

Cassazione Civile Sez. 3 Sentenza Num. 4540 Anno 2016

Presidente: AngeloSpiriti

Relatore: Enzo Vincenti

Data Pubblicazione: 8.3.15

Omissis

RITENUTO IN FATTO

Con atto di citazione del dicembre 1992, i coniugi M.S. e S.R. convennero in giudizio i medici C.A. , Ma.Ma. , L.E. ed il Policlinico Sassarese S.p.A. (quale struttura sanitaria ove gli stessi prestavano attività lavorativa) per sentirli condannare in solido tra loro al risarcimento di tutti i danni patiti in conseguenza della negligente ed imperita assistenza medica prestata ad essa attrice durante la sua gravidanza e della omessa informazione sull'esistenza di gravissime malformazioni fetali in capo al nascituro, colpevolmente non rilevate neppure nel corso degli accertamenti ecografici eseguiti alla 19 e alla 25 settimana di gestazione, ma ravvisate soltanto alla 32 settimana, epoca in cui non era più consentito il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza.

Nel contraddittorio con tutti i convenuti e con la chiamata in causa Italica S.p.A. (compagnia assicuratrice della struttura sanitaria), l'adito Tribunale di Sassari, espletata c.t.u. medico-legale (che veniva, poi, rinnovata collegialmente), rigettava la domanda attorea con sentenza del gennaio 2010.

2. - Avverso tale decisione proponeva impugnazione M.S. , che, nel contraddittorio con gli originari convenuti e la Allianz S.p.A. (incorporante la Italica S.p.A.), la Corte di appello di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, rigettava con sentenza resa pubblica il 23 agosto 2012.

2.1. - La Corte territoriale escludeva, anzitutto, che l'appello della M. fosse inammissibile per genericità, in violazione dell'art. 342 cod. proc. civ., giacché, vertendo l'unico motivo di impugnazione sulla critica della sentenza di primo grado in ordine alla ritenuta insussistenza della responsabilità professionale dei medici desunta dalla "risultanze della seconda consulenza tecnica", il richiamo alla comparsa conclusionale di primo grado in punto di censure svolte alla c.t.u. veniva ad integrare i motivi di impugnazione della sentenza, che sulla c.t.u. si fondava.

2.2. - Quanto al merito delle doglianze (incentrate sulla genericità delle risposte dei consulenti al "quesito fondamentale relativo alla possibilità di diagnosticare malformazioni così gravi in tempo utile per l'esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza"), il giudice di secondo grado - premesso che per valutare la sussistenza del diritto della M. ad interrompere volontariamente la gravidanza, in presenza di grave pericolo per la sua salute, occorreva verificare "se gli esami diagnostici dell'epoca (1986) consentissero la diagnosi prima del conseguimento da parte del feto del requisito della viabilità" (ossia della possibilità di una sua vita autonoma) - osservava che la risposta negativa al riguardo si fondava su due ordini di ragioni. **La prima relativa ai "mezzi diagnostici utilizzabili all'epoca"**, che

consentivano una diagnosi di anomalie fetali intorno alla 20 settimana "con una affidabilità assai limitata (12-21%), comunque non superiore al 18% per ecografie svolte prima della 24 settimana di gravidanza". la seconda relativa "al grado di rischio della specifica gravidanza in assenza di fattori specifici (età, rischio genetico, farmaci utilizzati ecc.), che avrebbe giustificato un approccio diagnostico di tipo ordinario (dovendosi in ipotesi di rischio elettivo consigliare esami in centri specializzati)".

2.2.1. - La Corte territoriale riteneva, quindi, che i consulenti avessero, con metodo scientifico, chiarito (contrariamente a quanto opinato dall'appellante) il "perché nel singolo specifico caso la patologia non potesse essere diagnosticata in tempo utile", esaminando accuratamente le pubblicazioni scientifiche dell'epoca, "in relazione alla rilevabilità di anomalie scheletriche maggiori, per ecografie eseguite nel secondo trimestre di gravidanza ponendo a confronto non solo i periodi in cui gli studi sono stati effettuati, ma altresì il grado di sensibilità in relazione alla popolazione esaminata". Sicché, non essendo disponibili "le immagini ecografiche, ma solo i referti", la risposta ai quesiti "non poteva che essere fornita sulla base delle possibilità di rilevamento della patologia (peraltro molto rara anche secondo il primo CTU), in un'epoca gestazionale tale da consentire il diritto all'interruzione di gravidanza per grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna". Il giudice del gravame soggiungeva, poi, "solo ed esclusivamente per migliore comprensione", che, "a fronte di una ecografia in 19 settimana (22 luglio 1986), con referto di corrispondenza dello sviluppo fetale all'epoca gestazionale" (e con sensibilità ecografica all'epoca del 1221%) e non essendovi rischi specifici circa l'età, la trasmissibilità genetica e l'assunzione di farmaci, "non sussistevano indicazioni per l'avvio della gestante ad un centro specializzato al fine di approfondire, né per ripetere, a ridotta distanza di tempo, il medesimo esame ecografico". Del resto, nel periodo fra il 1986 ed il 1990, in base a studio condotto in Italia (su 135 ospedali in 17 Regioni), la sensibilità ecografica era pari al 18%, per cui "in meno di un caso su cinque era possibile diagnosticare la patologia, anche nei centri specializzati all'epoca dei fatti"; sicché, sebbene la diagnosi fosse "astrattamente possibile", la stessa era da ritenersi "assai improbabile", con conseguente esclusione di "ogni colpa dei sanitari coinvolti per l'omessa diagnosi". Né - concludeva la Corte di merito -

poteva condividersi il principio (affermato da Cass. n. 15386 del 2011) per cui il sanitario che avesse diagnosticato una normalità morfologica del feto, anche su base strumentale, era comunque obbligato ad informare il paziente della possibilità di ricorrere ad un centro più elevato di specializzazione, in vista dell'esercizio del diritto della gestante di interrompere la gravidanza.

Ciò in quanto detto principio, da un lato, si risolverebbe "tout court nell'obbligo di ciascun ecografista (che è di per sé medico specialista) di rinviare sempre ad un centro maggiormente specializzato..., con la conseguenza dell'inutilità dei protocolli ordinari di pratica medica"; dall'altro, perché "appare del tutto arbitrario affermare che la difficoltà nella diagnosi dipendesse, quantomeno all'epoca, dalla mancata visione degli arti nella loro

interezza e non dalla rudimentale tecnica dei macchinari in quel periodo utilizzabili".

Di qui, peraltro, l'esclusione della responsabilità anche del medico curante (dott. Ma.) "per non avere - a fronte di un referto pienamente soddisfacente alla 19 settimana e di una gravidanza a basso rischio - invitato la paziente a rifare una ecografia, entro il limite di viabilità, in assenza di qualsivoglia rischio elettivo".

3. - Per la cassazione di tale sentenza ricorre M.S. sulla base di tre motivi. Resistono con separati controricorsi il Policlinico Sassarese S.p.A., C.A. e la Allianz S.p.A.; il Policlinico Sassarese S.p.A. ha anche proposto ricorso incidentale condizionato sulla base di un unico motivo. Non hanno svolto attività difensiva in questa sede Ma.Ma. e L.E.P.L. . La M. e la Allianz S.p.A. hanno depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Con il primo mezzo è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 1372, 1218 e 2697 cod. civ., 'anche in relazione alla mancanza, insufficienza e contraddittorietà della motivazione'.

La Corte territoriale avrebbe omissis di considerare con ciò violando anche gli artt. 1372 e 1218 cod. civ., in punto di forza vincolante del contratto concluso tra la paziente e la struttura sanitaria e del relativo inadempimento - la 'condotta esecutiva' dei medici e della stessa struttura nell'adempimento dell'obbligazione sanitaria assunta, soffermandosi soltanto sui 'dati statistici, risultanti dagli studi in materia', mancando però di indagare se nel caso concreto il personale del Policlinico Sassarese 'avesse svolto con diligenza professionale la propria opera'. Con ciò sarebbe violato anche l'art. 2697 cod. civ., sulla ripartizione dell'onere probatorio, non avendo i convenuti fornito la prova dell'esatto adempimento dell'attività medica, con conseguente sussistenza della loro responsabilità.

1.1. - Il motivo è inammissibile.

Con esso non si precisa affatto quale fosse l'indagine che la Corte territoriale avrebbe omissis in punto di 'condotta esecutiva' inadempiente di struttura sanitaria e medici diversa da quella concernente la possibilità di diagnosticare in tempo utile le malformazioni del feto (su cui verte, come si vedrà, il secondo motivo di ricorso), rispetto alla quale - come emerge dalla sentenza di appello (cfr. sintesi al 2.2. del 'Ritenuto in fatto' che precede) si erano incentrate le critiche mosse alla sentenza di primo grado sulla scorta di un unico motivo, peraltro ritenuto ammissibile ex art. 342 cod. proc. civ. proprio in ragione della specificità che esso attingeva unicamente dal riferirsi alla c.t.u. medico-legale che quella suddetta specifica indagine aveva compiuto.

Dunque, affinché le doglianze si potessero scrutinare nel fondo, i ricorrenti avrebbero dovuto puntualizzare quale fosse stato il devolutum in sede di gravame e dar precisa contezza, quindi, che esso ricomprendeva anche temi diversi da quello affrontato dalla Corte territoriale: ciò che, invece, è del tutto mancato nel confezionamento del motivo in esame, il quale, pretermettendo ogni utile riferimento ai contenuti dell'appello, è rimasto su di un piano di inammissibile genericità (non emendata e, comunque, non emendabile con le argomentazioni della memoria ex art. 378 cod. proc. civ., che hanno solo funzione illustrativa e non già integrativa o correttiva delle deduzioni che strutturano i motivi del ricorso stesso).

2. - Con il secondo mezzo è dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 1372, 1375, 1175, 1218 e 2236 cod. civ., 'anche in relazione alla mancanza, insufficienza e contraddittorietà della motivazione'.

Il giudice di secondo grado avrebbe escluso che il Policlinico Sassarese ed i medici ivi operanti fossero obbligati ad informare la gestante della possibilità di più elevate percentuali di successo diagnostico ripetendo l'esame ecografico presso strutture più avanzate, in tal modo errando ad espungere dalla sfera del dovuto un atto di informazione che è diretto al soddisfacimento dell'interesse del paziente così come dedotto nel contratto, che era, nella specie, quello alla conoscenza dello stato patologico del feto al fine di potersi autodeterminare alla interruzione volontaria della gravidanza.

Né la Corte territoriale spiegherebbe "da cosa discenda lo scarto del 9% del successo diagnostico" (posto che la percentuale di successo oscillava tra il 12% ed il 21%), ossia se tale scarto dipendesse "dal grado di specializzazione e avanzamento delle strutture sanitarie che eseguono gli esami ecografici", con la conseguenza che, se così fosse, ancor più palese sarebbe stata la violazione degli artt. 1372 e 1218 cod. civ. o, anche, degli artt. 1375 e 1175 cod. civ. ove l'obbligo di informazione fosse inteso come accessorio, e, pure, dell'art. 2236 cod. civ., giacché, se l'oscillazione della percentuale di diagnosi di deformità fetale fosse da considerarsi "indice di difficoltà dell'opera", il personale medico "avrebbe dovuto attivarsi con la massima diligenza" non solo nell'esecuzione dell'esame radiografico, ma anche avuto riguardo all'obbligo di informazione.

2.1. - Il motivo non può trovare accoglimento.

Come anche ricordato dalla sentenza impugnata, questa Corte (Cass., 13 luglio 2011, n. 15386) ha affermato che in tema di responsabilità medica, il sanitario che formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali che non ne hanno consentito, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo d'informare la paziente della possibilità di

ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, in vista dell'esercizio del diritto della gestante di interrompere la gravidanza, ricorrendone i presupposti (precisandosi, poi, che al riguardo la prova, pur se incombente sulla parte attrice, lamentandosi la mancata informazione da parte del medico, non può che essere di natura presuntiva quanto al grave pericolo per la salute psichica della donna che costituisce la condizione richiesta dalla legge per l'interruzione di gravidanza).

Occorre ribadire la validità di tale principio di diritto che, contrariamente a quanto (solo in parte) assunto dalla Corte territoriale, non impone tout court un obbligo per ciascun ecografista... di rinviare sempre ad un centro maggiormente specializzato.

In tema di controlli ecografici sul feto, ai fini della relativa diagnosi morfologica, l'obbligo gravante sulla struttura sanitaria e sullo stesso medico strutturato, che abbia concretamente operato la diagnosi, di informare la paziente, che ad essa si sia rivolta (ed abbia, quindi, concluso con la struttura il c.d. contratto di speditività), di poter ricorrere a centri di più elevata specializzazione sorge, anzitutto, in ragione dell'esistenza di un presupposto inadempimento, addebitabile unicamente alla struttura sanitaria, di aver assunto la prestazione diagnostica pur non disponendo di attrezzature all'uopo adeguate, così da ingenerare nella paziente l'affidamento che il risultato diagnostico ottenuto (di normalità fetale) sia quello ragionevolmente conseguibile in modo definitivo.

Si tratta di inadempimento legato a deficit organizzativi della struttura sanitaria, la quale, infatti, è obbligata, proprio in base al citato contratto di speditività, a mettere a disposizione non solo il personale sanitario, ma anche le necessarie attrezzature idonee ed efficienti, della cui inadeguatezza essa struttura, inadempiente ex art. 1218 cod. civ., risponde in modo esclusivo (cfr., tra le tante, Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556; Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698), essendo, dunque, esonerato da siffatta specifica responsabilità il medico che, diligentemente e in modo perito secondo le *leges artis*, sia intervenuto sul paziente (Cass., 11 maggio 2009, n. 10743).

L'inadempimento (da parte della struttura sanitaria) dell'obbligazione da ultimo indicata genera l'ulteriore obbligo informativo anzidetto, che si pone a protezione del paziente e che grava non solo sulla struttura sanitaria, ma, questa volta, anche sul medico operante, il quale, pure se esente da colpa professionale nella fase esecutiva del suo intervento, è comunque tenuto ad avvisare il paziente della inadeguatezza degli strumenti diagnostici, così da non determinare in esso l'insorgere di un incolpevole affidamento sulla sicura bontà dell'esame strumentale.

Ed è proprio in tale prospettiva che questa Corte ha affermato doversi ravvisare la colpa del medico che ometta di attivarsi per il trasferimento di un paziente in una struttura ospedaliera più idonea ove in quella di ricovero non possa essere

adeguatamente curato (Cass., 22 ottobre 2014, n. 22338).

Dunque, l'obbligo protettivo di informazione nasce in uno con l'inadempimento, da parte della struttura sanitaria, dell'obbligo di adeguatezza organizzativa in rapporto all'assunzione della prestazione di ospitalità in favore del paziente nonostante il deficit organizzativo. Sicché, il principio enunciato dalla decisione del 2011 non impone sempre e comunque alla struttura sanitaria ed al medico strutturato (che abbia correttamente operato in base agli strumenti diagnostici a sua disposizione) di indirizzare la paziente ad un centro ecografico di più elevata specializzazione, ma soltanto ove le apparecchiature tecniche non siano adeguate allo scopo; ossia - nella specie - non fossero tali da fornire una risposta corretta e completa in ordine alla diagnosi morfologica del feto diversamente da altri strumenti ecografici presenti in strutture sanitarie diverse.

Sicché è corretta la decisione del giudice di appello che - al di là dell'erroneo convincimento sulla portata dell'evocato precedente di questa Corte - ha escluso, in linea con i principi sopra enunciati, l'assenza dell'inadempimento (a carico di struttura sanitaria e medici) dell'obbligo di informare la M. sulla presenza di altri centri specializzati e più idonei a rendere una diagnosi di morfologia fetale corretta e completa, giacché era "del tutto arbitrario affermare che la difficoltà nella diagnosi dipendesse, quantomeno all'epoca, dalla mancata visione degli arti nella loro interezza e non dalla rudimentale tecnica dei macchinari in quel periodo utilizzabili" (anno 1986), che, come accertato in base alla espletata c.t.u. collegiale, "non consentivano che una scarsa sensibilità (inferiore al 20% in età gestazionale utile all'interruzione della gravidanza" (p. 13 della sentenza).

Si tratta di motivazione non solo priva di errori giuridici, ma anche sufficiente ed adeguata, che dà contezza di come non potesse addebitarsi al Policlinico Sassarese l'inadempimento all'obbligazione di assunzione della prestazione nei confronti della M. , giacché non si verteva in ipotesi di inadeguatezza organizzativa della struttura sanitaria, bensì intrinseca limitatezza tecnica degli strumenti diagnostici dell'epoca, che, in Italia nell'anno 1986 (e fino al 1990), assicuravano una percentuale di successo assai contenuta a pari al 18% (e in generale, comunque, in un range oscillante tra il 12-21%).

Motivazione, questa, che non è scalfita dalle critiche di parte ricorrente, le quali non aggrediscono intrinsecamente la portata di un tale accertamento, che la Corte di appello ha fatto proprio in base alle risultanze della c.t.u. medico-legale, neppure evidenziando di aver criticato, nel corso del giudizio di merito, detti esiti o di aver allegato e dimostrato che la struttura alla quale si era all'epoca rivolta non possedeva apparecchiature ecografiche con potenzialità diagnostiche ancora inferiori a quelle anzidette e, dunque, inadeguate.

3. - Con il terzo mezzo è prospettata violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 cod. civ..

La Corte di merito, nel far leva sulle percentuali limitate di successo radiografico,

avrebbe violato la norma suindicata per aver escluso un danno imputabile ai medici ed alla struttura sanitaria in riferimento alla mancata informazione sul presupposto che le percentuali (dal 12% al 21%) 'sarebbero rimaste le medesime anche rivolgendosi ad una struttura più avanzata'. Ciò in quanto la 'possibilità di conoscere la deformità del feto solo nella proporzione del 21% non esclude certo la rilevanza eziologica della condotta omissiva del personale medico' e, 'anche se così fosse', alla paziente sarebbe stata 'impedita la fruizione di quel risultato possibile (asseritamente al 21%), concretandosi il tutto almeno in una perdita di chances con commisurazione del danno alla stessa percentuale di chances perdute'.

Invero, il giudice di secondo grado avrebbe confuso la percentuale del successo diagnostico, che attiene alla perdita delle occasioni concrete di procedere all'interruzione di gravidanza, con la probabilità causale di verificazione del danno a seguito della condotta dei medici e della struttura sanitaria (ritenuta inferiore al 50% e, quindi, escludente la responsabilità in base al principio della preponderanza causale).

3.1. - Il motivo è inammissibile.

È infatti assorbente rilevare - prima ancora di saggiarne la effettiva fondatezza nel merito (posto che, diversamente da quanto parrebbe postulato dalla ricorrente, anche per il danno da perdita di chance trova comunque applicazione la regola di funzione del più probabile che non: cfr. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255) - che nel ricorso non si deduce affatto che la pretesa risarcitoria per perdita di chance, di cui non vi è traccia nella sentenza impugnata, fosse stata già avanzata (e tempestivamente) nel giudizio di primo grado, per cui - al di là di un tale già irrituale confezionamento del motivo (tra le altre, Cass., 18 ottobre 2013, n. 23675) - è da ritenersi che la stessa sia domanda del tutto nuova, dedotta per la prima volta in questa sede di legittimità, e, come tale, inammissibile.

Infatti (e contrariamente a quanto la ricorrente deduce con la memoria ex art. 378 cod. proc. civ.), la domanda di determinazione, in via equitativa, del danno da perdita di chance non può essere proposta per la prima volta in cassazione, trattandosi di danno potenziale, non assimilabile ad un danno futuro, e, dunque, non ricompreso, neppure per implicito, in una domanda generica di risarcimento del danno (Cass., 13 giugno 2014, n. 13491; analogamente, Cass., 29 novembre 2012, n. 21245 e, proprio in tema di responsabilità medica, in riferimento alla domanda di perdita delle chances di conseguire un risultato utile rispetto alla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, cfr. Cass., 4 marzo 2004, n. 4400).

14. - Il ricorso principale va, dunque, rigettato, con assorbimento del ricorso incidentale condizionato del Policlinico Sassarese S.p.A..

La ricorrente principale deve essere condannata, ai sensi dell'art. 385, primo comma, cod. proc. civ., al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo in conformità ai parametri introdotti dal d.m. 10 marzo 2014, n. 55, tenuto conto che soltanto la Allianz S.p.A., tra i

controricorrenti, ha depositato memoria e discusso in udienza.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE

rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato;

condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, che liquida in complessivi Euro 3.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge, in favore della Allianz S.p.A. e in complessivi euro 2.200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge, in favore del Policlinico Sassarese S.p.A. e di C.A. .

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis del citato art. 13.