

TRIBUNALE DI BENEVENTO

SEZIONE PRIMA CIVILE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI BENEVENTO

in composizione monocratica, in persona del Dott. Luigi GALASSO, ha emesso la seguente

SENTENZA

nel giudizio iscritto al n. 1592/2011 R.G.A.C.,

TRA

M. F., rapp.ta e difesa, giusta procura a margine dell'atto di citazione, dall'Avv. *omissis*;

ATTRICE

E

AZIENDA OSPEDALIERA "G. AU.", in persona del Direttore Generale *omissis*;

CONVENUTA

avente ad oggetto: "Responsabilità ex artt. 2049 – 2051 – 2052 c.c." (l'attrice, in realtà, invocava anche la responsabilità contrattuale).

CONCLUSIONI

Il verbale dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ed ogni altro atto, nel quale le conclusioni venivano articolate, debbono intendersi, *in parte qua*, come qui riportati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

M. F. traeva in giudizio, innanzi a questo Tribunale, l'AZIENDA OSPEDALIERA "G. AU." di Benevento, esponendo: di essere stata sottoposta, in data 24.3.1998, nell'ospedale della convenuta, ad intervento chirurgico di etmoidectomia anteriore bilaterale con svuotamento degli stessi, decorticazione dei turbinati inferiori, tamponamento delle fosse nasali con 2 Merocel per lato: e ciò sulla diagnosi di poliposi nasale ed ipertrofia dei turbinati inferiori; che la patologia recidivava, sicché, il 16.1.2006, veniva nuovamente ricoverata in quell'ospedale, e sottoposta ad altro intervento di asportazione di masse polipoidi; che si verificava nuova recidiva; che le cartelle cliniche relative ai ricoveri, durante i quali erano stati eseguiti gli interventi chirurgici, non risultavano redatte in maniera precisa e completa; che ella non aveva ricevuto informazioni circa la natura degli interventi, le complicazioni, la possibilità di recidiva e di peggioramento della patologia; che, ove fosse stata correttamente informata, avrebbe potuto «scegliere sia un centro fuori regione per le cure, da eseguirsi presso i cc.dd. centri di alta specializzazione, sia di poter scegliere un trattamento farmacologico conservativo e non invasivo come quello chirurgico evitando così inutili rischi e l'aggravarsi della patologia.».

L'attrice chiedeva accertarsi la responsabilità contrattuale od extracontrattuale della convenuta, e condannarsi la medesima convenuta (o «chi di ragione in via solidale»: ma

nessuna domanda è stata avanzata contro tale imprecisato «chi») a risarcire i danni patrimoniali, non patrimoniali, biologici ed alla vita di relazione, oltre agli interessi ed alla rivalutazione monetaria.

Si costituiva la convenuta, la quale resisteva alla domanda.

Trattata ed istruita (mediante documenti) la controversia, venivano precisate le conclusioni ed il Giudice tratteneva gli atti per l'emanazione della sentenza, assegnando i termini, di cui all'art. 190 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Nessuna prova è stata offerta, dalla convenuta (l'attrice, invece, deposita documentazione, dalla quale si evince che ella sottoscriveva moduli prestampati, attinenti genericamente ad un qualunque trattamento: la convenuta, secondo i principi della responsabilità contrattuale – cfr. la motivazione di Cass. civ., Sez. III, 28.7.2011, n. 16543 –, doveva dimostrare, in maniera concreta e specifica, e non attraverso ragionamenti astratti e genericamente deduttivi, quali quelli presentati, di aver assolto al dovere di acquisire il consenso informato), che la M. sia stata adeguatamente, specificamente e precisamente informata della natura degli interventi chirurgici, delle sue modalità, delle possibili conseguenze, delle eventuali alternative («*Il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, col solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l' "id quod plerumque accidit", in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo.*»: Cass. civ., Sez. III, 11.12.2013, n. 27751).

Gli interventi, peraltro, e ciò rimane incontestato, venivano eseguiti correttamente (cfr., in questo senso, la stessa perizia di parte della M.): benché ciò si ponga sul differente piano dell'esatta esecuzione della prestazione medico-chirurgica, anziché su quello dell'osservanza dell'obbligo di acquisire il consenso informato (Cass. civ., Sez. III, 28.7.2011, n. 16543: «*Il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile -, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento "absque pactis" sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale "deficit" di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica.*»).

Nessuna attinenza col consenso informato, invece, ha la corretta compilazione della cartella clinica, che attesta, *a posteriori*, quanto avvenuto: ed è difficile individuare un diritto alla precisa redazione di quel documento, diritto che possa essere considerato quale posizione giuridica tutelabile in sé e per sé, anziché strumentale (come mezzo per un'istruttoria) alla

difesa di altro diritto, di natura sostanziale (e, nella specie, manca tale deduzione, limitandosi l'attrice a dedurre pregiudizi derivanti dalla mancanza del consenso informato).

2. Quanto alla conseguenza, in punto di *an* del risarcimento, della prestazione di un consenso non preceduto da adeguata informazione, la questione da risolvere è se si tratti di un danno *in re ipsa*, quale danno-evento (questa la scelta del perito di parte della M.: «*L'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione da parte del sanitario fa sorgere ipso facto il diritto del paziente al risarcimento del danno.*»: pag. 12), o di un danno-conseguenza.

Nella giurisprudenza della S.C., si rinviene, in una decisione risalente a poco più di otto anni or sono (Cass. civ., Sez. III, 14.3.2006, n. 5444), l'affermazione che il risarcimento dipende dall'avvenuto peggioramento delle condizioni di salute del paziente, il quale non ha potuto consapevolmente scegliere e, dunque, è stato sottoposto ad un trattamento che, quantunque correttamente eseguito, ha condotto a conseguenze peggiorative («*La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell'obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica - in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa - di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, mentre, ai fini della configurazione di siffatta responsabilità è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, svolgendo rilievo la correttezza dell'esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità sotto un profilo diverso, cioè riconducibile, ancorché nel quadro dell'unitario "rapporto" in forza del quale il trattamento è avvenuto, direttamente alla parte della prestazione del sanitario (e di riflesso della struttura ospedaliera per cui egli agisce) concretatesi nello svolgimento dell'attività di esecuzione del trattamento. La correttezza o meno del trattamento, infatti, non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni e che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell'art. 32 comma secondo della Costituzione (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'art. 13 della Costituzione, (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; ex art. 54 cod. pen.), donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica. Mentre, sul piano del danno-conseguenza, venendo in considerazione il peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la verifica di tale peggioramento sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta.*»).

Una successiva sentenza della Corte (Cass. civ., Sez. III, 28.7.2011, n. 16543), nell'ampia disamina della questione, contenuta nella motivazione (se ne riportano i passi salienti di seguito), evidenzia la rilevanza del diritto al consenso informato, quale posizione insuscettibile di violazione, se non in determinati ed eccezionali casi, di urgenza e necessità:

non sembra, però, aver chiarito del tutto se si debba parlare di danno-evento o di danno-conseguenza:

4. - La censura sulla mancanza di consenso informato in riferimento all'intervento di laparoscopia e che si conclude con il relativo quesito a p. 16 del ricorso va disattesa. Di vero, ed in linea di principio, va ribadito il costante orientamento di questa Corte, in virtù del quale costituisce violazione del diritto inviolabile all'autodeterminazione (artt. 2, 3 e art. 32 Cost., comma 2) l'inadempimento da parte del sanitario dell'obbligo di richiedere il consenso informato al paziente nei casi previsti (S.U. n. 26972/08;

Cass. n. 2847/10).

Infatti, il diritto al consenso informato è un vero e proprio diritto della persona e trova fondamento in quelle norme costituzionali sopra richiamate, nell'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145, nell'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 ed ora giuridificata, nella L. 21 ottobre 2005, n. 219, 'art. 3 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), nella L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 6 (Norme sulla procreazione medicalmente assistita), nella L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), oltre che nell'art. 30 del Codice deontologico, ma che soprattutto trova fondamento nell'a priori della dignità di ogni essere umano, che ha trovato consacrazione anche a livello internazionale nell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla biomedicina del 12 gennaio 1998 n. 168.

Come argomenta il giudice delle leggi, in virtù di queste previsioni normative il consenso informato svolge la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, al punto che deve essere ritenuto un principio fondamentale in tema di tutela della salute (Corte cost. sent. n. 438, par. 4, in motivazione).

In virtù del "diritto vivente", in altri termini, così come costituito dalle statuizioni costituzionali e da questa Corte, nonché dall'osmosi tra attività interpretativa, da un lato, e norme interne ed internazionali, dall'altro, per gli interventi sanitari sul paziente emerge l'obbligo dello Stato e delle sue istituzioni, tra cui il giudice, a mantenere al centro la dimensione della persona umana nella sua concreta esistenza, in quanto connaturata da dignità, che presiede ai diritti fondamentali, senza la quale tali diritti potrebbero essere suscettibili di essere soggetti a limiti da svilire ogni loro incisività e che costituisce valore assiologico che informa l'ordinamento giuridico nella sua totalità e, quindi, a maggior ragione ogni norma ordinaria.

Se, quindi, l'homo juridicus è ormai homo dignus, come, condividendo autorevole dottrina e prendendo spunto dalle varie disposizioni sui diritti umani, ha ritenuto questa Corte con sentenza n. 7237/11 (in motivazione) la giurisprudenza di cui alle sent. n. 3847/11; n. 9315/10; n. 21748/07 riceve un ulteriore rafforzamento per ipotesi del genere.

Ciò rimarcato, per quanto concerne la presente censura che si appunta sulla mancata di consenso informato in merito all'intervento di laparoscopia, il Collegio rileva che sin dall'atto di citazione si ricavava:

- 1) che il C. aveva in cura la N., che presentava una malformazione uterina, sin dal 1990;
 - 2) nel 1992, per porre rimedio alla malformazione il C. il 19 febbraio 1992 effettuò un intervento di metro plastica laparotomia;
 - 3) nel 1994 alla quindicesima settimana la N. abortì e il C. consigliò un intervento di laparoscopia presso altro sanitario, specializzato in questa tecnica, che fu eseguito il 23 febbraio 1996 con totale eliminazione del problema, a dire degli attori;
 - 4) nel 1996 una indagine ecografica rilevava la presenza di una sacca liquida paraovarica, di cui il C. fu reso edotto, ma per la quale non ritenne opportuno intervenire;
 - 5) nel 1997 la N. abortì di nuovo per cui nel dicembre 1997 il C. consigliò di intervenire.
- Alle richieste delucidazioni della N. e del marito sulla qualità e le conseguenze dell'intervento il C. osservò che si trattava di una semplice laparoscopia (va ricordato che già una volta la N. aveva subito lo stesso intervento, ad opera di altro sanitario, su indicazioni del C.);
- 6) l'intervento fu programmato ed il 12 gennaio 1998 la N. si ricoverò presso l'Ospedale (1) di Roma ASL ... , con la diagnosi di cisti paraovarica sinistra;
 - 7) il 14 gennaio 1998 entrò in sala operatoria e l'intervento da laparoscopico si trasformò in laparotomico. Quello che si sottolinea nell'atto di citazione di primo grado è che la N. aveva prestato consenso solo ad una tecnica non invasiva in modo traumatico e per l'aspirazione di una massa liquidale (p. 10 atto di citazione). Queste circostanze evidenziate nell'atto introduttivo, la programmazione dell'intervento, ovviamente concordato, la chiara espressione di volontà di sottoporsi soltanto ad un intervento dalla tecnica non invasiva sono tutti elementi che depongono nel senso che vi sia stato - per facta conclusiva -, rectius senza nessun atto scritto, un effettivo e consapevole consenso informato in merito alla sola laparoscopia.

Ne consegue che va disattesa la censura sul punto, il cui rigetto, aggiungasi per completezza, non contrasta con quanto in linea di puro diritto affermato per l'innanzi. Infatti, ciò che rileva e costituisce una condicio sine qua non è che il paziente sia messo in condizioni di assentire al trattamento sanitario con volontà consapevole delle implicazioni, attraverso una informazione adeguata che permetta allo stesso di avere piena conoscenza della natura, della portata ed della estensione, dei rischi, dei risultati conseguibili e delle eventuali conseguenze negative. In altri termini, il diritto fondamentale alla tutela della salute, per cui la N. doveva essere compiutamente informata risulta rispettato. Non solo, ma le informazioni date per programmare l'intervento erano esatte e corrette dal punto di vista scientifico in ordine alla assenza di rischi, atteso che ad analogo intervento, che ebbe esito positivo, a dire della stessa N. un po' di tempo prima, ella si era sottoposta (v. ex adverso Cass. n. 24742/07).

Peraltro, la microlesione intestinale che gli attuali ricorrenti addebitano all'intervento laparoscopico fu rilevata solo in occasione del secondo intervento al (2), in seguito alla peritonite insorta dopo l'intervento al (1) e lo stesso perito, incaricato nel procedimento penale instaurato nei confronti del sanitario, ebbe a manifestare fondata incertezza sul se quell'intervento laparoscopico avesse potuto procurare la lesione, la cui esistenza non era emersa nemmeno in occasione del primo intervento al (2), pur non potendo essere esclusa - ritiene il giudice dell'appello -, contrariamente a quanto asserito dal Tribunale. Ed, infine, non vi è prova - in ordine all'intervento laparoscopico- che vi siano altri specifici errori chirurgici nell'espletamento dello stesso (v. p. 6 sentenza di primo grado) , anche per quanto accertato dal CTU, il quale faceva rilevare nelle

sue conclusioni che si trattava di "un'infezione subdola con sintomatologia tardiva, che avrebbe potuto essere diagnostica se la paziente fosse rimasta ricoverata sotto osservazione all'Ospedale (1) (p.8 sentenza impugnata).

5.-Di qui l'assorbimento delle censure indicate al n. 7 del ricorso (errore chirurgico e responsabilità del medico, sulla rilevata, successivamente, microlesione) sia sotto il profilo della contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 5, sia sotto quello, in estrema sintesi, dell'onere della prova e del rispetto del criterio del più probabile che non (p. 32-37 del ricorso), sia sotto quello dell'errore chirurgico e sua incertezza (p. 37-40 del ricorso), perché, in buona sostanza, si contrappongono alle valutazioni del CTU, condivise dal giudice del merito, quelle del Consulente di parte e lo stesso CTU T. ebbe a sostenere che la perforazione intestinale non venne ne' sospettata ne' conosciuta dall'operatore (p. 39 del ricorso).

Sul punto, comunque, la motivazione della sentenza è immune da censura, con l'ulteriore assorbimento dei motivi così come indicati al punto 8 (errore chirurgico e sua incertezza sotto il duplice profilo circa errore chirurgico e sua incertezza e sulla infezione che ha provocato la peritonite), considerato che la microlesione ebbe ad evidenziarsi solo in un secondo momento e il rapporto eziologico fu ipotizzato solo nel secondo intervento al (2). Nè si può ritenere apodittica l'affermazione di cui a p. 7 della sentenza impugnata, circa la non infrequenza di complicanze e la compatibilità con la natura dell'intervento chirurgico subito dalla N. e di cui alla stessa p. 7 ultimo capoverso, attesa la condivisione da parte del giudice del merito della CTU e di quanto dichiarato sia dal Consulente della difesa nel processo penale e dal Consulente del P.M., di cui ampi stralci sono riportati nel controricorso (p. 26-32 controricorso).

Ed, inoltre, va precisato che, contrariamente a quanto nella censura si deduce, non risponde al vero che vi sia stata una omessa ed insufficiente motivazione su questo punto, stante anche il richiamo alla decisione di primo grado, che ebbe ad escludere ogni errore specifico e non essendo risultato certo il nesso eziologico con l'intervento eseguito in laparoscopia, come da relazione del CTU, che non ha esulato dal suo compito, come, invece, sostengono i ricorrenti. Pertanto, non risulta conferente, anche in relazione alla tenuta della cartella clinica, il richiamo a quell'orientamento giurisprudenziale che ha trovato, di recente, conferma in Cass. n. 10060/10.

6.- Vanno, peraltro, disattesi i motivi (così numerati) da 10 (errore chirurgico ed emorragia sotto i triplici profili indicati) e quello pure indicato con il n. 10 (errore chirurgico e sua riparazione) nel suo duplice profilo. In queste censure, ed in estrema sintesi, i ricorrenti lamentano l'errore tecnico del chirurgo.

Al riguardo, sia la sentenza impugnata che quella di primo grado hanno escluso qualsiasi errore sia per la tecnica laparoscopica sia per quanto concerne l'intervento laparotomico, considerata la particolare tenacia di aderenze imponenti, che portarono anche alla resezione ovarica bilaterale e che non fu rilevata ecograficamente se non come cisti ovarica, mentre in effetti si era rivelata essere una complessa massa aderenziale, che coinvolgeva, tra l'altro, il sigma, l'ovaio e la tuba sinistra.

Si è trattato di interventi (sia quello laparoscopico che quello laparotomico) eseguiti in conformità alle metodiche medico-chirurgiche, come accertato dal CTU, per il quale tecnicamente il campo di intervento del trocar, per mezzo del quale venne effettuata la laparoscopia non attingeva in alcun modo il colon traverso. Infine, circa la censura sulla CTU Torregrossa (indicata con il n. 12 nel ricorso), di cui si era chiesta la rinnovazione, stante l'asserito contrasto con altre consulenze di parte acquisite, va detto che le conclusioni del CTU escludevano alcuna imperizia o negligenza del sanitario e, quindi, ogni nesso eziologico. Il giudice del merito ne prende atto con motivazione che si sottrae alla denunciata censura.

7.-Sgombrato il campo dalle censure che riguardano il consenso informato per la laparoscopia e la correttezza dell'intervento anche di laparotomia nel senso che entrambi furono eseguiti secondo le opportune metodiche e senza alcuna imperizia o negligenza, osserva il Collegio che il ricorso va accolto lì dove assumono i ricorrenti che alla N. non fosse stato richiesto il necessario consenso informato per l'intervento di laparotomia.

Come, infatti, emerge dalla letteratura scientifica, ed è noto, la laparotomia è un intervento completamente diverso dalla laparoscopia e consiste, in genere, nell'incidere l'addome per chiarire la causa di una malattia non diagnosticata o quando il chirurgo si trova a trattare una malattia nota, di cui altri esami non siano riusciti ad evidenziare la causa dei sintomi e dei segni che la malattia presenta.

Ci si trova, quindi, in presenza di un intervento assolutamente autonomo, non frequentemente determinato dalla urgenza e non già, ma il discorso non cambia, in presenza di modalità diverse dello stesso intervento.

Come già posto in rilievo, la mancanza di richiesta del consenso informato costituisce violazione del diritto inviolabile della persona a vedere tutelato il suo diritto alla salute con la dignità propria dell'essere persona.

La richiesta va sempre e comunque fatta a meno che non si tratti di caso di urgenza o di trattamento sanitario obbligatorio. Per intervenire motti proprio occorre, sia in virtù del codice di deontologia del 3 ottobre 1998-nonché di quello del 16 dicembre 2006 - art. 35 - sia delle norme ordinarie, internazionali e costituzionali sopra richiamate, che si verifichi durante l'intervento programmato ed assentito un fatto nuovo che ponga a repentaglio la vita del paziente e venga ritenuto medicalmente indispensabile.

Anche in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano derivate conseguenze dannose, qualora tale intervento non sia stato preceduto da adeguata informazione, nel caso in esame addirittura inesistente informazione, l'inadempimento dell'obbligo di informazione assume una valenza causale sul danno o sui danni subiti dal paziente. La N. aveva assentito alla laparoscopia e rifiutava ogni intervento dalla tecnica invasiva.

Il C., atteso che la sua era una responsabilità contrattuale e non extracontrattuale allo scopo di ottenere il consenso informato a fronte della allegazione della N. dell'inadempimento di tale obbligo di informazione, non ha adempiuto all'onere di provare di avere adempito a tale obbligazione (Cass. n. 2847/10), con conseguente legittima richiesta risarcitoria da parte della sua paziente (Cass. n. 10741/09).

Al riguardo, già la sentenza del Tribunale poneva in evidenza che " il fatto che sia stato necessario cambiare le modalità di intervento nel corso dello stesso, essendo emerso delle complicazioni, costituisce una questione da considerare dal momento che, non trattandosi di un intervento essenziale per la sopravvivenza della paziente, essendo finalizzato solo alla rimozione di eventuali cause che potevano rendere più difficile il concepimento, in una situazione già anatomicamente e morfologicamente complessa, in assenza di ragioni specifiche, l'intervento avrebbe dovuto essere interrotto al fine di consentire all'attrice

di esprimere il suo consenso, anche perché secondo il C. l'intervento fino a quel momento eseguito non aveva posto in essere condizioni che imponevano il secondo intervento al fine di porre riparo ad eventuali situazioni pericolose" (p. 10 sentenza del Tribunale).

Da parte sua il giudice dell'appello con la svolta consulenza medico- legale ha accertato, in base alla documentazione clinica di riferimento, che la decisione di un cambiamento della tecnica di intervento fu determinata dalla emersa presenza di aderenze così numerose e serrate la cui rimozione non era praticabile con la recente e meno invasiva tecnica della laparoscopia, stabilita con la paziente in relazione al quadro suffragato dalle ecografie; il che indusse il chirurgo (a seguito di una scelta discrezionale del momento) a trasformare l'intervento endoscopico in una prudenziale laparotomia allo scopo di visualizzare meglio gli organi interni e la provenienza di una perdita ematica, che si era verificata nella fase iniziale dell'intervento.

Il mutamento di tecnica chirurgica, ritenuto necessario dal C., per ragioni pratiche che l'incaricato CTU nella sostanza condivide risulta essere stato, peraltro, eseguito conformemente alle buone tecniche operatorie e non vi è prova che abbia cagionato danni da errori ed imperizia" (p. 6-7 sentenza impugnata). Queste considerazioni che emergono dalle due decisioni dimostrano icu oculi che l'intervento laparotomico con la conseguente viscerolisi e resezione ovarica bilaterale non presentava carattere di urgenza, non richiedeva un intervento senza consenso, ma fu dovuto solo ad una scelta discrezionale del sanitario, che, secondo il Tribunale, aveva cercato, così facendo, ovvero interrompendo l'intervento laparoscopico e motu proprio attuando la laparotomia, di evitare alla paziente la necessità di una ulteriore anestesia. È certo che l'iniziativa di intervento tradizionale fu adottata discrezionalmente dal sanitario e, quindi, non per necessità di salvare la vita della paziente.

Nulla ostava a che, ripresasi la N. dalla anestesia, il C. richiedesse ed ottenesse nei precisi limiti in cui è ammesso, il consenso informato.

Simile omissione ha concretato la violazione della normativa vigente e cogente e, quindi, ha violato il diritto irrettabile della persona alla libera autodeterminazione per tutelare la sua salute. Ne consegue che va accolto il quarto motivo, rectius vanno accolte tutte le censure che conce mono la violazione del diritto violato, ovvero quelle sulla effettuata laparotomia e conseguente viscerolisi e resezione cuneiforme bilaterale, con conseguente assorbimento dei motivi concernenti le varie voci di danno e le spese sia mediche che correlate di cui ai n. 9 a -20 (così indicati nel ricorso), precisandosi che per quanto concerne la censura circa le spese e il cd. diritto di manleva, effettivamente nessuna domanda è stata proposta dai ricorrenti nei confronti della Compagnia assicuratrice . L'accoglimento del ricorso in questi limiti importa la cassazione dell'impugnata sentenza.

Il giudice del rinvio valuterà le domande proposte dagli attuali ricorrenti alla luce del principio secondo cui il diritto al consenso informato, in quanto diritto irrettabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che a causa del totale deficit di informazione il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, per cui nei suoi confronti, comunque, si consuma una lesione di quella dignità che connota nei momenti cruciali - la sofferenza fisica e/o psichica - la sua esistenza.

8.-Nel passare all'esame del ricorso incidentale il Collegio osserva quanto segue.

Con il primo motivo il ricorrente incidentale lamenta che erroneamente il giudice dell'appello nel confermare la sentenza del Tribunale non avrebbe tenuto conto della sentenza assolutoria in sede penale, che ha escluso il nesso eziologico tra l'intervento del sanitario e le lesioni dedotte in lite con riguardo al decorso postoperatorio, posto che la N. non si sottopose a visita e rifiutò persino di sottoscrivere la liberatoria a favore dell'ospedale, dimettendosi con la ferita aperta.

In altri termini, il C. censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha riconosciuto sussistere senza ombra di dubbio la violazione da parte sua dei generici doveri di prudenza ed attenzione che avrebbero dovuto essere posti nel decorso postoperatorio. La censura, che riporta analiticamente le varie cadenze temporali soprattutto in relazione alla presenza del C. e alla sua osservanza all'ordine di servizio, non coglie nel segno. Di vero, il giudice dell'appello, che nell'argomentare ha mostrato di condividere la impostazione data dal Tribunale, ha affermato che vi era stata "una carente assistenza ospedaliera" e la responsabilità del sanitario (concorrente con quella contrattuale della ASL) in questo caso era ravvisabile non in quanto chirurgo, esecutore dell'intervento, ma come aiuto dell'Ospedale (1), dove la N. restò ricoverata per alcuni giorni dopo l'intervento. Si è trattato, infatti, di una macroscopica sottovalutazione della situazione della degente, non eludibile con le generiche allegazioni addotte dal C. circa la sua funzionalità con i molti altri medici di quel reparto e con i limiti obiettivi della sua presenza ospedaliera per via degli avvicendamenti e delle turnazioni (p. 8-9 sentenza impugnata).

Il fatto che avesse in cura la N. da anni e, quindi, conoscesse meglio di qualunque altro i problemi ginecologici di salute della propria paziente, avendola operata, e, quindi, proprio per questo fosse più direttamente al corrente del trauma postoperatorio e dello stato di debilitazione fisica in cui la N. versava, dovuto anche alle complicanze connesse con il ben più complesso intervento chirurgico che egli effettuò in luogo della laparoscopia, nonché alla perdita notevole di sangue ed alla anemia emersa dalle analisi effettuate durante e dopo l'intervento sono tutti elementi che avrebbero dovuto indurre il C., al di là dei formali condizionamenti derivanti dalle normali turnazioni (cui fa cenno il ricorrente incidentale), anche per il tramite dei colleghi di reparto, ad un più attento monitoraggio della evoluzione della fase operatoria, anche al fine di valutare la sussistenza delle condizioni per le dimissioni in piena sicurezza della paziente, che si rifiutò di sottoporsi ad un controllo medico prima di lasciare l'ospedale, ma non fu ostacolata dal dimettersi.

L'infezione latente, diagnosticabile con doverose approfondite indagini cliniche che non furono effettuate dal C. e, comunque, da lui non indicate, sono sintomatiche di una grave omissione che già il Tribunale aveva avuto modo di evidenziare, indipendentemente dall'esito del processo penale che, giova ricordarlo, terminò con una sentenza, sostanzialmente e dichiaratamente in motivazione, di assoluzione per insufficienza di prova.

Infatti, con la sentenza del 21 giugno 2005 la Corte di appello penale di Roma, all'esito della valutazione delle contrapposte posizioni, facendo rigorosa applicazione dei criteri di individuazione del

nesso di causalità nei reati emissivi, con richiami a decisioni di questa Corte, ha rinvenuto la permanenza di "un insuperabile dubbio sulla sussistenza del nesso di causalità tra la condotta colposamente omessa del dott. C. e l'evento lesivo" (p. 7 sentenza penale).

Collegando, quindi, le motivazioni di cui alle decisioni rese in sede civile con quella di cui alla decisione penale emerge chiaramente che la doglianza del C. va disattesa, essendovi in quella civile di appello ed ora impugnata sul punto una applicazione corretta sia dei principi giuridici che della motivazione in punto di responsabilità per omissione (v. diversa per il caso ma corretta nella massimazione Cass. n. 867/08).

9.-Con il secondo motivo il C. evidenzia che "di sicuro per mero errore materiale, il Tribunale non dichiarava la manleva della chiamata in causa (ASSICURATORE) anche nei confronti del prof. C., il quale aveva tempestivamente informato sin dal 19 giugno 1998 il proprio assicuratore", precisando, inoltre, che in primo grado la Compagnia assicuratrice era stata condannata a rimborsare alla ASL ... quanto corrisposto agli attori in esecuzione della sentenza (p. 17 sentenza di primo grado), per cui la condanna doveva estendersi anche a suo favore. Proposta in appello la doglianza, il giudice dell'appello l'ha disattesa sul rilievo che non vi era in atti copia della polizza (p. 44-45 controricorso). La censura merita accoglimento.

Di vero, il giudice dell'appello riconosce che non vi è stata alcuna pronuncia al riguardo, ma contraddittoriamente ritiene che non era stata depositata la polizza assicurativa a sostegno della garanzia, dopo avere posto in rilievo che la Compagnia era stata ritualmente chiamata in causa e si era costituita e difesa, come risulta anche in questa sede, ove ha depositato controricorso e memoria e come si evince dalla sentenza di primo grado.

È, infatti, evidente che non avendo contestato la chiamata in causa, deve dedursi che il C. fosse assicurato con la Compagnia, che nelle conclusioni avanti al Tribunale, chiese solo il rigetto della domanda e non sollevò alcuna eccezione in ordine alla esistenza della polizza. Si può, quindi, ragionevolmente dedurre che effettivamente si sia trattato di dimenticanza da parte del Tribunale, cui avrebbe dovuto porre rimedio il giudice dell'appello perché specificamente investito della questione e su di essa nell'attuale controricorso tace l' (ASSICURATORE) che era tenuta ad esibire la polizza o a disconoscerne la esistenza. Pertanto, risulta errata la decisione proprio lì dove ritiene elementi non sufficienti per valutare la domanda il mancato deposito della polizza e il fatto che non risulti essere stato restituito il fascicolo di primo grado dell'intimata società (ASSICURATORE), depositato prima dell'interruzione del procedimento a causa del decesso del suo procuratore costituito. 10. - L'esame dei due riferiti ricorsi conduce, quindi, ad affermare:

- 1) che vanno disattesi il primo e secondo motivo del ricorso principale;
- 2) che va affermato che per l'intervento in laparoscopia risulta sussistente il consenso informato per cui, risultano assorbite, in quanto irrilevanti, le censure di cui tratta lo stesso ricorso in merito ad esso intervento e ciò a prescindere dal conseguente loro rigetto;
- 3) che il consenso informato si configura come espressione del diritto alla dignità della persona nel trattamento della sua salute ed, in quanto tale, diritto fondamentale ed irrettabile, che non può essere gestito discrezionalmente dal sanitario se non per casi di urgenza o di trattamento sanitario obbligatorio;
- 4) che nel caso in esame tale consenso non è stato richiesto né espresso dalla paziente per l'intervento in laparotomia, che non presentava carattere di urgenza; come, peraltro, riconosciuto sia dal Tribunale che dalla Corte territoriale;
- 5) che gli interventi di laparoscopia e di laparotomia furono eseguiti correttamente dal sanitario, seguendo le appropriate metodiche, tanto che la microlesione al colon fu evidenziata soltanto nel secondo intervento al (2) subito dalla paziente e la sua datazione e la sua causa sono rimaste incerte anche secondo le risultanze della CTU, in quanto non sono emersi elementi univoci circa la sua sicura derivazione dall'intervento del C., per cui tutto si è fermato nell'incertezza, condivisa anche dal perito incaricato in sede penale;
- 6) che la CTU, cui aderisce la sentenza impugnata, non necessitava di alcuna rinnovazione;
- 7) che il C. tenne una condotta gravemente omissiva circa la vigilanza sulla evoluzione della salute della paziente dopo l'intervento laparotomico;
- 8) che la mancanza di consenso informato sull'intervento laparotomico comporta l'assorbimento delle censure concernenti le voci di danno e le spese, in quanto su tutto ciò valuterà il giudice del rinvio;

Le seconda opzione, tuttavia, sembra la più coerente col sistema del risarcimento del danno non patrimoniale, come decisamente, chiaramente e condivisibilmente delineato dalla ben nota Cass. civ., Sezz. UU., 11.11.2008, n. 26972, che, dopo aver distinto le categorie del danno non patrimoniale («Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi "previsti dalla legge", e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.: (a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; (b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); (c) quando il fatto illecito abbia violato in modo

*grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati "ex ante" dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice.»), nella motivazione sottolinea come la teorica del danno-evento, o del danno *in re ipsa*, trasformi il risarcimento in una pena privata: ossia in un istituto non previsto dalla legge, almeno per questa ipotesi:*

4.10. Il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003), che deve essere allegato e provato.

Va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, parlando di "danno evento". La tesi, enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata infatti superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003.

E del pari da respingere è la variante costituita dall'affermazione che nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo.

Deve, allora, concludersi nel senso che la domanda risarcitoria, nella specie, non possa essere accolta, giacché nessuna conseguenza lesiva è stata dedotta dalla M., la quale ha lamentato di non essere stata posta in grado di «scegliere sia un centro fuori regione per le cure, da eseguirsi presso i cc.dd. centri di alta specializzazione, sia di poter scegliere un trattamento farmacologico conservativo e non invasivo come quello chirurgico evitando così inutili rischi e l'aggravarsi della patologia.»: ma senza chiarire se un «centro fuori regione» avrebbe eseguito meglio gli interventi (che il perito di parte dichiara correttamente condotti), od avrebbe adottato scelte terapeutiche differenti (quali? il trattamento farmacologico viene individuato in maniera del tutto generica: ed il perito di parte non ne parla): né si comprende quali sarebbero stati i rischi «*inutili*» che la M. ha corso, e, in nessun modo, se e come si sia aggravata la patologia.

3. Le spese processuali potranno essere compensate, giacché sussiste la violazione del dovere di acquisizione del consenso informato.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE

definitivamente pronunziando nel giudizio iscritto al n. 1592/2011 R.G.A.C., promosso da M. F., contro l'AZIENDA OSPEDALIERA "G. AU.", costituitasi in persona del Direttore Generale p.t., ogni diversa domanda, eccezione, richiesta disattesa, così decide:

1. dichiara che la convenuta ha violato l'obbligo di acquisire il consenso informato;
2. rigetta la domanda risarcitoria;
3. compensa le spese di lite tra le parti.

Benevento, 30 Maggio 2014

IL GIUDICE

DOTT. LUIGI GALASSO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA IL 4 GIUGNO 2014