribunale di Brescia, con sentenza del 30-5-2003, rigettava la domanda attorea, dichiarando, di conseguenza, non doversi provvedere in ordine alle domande di garanzia proposte dall'AZIENDA OSPEDALIERA di (OMISSIS) nei confronti della MILANO Assicurazioni s.p.a. e della NICHOLS SEDGWICK NB4 s.r.l. (ora INSURANCE & REINSURANCE s.p.a.) e dal B. nei confronti della Società CATTOLICA Assicurazioni coop. a r.l..

1.2. La decisione, gravata da impugnazione in via principale da V.M. e in via incidentale dalla REGIONE LOMBARDIA, era parzialmente codificata dalla Corte di appello di Milano, la quale con sentenza in data 20-1-2006, accoglieva l'appello incidentale, dichiarando il difetto di legittimazione passiva della REGIONE LOMBARDIA; respingeva, invece, l'appello principale, compensando le spese del grado tra gli appellanti principale, e l'AZIENDA USSL (OMISSIS), l'AZIENDA OSPEDALIERA di (OMISSIS), gestione liquidatoria, la MILANO Ass.ni s.p.a. e la REGIONE LOMBARDIA; condannava, invece, gli stessi appellanti principali al pagamento delle spese processuali in favore del B. e della CATTOLICA Ass.ne s.c.r.l..

1.3. Avverso detta sentenza hanno proposto ricorso per cassazione V.M.P. e M.G., "in proprio e nella indicata qualità, contro B.G., e la REGIONE LOMBARDIA, nonchè nei confronti della CATTOLICA Ass.ne s.c.r.l., della Gestione liquidatoria dell'ex AZIENDA USSL (OMISSIS), della MILANO Ass.ne s.p.a. e di INSURANCE & REISURANCE s.p.a. svolgendo cinque motivi, illustrati anche da memoria.

Hanno resistito, con distinti controricorsi, B.G., la REGIONE LOMBARDIA e la CATTOLICA Ass.nc s.c.r.l.; il primo ha svolto, a sua volta, ricorso incidentale tardivo, affidato a tre motivi e depositato memoria.



Nessuna attività difensiva è stata svolta dagli altri intimati.

Motivi della decisione
1. Preliminarmente occorre procedere ex art. 335 c.p.c. alla riunione dei ricorsi, principale e incidentale, avverso la medesima sentenza.

Va poi affrontata sin da ora la questione della violazione dell'art. 369 c.p.c., prospettata dal B. sub specie di terzo motivo di ricorso incidentale, ma in realtà costituente eccezione di improcedibilità del ricorso principale.

L'eccezione è infondata, dal momento che parte ricorrente risulta avere depositato, unitamente al ricorso, anche le copie della sentenza impugnata notificata in data 2 maggio 2006.

RICORSO PRINCIPALE - 1.1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione della L. 23 dicembre 1994, n. 724, art. 6, della L. 28 dicembre 1995, n. 549, art. 2, comma 14 e della L.R. n. 31 del 1997, art. 7, commi 7 quater e 7 quinquies, come modificato dalla L.R. Lombardia n. 3 del 2001, art. 4. Al riguardo parte ricorrente si duole che sia stato accolto l'appello incidentale della REGIONE LOMBARDIA, escludendone la legittimazione sulla base del disposto della L.R. n. 31 del 1997, art. 7, commi 7 quater e 7 quinquies come modificato dalla L.R. Lombardia n. 3 del 2001, art. 4); rileva, in particolare, che le norme regionali, di cui è stata fatta applicazione, sono intervenute successivamente all'inizio del giudizio di primo grado, mentre, in base alla normativa statale applicabile *ratione temporis*, la legittimazione passiva doveva essere individuata nella REGIONE in persona del legale rappresentante *pro tempore* o in subordine nella persona del commissario liquidatore e, in via ancora più gradata nella gestione liquidatoria, rappresentata dal commissario; la costituzione della REGIONE in appello sanerebbe, poi, qualsiasi problema di rappresentanza qualora si ritenesse corretta la prima o la seconda ipotesi.

1.2. Con il secondo motivo di ricorso si denuncia: a) violazione degli artt. 1218 e 2697 e dell'art. 1369 c.c. per avere la decisione impugnata posto a carico di parte attrice non solo l'onere (assolto) di provare la pattuizione di un intervento volto a procurare l'infertilità, ma anche quello di provare che se avesse conosciuto l'intrinseca insicurezza o temporaneità degli effetti dell'intervento (di cui era stata tenuta all'oscuro) ad esso non avrebbe consentito; b) violazione dell'art. 2697 c.c. in relazione alla prova della corretta esecuzione dell'intervento; c) violazione del comb. disp. degli artt. 2722 e 2729 c.c. per erronea applicazione delle presunzioni per contrastare il contenuto della cartella clinica.

In particolare, sotto il primo profilo, parte ricorrente si duole che non sia stata correttamente interpretata la volontà negoziale, avuto riguardo alla specifica richiesta della M., che non ora suscettibile di essere interpretata se non nel senso che la stessa intendeva essere privata, in maniera definitiva, della capacità di procreare. Inoltre la violazione: dell'art. 1369 c.c. avrebbe avuto a parere della ricorrente delle ricadute sul piano dell'onere della prova, per avere i giudici di appello erroneamente addossato alla paziente, non già l'onere di dimostrare che il contratto prevedeva la definitività degli effetti della prestazione, bensì quello che la creditrice i^{1/2}se avesse saputo della (possibile) non definitività degli effetti della prestazione, ad essa non si sarebbe sottoposta i^{1/2}; detta violazione avrebbe, altresì, pregiudicato l'affermazione della, responsabilità, perchè avrebbe



condizionato il diritto al risarcimento del danno alla dimostrazione che la creditrice non avrebbe stipulato il contratto, se avesse saputo che l'ottenimento della prestazione era incerto.

Sotto gli altri concorrenti profili enunciati nel motivo di ricorso, parte ricorrente ripropone la questione, già posta in appello, secondo cui i c.t.u. (e con essi i giudici di merito) sarebbero incorsi in un grossolano errore, confondendo un intervento descritto nella cartella clinica, come una salpingotomia e descrivendolo, invece, come una salpingectomia bilaterale eseguita con metodo Pomeroy. Di conseguenza lamenta che sia stato fatto esclusivo affidamento sulle risultanze della c.t.u., nonostante l'onere probatorio circa la correttezza del comportamento assistenziale gravasse sul medico e sebbene la cartella clinica, oltre a parlare di salpingotomia e non di salpingectomia, non facesse alcun riferimento alla tecnica di Pomeroy, per cui dovrebbe escludersi che sia stata eseguita la seconda parte dell'intervento riferita nella relazione (legatura delle porzioni di tube rimaste).

1.3. Con il terzo motivo di ricorso si denuncia: a) vizio logico di motivazione; b) erronea applicazione dell'art. 1223 c.c. con riferimento alle conseguenze ipotizzate con l'inadeguata informazione data dal dott. B. alla signora V., nonché dell'art. 2909 c.c., per non avere la sentenza impugnata considerato che sul punto specifico dell'inadempimento dell'obbligo di informazione si era formata il giudicato sul relativo capo della sentenza di primo grado; c) violazione dell'art. 2697 c.c. in relazione alla prova della non corretta informazione della paziente sui rischi del non riuscito intervento.

Sotto questo titolo parte ricorrente ribadisce la doglianza, secondo cui che la sentenza impugnata ha erroneamente posto a suo carico l'onere di dimostrare che - ove messa al corrente della non completa sicurezza dell'esito dell'intervento - la paziente non si sarebbe sottoposta allo stesso; osserva, in contrario senso, che una volta accertata la condotta antigiuridica del medico (che sarebbe duplice, in quanto la mancata informazione riguarderebbe sia l'intrinseca insicurezza del sistema, sia la specifica modalità dell'intervento, che conservava anatomicamente la tuba) sarebbe illogico porsi il problema del nesso causato nei termini in cui è stato prospettato dalla Corte di appello, costituendo il difetto di informazione l'antecedente logico del danno, rappresentato dalla "gravidanza" e da tutti gli eventi successivi.

1.4. Con il quarto motivo di ricorso si denuncia violazione degli artt. 1218, 1223, 1225 c.c. con riferimento sia al diritto dei genitori ad essere risarciti del mantenimento del figlio così come è costato loro, anche a seguito delle malformazioni, sia per l'autonomo diritto di M. ad essere risarcito del danno proprio.

Sotto questo titolo parte ricorrente deduce che - secondo i criteri di causalità giuridica e materiale; - rientrano tra i danni risarcibili sia il concepimento e la gravidanza non voluti, sia le ulteriori conseguenze, quali la nascita di M. e le malformazioni congenite da cui è affetto.

1.5. Con il quinto motivo di ricorso si insiste sull'an debeatur circa le domande di M. con riferimento all'applicazione degli artt. 1218, 1223 e 1225 c.c. in quanto destinatario della tutela contrattuale rispetto a un contratto con effetti protettivi in favore di terzi e si deduce la violazione dell'art. 2946 c.c. Al riguardo parte ricorrente afferma l'esistenza di un diritto "a non nascere" e precisa che l'azione del figlio aveva natura contrattuale.



2. Il secondo, il terzo e il quarto motivo rivestono priorità logica rispetto agli altri e vanno trattati congiuntamente per la stretta connessione delle tematiche, oltre che per la ripetitività di talune censure. Essi investono il tema centrale della decisione, che ha escluso l'obbligazione di risarcimento del danno del medico, vuoi nei riguardi dei genitori, vuoi nei confronti del figlio non voluto evidenziando, da un lato, la correttezza del trattamento sanitario eseguito e, dall'altro, quanto alla rilevata violazione del dovere accessorio di informazione, il difetto di prova, sotto il profilo causale, della lesione del diritto all'autodeterminazione.

I punti salienti in cui si articola la decisione impugnata in parte qua si rinvencono: a) nel rilievo della non configurabilità, nella specie, di un'obbligazione di risultato, avuto riguardo, in fatto, alla mancata prova (incombente su parte attrice) della specifica assunzione di garanzia da parte del B. circa il risultato perseguito dalla V. e, cioè, che l'intervento avrebbe definitivamente precluso eventuali gravidanze - e tenuto conto, in diritto, alla specificità dell'attività del medico, da inquadrarsi, come tale, nell'ambito delle obbligazioni di mezzi e non di risultato; b) nell'individuazione - sulla scorta delle concordi indicazioni dei c.t.u. e dei c.t.p. (ivi incluso il c.t. degli odierni ricorrenti) - del "tipo" di intervento chirurgico come una salpingectomia bilaterale eseguita con il metodo Pomeroy; c) nella verifica della correttezza sia delle modalità di esecuzione dello stesso intervento, sia della scelta tecnica effettuata, risultata quella più seguita, conosciuta e ritenuta idonea ad evitare ulteriori gravidanze e, comunque, quella sicuramente più consigliabile, atteso che l'intervento avvenne a distanza di tre giorni dal parto; d) nel rilievo che dalla bibliografia... risulta evidente che ancor oggi non esiste un metodo assoluto che consenta di sterilizzare con sicurezza, aggirandosi in quasi tutte le casistiche le possibilità di insuccesso nello 0,5%.

Sulla base di tali premesse in fatto e in diritto i giudici di appello hanno confermato le conclusioni del Tribunale, quanto alla corretta esecuzione della prestazione sanitaria e all'ascrivibilità della circostanza della nuova gravidanza, a distanza di circa sette anni dall'intervento, a quel pur modesto margine dello 0,5% di insuccesso; mentre, quanto alla violazione del consenso informato (per mancanza, di prova, incombente sul medico, dell'assolvimento del dovere accessorio di informazione in ordine all'incertezza sulla definitività della sterilizzazione), hanno rilevato l'aspecificità del motivo di appello, atteso che - a fronte dell'affermazione contenuta nella sentenza di primo grado, secondo cui non era stato provato dagli attori che la V., ove correttamente informata, non si sarebbe sottoposta all'intervento, solo in tal caso, potendo ipotizzarsi il nesso causale tra la mancata informazione o il danno lamentato - gli appellanti, da un lato, non avevano neppure dedotto di avere fornito la prova sul nesso causale (con la conseguenza che la decisione del Tribunale doveva ritenersi passata in giudicato in parte qua) e, dall'altra, si erano avventurati in una ridda di ipotesi circa le possibili alternative che avrebbe avuto la V. che lasciavano assolutamente inalterata la rilevata ratio decidendi.

2.1. Ciò premesso, il Collegio osserva che nessuna delle censure all'esame coglie nel segno.

Va, innanzitutto, evidenziata la genericità e inammissibilità delle deduzioni svolte, sotto il profilo dell'interpretazione della volontà negoziale, in relazione allo specifico rilievo del difetto di prova in ordine alla circostanza che il professionista avesse garantito il risultato voluto dalla paziente (2^a motivo). Invero indiscussa e indiscutibile la riferibilità alla parte istante dell'onere della prova di siffatta "garanzia", che non è affatto implicita negli obblighi di protezione e tutela derivanti dal



contatto sociale - la questione si risolve, ai pari di quelle attinenti, all'individuazione del "tipo" di intervento chirurgico e della metodologia adottata (2^a e 3^a motivo), in una tipica questione di fatto, che esula dal sindacato di questa Corte, la quale deve limitarsi a dare atto della correttezza, sotto il profilo logico e giuridico, delle valutazioni assunte, senza alcuna possibilità di riesaminare e rivalutare il merito della causa.

Va, altresì, rilevato che le censure attinenti al "tipo" di intervento e alle modalità di esecuzione (che, a detta dei ricorrenti, non avrebbero comportato la "legatura" delle tube, prevista dal metodo Pomeroy) sono prive di autosufficienza, atteso che non riportano i precisi contenuti della cartella clinica, i cui risultati contrasterebbero con i (peraltro concordi) accertamenti dei c.t.u. e dei c.t.p.. Le stesse censure non sono, comunque, neppure risolutive, a fronte dello specifico rilievo che il metodo in concreto adottato era il più idoneo allo scopo perseguito e alle particolari condizioni della paziente (che aveva appena partorito) e, all'ulteriore considerazione che non è, comunque, conosciuto dalla scienza medica un metodo di sterilizzazione che non abbia un sia pure modesto margine di insuccesso.

Merita aggiungere, con specifico riferimento alla lunga dissertazione svolta in ricorso in ordine alle differenze che, in base al dizionari medici e alle consultazioni su siti internet, sarebbe possibile riscontrare tra i due termini "salpingotomia" e "salpingectomia", che le deduzioni di parte ricorrente devono confrontarsi - oltre che la considerazione, svolta dai giudici di appello, secondo cui appare improbabile che nessuno dei numerosi luminari che si sono occupati della vicenda, abbia rilevato la differenza tra le due parole - con l'ulteriore rilievo contenuto nella sentenza impugnata, secondo cui gli stessi appellanti al di là di cavillare sulle parole, non hanno prodotto un solo testo, dal quale poter desumere che le due parole indicano due diverse modalità di intervento, mentre l'appellato dott. B. aveva prodotto documentazione da cui si desumeva che i termini erano sinonimi, essendo utilizzati indifferentemente per descrivere lo stesso tipo di intervento. In tale contesto l'esigenza di specificità del motivo imponeva ai ricorrenti non solo di allegare l'avvenuta produzione davanti al giudice di merito, quantomeno, di estratti della richiamata documentazione scientifica, ma anche di indicare con quale atto del giudizio precedente lo avessero fatto e le deduzioni svolte al riguardo, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della questione.

2.2. L'esame del nucleo centrale delle allegazioni difensive che è quello, variamente ripreso da tutti e tre i motivi all'esame, della riferibilità causale alla condotta del medico della gravidanza non voluta e "a cascata" di tutti gli eventi successivi e, quindi, della nascita di M. e delle patologie, da cui è risultato affetto il bambino - esige alcune premesse di principio.

In particolare - fermo quanto sopra detto in ordine al rilievo, in fatto, del difetto di prova di una specifica garanzia del risultato dell'intervento chirurgico - occorre rilevare che la più recente giurisprudenza di questa Corte è andata avvertendo la problematicità della tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati, posto che, da un lato, si è venuta ad operare quasi una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione (segnatamente nell'ambito della responsabilità professionali del medico) dei doveri di informazione e di avviso, definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione e, dall'altro, si è avvertito che in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza



sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile (cfr. Sezioni unite n. 577 del 2008 in motivazione).

Detto questo, non si vuole certo affermare che la responsabilità del medico deve essere ipso facto desunta dal mancato raggiungimento del risultato, quanto piuttosto evidenziare - seguendo le linee tracciate dalle SS.UU. (sentenza n. 577 cit.) - che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno, nelle obbligazioni così dette di comportamento, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno; il che comporta, in primis, la necessità della parte istante di allegare un inadempimento, per così dire qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Specularmente la sussistenza di nesso eziologico va indagata non solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico e pregiudizio della salute, ma - ove sia allegata la violazione del consenso informato - anche in relazione al rapporto tra attività emissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento, tenendo presente che, come più volte evidenziato da questa Corte, il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute (Cass., n. 10741/2009 e Cass., n. 18513/2007).

2.3. Ciò posto, occorre osservare che parte ricorrente - individuando il danno subito nel fatto del "concepimento" e della "gravidanza" non voluti (e in tutti gli eventi che ne sono conseguiti) e assegnando rilevanza al difetto di informazione, esclusivamente, come antecedente causale dello stesso danno - sovrappone e confonde due aspetti che, nella motivazione della decisione impugnata, sono stati (legittimamente) tenuti distinti, e, cioè, quello della correttezza del trattamento sanitario e quello (che prescindendo dalla correttezza o meno delle modalità di esecuzione dell'intervento chirurgico) della violazione del consenso informato. In altri termini le deduzioni dei ricorrenti incentrandosi sostanzialmente nel rilievo del mancato raggiungimento del risultato utile perseguito dalla paziente e ribadendo, quanto alla violazione del dovere di informazione, la ricchezza di ipotesi sulle possibili alternative che avrebbe avuto la M.V. - per un verso, si infrangono sull'insindacabilità, in questa sede, dell'accertamento, in fatto, sul punto dell'inevitabilità di un pur modesto margine di insuccesso dell'intervento chirurgico e dell'insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e detto insuccesso e, per altro verso, si rivelano prive di specificità, giacché ignorano la ratio della decisione impugnata che - distinguendo il diritto alla salute da quello al diritto alla autodeterminazione - ha evidenziato, quanto alla violazione di quest'ultimo, il giudicato interno sul punto dell'assenza di prova del nesso causale rispetto allo specifico inadempimento del dovere di informazione. Sotto questo profilo le censure all'esame risultano inammissibili per difetto di correlazione con le ragioni della decisione impugnata.

Le stesse deduzioni si rivelano, altresì, infondate a fronte del condivisibile principio di recente espresso da questa Corte, secondo cui la risarcibilità del danno da lesione della salute che, si verifici per le non imprevedibili conseguenze dell'intervento medico necessario ed eseguito correttamente, ma senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli, dunque, in assenza di un consenso consapevolmente prestato, richiede l'accertamento che il paziente avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato (Cass. 09/02/2010, n. 2847). Nell'occasione questa Corte ha evidenziato che la riduzione del problema al rilievo che, essendo illecita l'attività medica espletata senza consenso, per ciò stesso il medico debba rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente che il consenso informato non abbia prestato, costituirebbe una semplificazione priva del necessario



riguardo all'unitarietà del rapporto ed al reale atteggiarsi della questione, la quale non attiene tanto alla liceità dell'intervento del medico (che è solo una qualificazione successiva), ma che nasce dalla violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo, consapevole consenso. Che, se lo avesse fatto ed all'esecuzione dell'intervento (con le modalità rappresentategli) il paziente avesse in ipotesi acconsentito, sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perchè quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito.

In definitiva, sotto tutti i profili proposti, i motivi all'esame risultano privi di fondamento e vanno rigettati.

3. Il quinto motivo non ha una propria autonomia e risulta, in definitiva, assorbito, essendo destinato a ribadire la legittimazione di V.M. all'esercizio dell'azione di responsabilità contrattuale, legittimazione, peraltro, riconosciuta dalla sentenza impugnata, sul presupposto della natura contrattuale dell'azione proposta dalla madre e della qualità di vittima di rimbalzo del figlio.

Risulta, inoltre, irrilevante l'esame del primo motivo, attinente alla legittimazione della REGIONE in luogo dell'ex USSL (OMISSIS), posto che la responsabilità dell'ente ospedaliero viene dedotta solo come riflesso di quella del medico (che è stata esclusa). Anche detto motivo risulta, dunque, assorbito.

In definitiva il ricorso principale va rigettato.

4. RICORSO INCIDENTALI- I motivi di ricorso incidentale, con cui si contesta la violazione del consenso internato, nonché il mancato decorso della prescrizione, anche in relazione alla supposta natura extra - contrattuale dell'azione di V.M., sono oggettivamente condizionati e risultano, perciò, assorbiti.

La natura delle questioni trattate suggerisce la compensazione per l'intero tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

LA CORTE riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale, assorbito quello incidentale; compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.