

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vittorio Duva - Presidente

Dott. Fabio Mazza - Consigliere

Dott. Bruno Durante - Consigliere

Dott. Alfonso Amatucci - Consigliere

Dott. Raffaele Frasca - Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese, in persona del legale rappresentante e Direttore Generale Dott. Ma. Ba., elettivamente domiciliata in Ro. Via Ta. 23, presso lo studio dell'Avvocato La. De. Bu., che la difende unitamente all'Avvocato Gi. El. Sp., giusta delega in atti;

ricorrente

contro

Ri. Ad. di Si. S.p.A., in persona dei legali rappresentanti Dott. An. Ce. e Dott. Gi. Ri., elettivamente domiciliata in Ro. Via Pa. 88, presso lo studio dell'Avvocato Gi. Sp., che la difende, giusta delega in atti;

controricorrente

contro

Si. Fo., Da. Be., elettivamente domiciliati in Ro. Via G. Be. 27, presso lo studio dell'Avvocato Pa. Me., che li difende unitamente all'Avvocato Fr. So., giusta delega in atti;

controricorrenti

contro

Da. Sc., elettivamente domiciliato in Ro. Via Bi. 76, presso lo studio dell'Avvocato To. Sp. Gi., che lo difende unitamente all'Avvocato Gi. Bo., giusta delega in atti;

controricorrente

nonché contro

Compagnia Na. di Assicurazioni S.p.A.;

intimata

e sul 2° ricorso n. 26891/02 proposto da:

Na. Assicurazioni S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, dirigente e procuratore speciale, Sig.ra Ga. Za., elettivamente domiciliata in Ro. Via Ci. 49, presso lo studio dell'Avvocato An. Be., che la difende unitamente all'Avvocato Se. Bi., giusta delega in atti;

ricorrente

nonché contro

Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese;

intimata

avverso la sentenza n. 336/02 della Corte d'Appello di Genova, seconda sezione civile, emessa il 12/03/02, depositata il 5/04/02, R.G. 720/00;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 01/12/05 dal Consigliere Relatore Dott. Raffaele Frasca;

udito l'Avvocato To. Sp. Gi.;

udito l'Avvocato Gi. Sp.;

udito l'Avvocato Gi. Me. (per delega Avvocato Pa. Me.);

udito l'Avvocato Gi. Sp.;

udito l'Avvocato Ac. Ca. Fa. (per delega Avvocato Se. Bi.);

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Rosario Giovanni Russo, che ha concluso, previa riunione dei ricorsi, per integrazione nei confronti della Sig.ra Gi. Lu..

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

§ 1. Con citazione notificata il 20 dicembre 1997 Ca. Ag. conveniva in giudizio, avanti al Tribunale di Sanremo l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese per sentirla condannare al risarcimento dei danni riportati a seguito di un trattamento radioterapico che le era stato praticato presso l'Ospedale di Sanremo dal 2 dicembre 1992 all'8 gennaio 1993, quale terapia complementare di un intervento chirurgico di laparostectomia ed annessiectomia bilaterale, eseguito nel precedente mese di agosto presso lo stesso nosocomio per la rimozione di un tumore uterino.

La convenuta si costituiva contestando la domanda e chiedeva di chiamare in causa la Compagnia Na. di Assicurazioni S.p.A., la Ri. Ad. di Si. S.p.A. e i Dottori Gi. Lu. e Da. Sc., che avevano curato, separatamente ed in due periodi successivi, il trattamento radiologico, per esserne manlevata per il caso di soccombenza.

Autorizzata la chiamata in causa, si costituivano entrambe le società assicuratrici, la Ri. Ad. di Si. S.p.A. adducendo che la polizza assicurativa per la responsabilità civile stipulata con la convenuta era venuta a scadere il 31 dicembre 1992 e la Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. sostenendo che la propria polizza aveva effetto dalle ore 24 del 31 dicembre 1992 e, pertanto, non poteva coprire i danni cagionati a terzi in epoca anteriore.

Si costituiva, inoltre, Da. Sc., che contestava la domanda in rito e nel merito, mentre non si costituiva Gi. Lu., che veniva dichiarata contumace.

All'esito dell'espletata istruzione, il Tribunale, con sentenza del 9 giugno 2000, riconosciuta una responsabilità per violazione del c.d. consenso informato (ed esclusa, invece, una responsabilità per negligenza nell'esecuzione degli interventi), condannava la convenuta a risarcire il danno nella misura di £ 651.998.640 (oltre accessori e spese) e, accogliendo le relative domande di manleva, condannava Da. Sc., la Ri. Ad. di Si. S.p.A. e la Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. a tenere indenne la convenuta dalla soccombenza nelle rispettive misure del 20, del 15 e del 50%. Dichiarava, invece, il difetto di giurisdizione in ordine alla domanda di manleva nei confronti di Gi. Lu. a beneficio della giurisdizione della Corte dei Conti.

§ 1.1. La sentenza veniva appellata in via principale dalla Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese nei confronti di tutte le parti, con richiesta in via principale di rigetto della domanda risarcitoria di Ca. Ag. ed in via subordinata di riduzione dell'ammontare del danno liquidato, nonché di condanna dei chiamati in garanzia (ivi compresa Gi. Lu., nel presupposto che sussistesse la giurisdizione dell'A.G.O.), in solido o per come accertato, a tenerla indenne da quanto liquidato a titolo risarcitorio a Ca. Ag..

Nel giudizio di appello si costituivano tutte le parti.

Ca. Ag., oltre a contestare la fondatezza dell'appello, svolgeva anche appello incidentale per il mancato riconoscimento del danno patrimoniale e per l'inadeguatezza del danno biologico liquidato dal Tribunale.

Gi. Lu. si costituiva eccependo tra l'altro in via pregiudiziale la nullità della notificazione della citazione introduttiva del giudizio di primo grado e della conseguente declaratoria della sua contumacia.

La Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. deduceva che i fatti e/o comportamenti dannosi che il Tribunale aveva accertato esclusivamente sotto il profilo della violazione del c.d. consenso informato della paziente si erano verificati anteriormente alla decorrenza della polizza assicurativa di sua

pertinenza, chiedeva in subordine ridursi la manleva addebitatagli dal primo Giudice, e faceva comunque propri i motivi dedotti dall'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese.

La Ri. Ad. di Si. S.p.A., oltre a contestare la sussistenza della responsabilità della sua assicurata sotto il profilo che i due sanitari avevano prestato la loro opera a titolo di lavoro autonomo, faceva proprie anch'essa le difese dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese.

Da. Sc. faceva presente di aver proposto appello principale, del quale otteneva la riunione con quello dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese e, oltre a sostenere che anche nei suoi confronti difettava la giurisdizione dell'A.G.O., contestava la propria responsabilità in relazione alla mancata assicurazione del consenso informato.

§ 1.2. Con sentenza del 21 marzo 2002 la Corte d'Appello di Genova, in parziale riforma della sentenza di primo grado, aumentava l'importo del danno già riconosciuto dal Tribunale a Ca. Ag. a titolo di danno morale, liquidando il danno complessivo nella misura di £ 704.998.640 e condannando la Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese al pagamento della differenza; rigettava la domanda di manleva dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese nei confronti di Da. Sc., condannandola alla restituzione al medesimo della somma che aveva dovuto corrispondere in forza della sentenza di primo grado; confermava le condanne in manleva della Compagnia Na. di Assicurazioni S.p.A. e della Ri. Ad. di Si. S.p.A., estendendole, rispettivamente al 50% ed al 15%, sia del maggior importo riconosciuto per il danno morale, sia dell'importo di cui la sentenza di primo grado aveva gravato Da. Sc.; dichiarava, inoltre, la nullità della notificazione della citazione introduttiva del giudizio di primo grado nei confronti di Gi. Lu. e del giudizio relativamente alla domanda dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese nei confronti della stessa, e, in applicazione dell'art. 354 c.p.c., previa "separazione dei relativi atti", rimetteva detta domanda avanti al primo Giudice.

§ 2. La sentenza, per quello che ancora in questa sede interessa, si fonda sulle seguenti ragioni: l'obbligo di informazione circa l'incertezza degli esiti migliorativi della terapia e la gravità delle possibili sue complicanze doveva ritenersi gravare non sul sanitario dell'Istituto Tumori di Milano, che l'aveva solo proposta "in virtù della superiore competenza in merito alla patologia specifica" di Ca. Ag., bensì sul medico specialista incaricato dall'Ente sanitario di sovrintendere al trattamento radioterapico; la mancanza dell'adempimento dell'obbligo di informazione da parte di tali sanitari e segnatamente della Dott.ssa Gi. Lu. (che aveva eseguito la terapia radiante per un primo periodo) era risultata dalla testimonianza del teste Si. Fo., marito di Ca. Ag. (in regime di separazione dei beni), il quale aveva riferito che la medesima, "qualche giorno prima dell'inizio del trattamento radiologico, aveva avuto un colloquio con la Dott. Gi. Lu., la quale si era limitata a raccogliere i dati anamnestici della paziente senza dare alcuna informazione sul trattamento radiologico salvo l'affermazione che quest'ultimo avrebbe, al più, potuto aumentare la stipsi; pur tenendo conto del legame coniugale la valutazione positiva espressa dal primo Giudice (andava) condivisa in quanto (trattasi) di deposizione provvista di linearità ed intrinseca coerenza, in particolare se confrontata con (la) assai debole ed incerta contestazione offerta sul punto, in questo grado, dalla comparsa di costituzione di Gi. Lu. (...), laddove (rectius là dove) la comparente (aveva contestato) che l'obbligo di informativa fosse a suo carico ripromettendosi comunque di dimostrare in corso di causa di avere sempre avuto "quale sua consuetudine professionale, di informare tutti i propri pazienti e i loro parenti sulle finalità del trattamento nonché sulle possibili conseguenze acute e croniche derivanti dall'uso di terapie d'urto quale la radioterapia" e di avere informato anche Ca. Ag. davanti a testimoni

di ogni possibile esito dannoso potenzialmente connesso alla terapia (senza peraltro indicare i tali testi. Un preciso riscontro emerge(va) altresì dall'esito negativo degli accertamenti svolti al riguardo dal C.T.U. (cfr. relazione del C.T.U. pag. 9) "; sulla base di tali ragioni doveva respingersi il motivo di appello dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese sul punto; le prestazioni eseguite da Gi. Lu. e da Da. Sc., sia pure per ragioni diverse, dovevano ritenersi espletate in regime di attività libero-professionale, ma ciò non escludeva che l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese dovesse ritenersi responsabile (a titolo di responsabilità contrattuale), in quanto ad essa si era rivolta la paziente per ottenere la prestazione specialistica e l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese aveva soddisfatto la richiesta mettendo a disposizione la propria struttura ospedaliera e la relativa organizzazione di personale e di mezzi, essendosi concluso un contratto di prestazione professionale nel momento in cui la paziente era stata accettata nell'ospedale; relativamente alla rivalsa esercitata dall'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese contro Da. Sc., avendo il medesimo eseguito la terapia dal 23 dicembre 1992 all'8 gennaio 1993, cioè per undici sedute su venticinque complessive, in prosecuzione del trattamento iniziato da Gi. Lu. il 2 dicembre, secondo un programma terapeutico già dalla stessa predisposto, doveva ritenersi che dette modalità esecutive escludessero "un coinvolgimento del predetto sanitario nella responsabilità per omessa informativa", in quanto l'obbligo di informazione assumerebbe rilievo nella fase precontrattuale di formazione del consenso del paziente al trattamento o all'intervento, mentre un'estensione alle fasi successive si potrebbe ipotizzare solo allorquando "tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo a scelte operative diversificate comportanti rischi diversi", ipotesi che non ricorrevano a proposito della prestazione di Da. Sc.; doveva, dunque, rigettarsi per tali ragioni la pretesa di rivalsa nei suoi riguardi, ma ciò non escludeva che il trattamento fosse antiggiuridico in ragione della violazione dell'obbligo di informazione per tutta la sua durata, cioè sino alla sua conclusione in dipendenza dell'assenza del consenso informato iniziale della paziente, onde (contrariamente a quanto aveva sostenuto la compagnia assicuratrice) restava ferma l'operatività della polizza stipulata dalla Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese con la Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. decorrente dal 1 gennaio 1993.

§ 3. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione in via principale, affidandolo a sei motivi, l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese contro Si. Fo. e Da. Be., quale eredi di Ca. Ag., frattanto deceduta, nonché contro la Compagnia Na. di Assicurazioni S.p.A., la Ri. Ad. di Si. S.p.A. e Da. Sc..

Il ricorso, viceversa, non è stato proposto contro Gi. Lu..

Tutti gli intimati hanno resistito con controricorso e la Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. ha anche proposto ricorso incidentale sulla base di due motivi.

Da. Sc. e l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

§ 1. Preliminarmente va disposta la riunione del ricorso incidentale e di quello principale.

§ 2. Con il primo motivo di ricorso l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese lamenta "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 102 e 354 c.p.c., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.) ", assumendo che la Corte Territoriale non avrebbe potuto disporre la separazione del procedimento contro Gi. Lu. relativamente alla domanda di manleva nei suoi confronti proposta, in quanto ricorreva una fattispecie di litisconsorzio necessario. La Corte genovese avrebbe dovuto, invece, in ragione della rilevata nullità della notificazione della citazione, rimettere tutta la controversia al primo Giudice, ai sensi dell'art. 354 c.p.c. (viene citata Cass. n. 4020 del 1985). La separazione dei giudizi potrebbe, del resto, determinare contraddittorietà di giudicati ove Gi. Lu. provasse, avanti al Tribunale, di avere acquisito il consenso informato.

§ 2.1. Il motivo non è fondato per le ragioni che seguono.

Va anzitutto premesso che, a seguito della proposizione, con l'atto di chiamata in causa, della domanda di manleva da parte della ricorrente contro Gi. Lu., per il caso di soccombenza nei riguardi di Ca. Ag., si determinò un litisconsorzio successivo facoltativo per effetto della tecnica della chiamata in causa di cui all'art. 106 c.p.c., secondo una di quelle ipotesi che vengono ricondotte alla chiamata in garanzia c.d. impropria.

In particolare, l'ipotesi che si verificò nella specie è riconducibile al caso del convenuto che prospetta l'esistenza di una situazione che identifica un terzo come vero responsabile sul piano passivo della pretesa fatta valere dall'attore e, senza postulare di sottrarsi, in forza di essa, alla responsabilità evocata dall'attore, chiede, per il caso di riconoscimento della pretesa di quest'ultimo nei suoi confronti, soltanto di essere tenuto indenne dal terzo dalle conseguenze di tale soccombenza e per tale ragione chiede di chiamarlo nel giudizio. Il chiamante in questo caso non rigetta la sua legittimazione sostanziale, ma, per il caso che sia riconosciuta fondata verso di lui, assume che il terzo ne dovrà sopportare le conseguenze. La domanda contro il terzo potrebbe essere proposta dal convenuto anche successivamente all'esito per lui sfavorevole del giudizio sulla domanda principale, ma il convenuto - volendo impedire che il terzo, ove evocato separatamente e successivamente, contesti l'accertamento sulla domanda principale che ha portato all'esito sfavorevole le cui conseguenze si vogliono su di lui riversate in rivalsa - sfrutta, sulla base all'art. 106 c.p.c., la possibilità di far svolgere il processo sulla domanda di manleva cumulativamente e congiuntamente al processo sulla domanda principale, al fine di ottenere che, ove l'esito del giudizio sulla prima sia sfavorevole, il terzo - sempre, naturalmente, che sia riconosciuta fondata la domanda di garanzia - non possa metterlo in discussione e, quindi, non possa contestare il presupposto della garanzia.

Il giudizio sulla domanda principale e quello sulla domanda di garanzia restano, in tal caso, distinti e sono suscettibili di separazione ai sensi del secondo comma dell'art. 103 c.p.c., ove di tale norma ricorrano i presupposti (si vedano, in termini, Cass. 2986 del 1997; Cass. n. 2866 del 1997, in motivazione).

Si resta in presenza, quindi, di una situazione di cumulo riconducibile alla nozione di litisconsorzio facoltativo quanto al modo di svolgimento e semmai, soltanto in sede di impugnazione, si può verificare la necessità di mantenere il cumulo fra le due cause, qualora l'esito degli accertamenti nel

grado precedente sulle due cause cumulate e le ragioni di impugnazione diano luogo ad una situazione di dipendenza fra le cause (ai sensi dell'art. 331 c.p.c.).

E' da rilevare, d'altro canto, che, a seguito della proposizione della domanda di manleva, nessun ulteriore allargamento delle domande oggetto del giudizio ebbe a verificarsi sotto il profilo della proposizione di una nuova domanda da parte dell'attrice originaria verso la chiamata in causa, con postulazione della responsabilità alternativa (rispetto a quella dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese) e/o concorrente di Gi. Lu..

Nel primo caso, cioè di invocazione di una responsabilità alternativa, si sarebbe verificato un collegamento fra la domanda originaria e quella introdotta contro Gi. Lu. secondo un nesso di incompatibilità, per cui la fondatezza dell'una domanda avrebbe escluso quella dell'altra, e si sarebbe configurata una fattispecie di c.d. litisconsorzio necessario successivo (o "processuale" o "unitario"), sì che la trattazione avrebbe dovuto seguire secondo le regole di svolgimento del litisconsorzio necessario iniziale supposte dall'art. 102 Cost. e le cause, nonostante l'apparente generalizzazione della regola dell'art. 103, secondo comma, c.p.c., al litisconsorzio facoltativo (iniziale), non sarebbero state separabili e in sede di impugnazione sarebbero state inscindibili (ai sensi dell'art. 331 c.p.c.), e ciò non diversamente da quanto accade allorquando il convenuto si difenda egli stesso "rigettando" la propria legittimazione passiva ed adducendo quella di un terzo e, dopo averlo chiamato in causa, l'attore "estenda" la sua domanda nei confronti di quest'ultimo (estensione che, secondo il prevalente orientamento di questa Corte, si verificherebbe anzi in ogni caso per effetto del "rigetto" della legittimazione passiva: conclusione questa sulla cui validità - contestata dalla dottrina - non è luogo qui a soffermarsi).

Nel secondo caso, cioè di invocazione di una responsabilità concorrente e dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese e di Gi. Lu., si sarebbe, invece, realizzata una situazione di litisconsorzio facoltativo non dissimile da quella che nasce fin dall'inizio del processo, allorquando si invochi nei confronti di più responsabili una responsabilità solidale e semmai un possibile litisconsorzio necessario quanto allo svolgimento (c.d. litisconsorzio "unitario" o "necessario successivo" o "processuale") si sarebbe potuto configurare in ragione della esistenza di una pretesa di rivalsa dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese verso Gi. Lu., che, naturalmente, dipendeva nella sua esistenza od estensione dall'accertamento della responsabilità concorrente di entrambi, postulato con l'estensione della domanda da parte di Ca. Ag..

Senonché, è pacifico che nessuna delle due ipotesi ora dette si è verificata e, quindi, va ribadito che nel corso dello svolgimento del giudizio di primo grado la situazione del cumulo fra la domanda principale e quella di rivalsa dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese rimase caratterizzata nel senso della facoltatività del litisconsorzio anche quanto al modo di svolgimento, ben potendo trovare applicazione la regola del secondo comma dell'art. 103 c.p.c..

§ 2.2. Una volta pronunciata la sentenza di primo grado, il cumulo di domande in questione rimase connotato nel senso della scindibilità, in quanto la decisione sulla domanda di rivalsa nel senso del rigetto per una ragione - il preteso difetto di giurisdizione - esclusivamente inerente il rapporto giuridico dedotto dall'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese contro Gi. Lu., si connotò come decisione del tutto indipendente da quella sulla domanda principale e, pertanto il cumulo fra le due domande, all'atto dell'impugnazione della sentenza si presentava come scindibile ai sensi dell'art.

332 c.p.c. e soltanto all'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese competeva realizzare il cumulo nuovamente proponendo impugnazione tanto relativamente al rapporto principale inerente la responsabilità nei confronti di Ca. Ag., quanto relativamente al rapporto inerente la pretesa di rivalsa. Avendo proposto entrambe le impugnazioni, l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese mantenne il cumulo realizzatosi in primo grado, ma pur sempre come cumulo riconducibile alla nozione di scindibilità fra le cause.

Sussistendo tale situazione è di tutta evidenza che il Giudice d'appello, una volta rilevata la nullità della citazione introduttiva della domanda di manleva dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese contro Gi. Lu., ben poteva dar corso all'applicazione dell'art. 354 c.p.c. e, quindi, alla rimessione al primo Giudice soltanto della controversia ad essa relativa fra dette parti, separandola dalla domanda principale. Solo se fosse sussistita una situazione di inscindibilità della cause o di dipendenza fra esse (quest'ultima ipotesi si sarebbe potuta verificare se la domanda di rivalsa in primo grado fosse stata accolta nel merito), la constatazione della nullità della notificazione avrebbe dovuto comportare la rimessione di tutta la causa al primo Giudice.

Legittimamente, invece, il Giudice d'appello ha rimesso solo la causa di manleva al primo Giudice.

§ 2.3. Va rilevato a questo punto che, una volta riguardato rispetto all'esercizio del diritto di impugnazione da parte dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese in cassazione, la caratterizzazione del nesso fra le cause nel senso della scindibilità (conseguente ancora una volta all'essere stata adottata sulla domanda di rivalsa una decisione in rito e, quindi, del tutto indipendente da quella sulla domanda principale) comportava che il cumulo fra le due cause potesse essere mantenuto esclusivamente dall'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese attraverso l'esercizio del diritto di impugnazione. Sennonché l'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese non ha esercitato il potere di ricorrere in cassazione avverso la statuizione della sentenza d'appello relativa alla rimessione al primo Giudice della causa di rivalsa. Il ricorso, infatti, non indica formalmente come parte (art. 366, n. 1 c.p.c.) Gi. Lu. e nemmeno risulta - al di là della mancanza di indicazione formale - notificato e, quindi, nella sostanza proposto, contro Gi. Lu.. In tale situazione, sempre per il carattere di scindibilità del cumulo pur a seguito della decisione del Giudice d'appello qui impugnata è applicabile l'art. 332 c.p.c. ma, poiché rispetto a Gi. Lu. è ormai ampiamente esclusa l'impugnazione per il decorso dei relativi termini, questa Corte non deve nemmeno in alcun modo provvedere ad ordinare la notificazione del ricorso alla medesima.

§ 3. Con il secondo motivo si deduce "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (artt. 1218, 1223 e/o 2056 c.c. in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.) ", adducendosi che, essendo la consulenza tecnica d'ufficio pervenuta alla conclusione che nessuna imprudenza, negligenza e, quindi, colpa fosse addebitabile ai medici, non sarebbe configurabile alcun danno come conseguenza di una condotta professionale colposa e, pertanto, non sarebbe necessario accertare l'esistenza del consenso informato. Esso avrebbe dovuto essere acquisito semmai dal sanitario dell'Istituto Tumori di Milano, Prof. D. R., che aveva ordinato la terapia radiante. Le norme invocate prevederebbero una responsabilità limitata alle conseguenze immediate e dirette della condotta dell'agente, mentre la Corte territoriale sarebbe andata oltre, in quanto, "l'attrice era malata di un grave tumore, la radio terapia costituiva una cura tipica e corretta, le complicazioni sino al decesso si sarebbero inevitabilmente verificate, addebitare integralmente alla esponente il degrado fisico, sulla base delle c.d. tabelle milanesi previste per persone in normali condizioni, (sarebbe) giuridicamente errato".

§ 3.1. Anche questo motivo non merita accoglimento.

Esso si scinde in due diverse censure.

La prima è espressa adducendosi che l'assenza di un comportamento colpevole dei sanitari della struttura ospedaliera nell'esecuzione del trattamento escluderebbe la violazione dell'obbligo del c.d. consenso informato.

La seconda nel senso che in ogni caso la violazione di quell'obbligo sarebbe addebitabile al sanitario che aveva prescritto a Ca. Ag. il trattamento.

La prima censura è priva di pregio, in quanto 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, con la conseguenza 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 L. 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 c.p.), donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica per il caso che esse, a causa dell'esecuzione del trattamento, si presentino peggiorate. Per converso, sul piano del danno-conseguenza, venendo in considerazione il mero peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta.

La seconda censura è anch'essa priva di fondamento, in quanto i sanitari dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese, nel sottoporre al trattamento Ca. Ag., hanno accolto e dato corso alla sua richiesta, agendo quali organi dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese, senza essere in alcun modo vincolati alla prescrizione della terapia fatta dallo specialista cui la medesima si era rivolta e, quindi, avendo effettuato una scelta del tutto autonoma erano gravati dell'obbligo di informazione circa le sue conseguenze, come esattamente ha ritenuto la Corte Territoriale. L'obbligo del consenso informato, infatti, è a carico del sanitario che, una volta richiesto dal paziente dell'esecuzione di un determinato trattamento, decide in piena autonomia secondo la *lex artis* di accogliere la richiesta e di darvi corso, a nulla rilevando che la richiesta del paziente discenda da una prescrizione di altro sanitario.

§ 4. Con il terzo motivo si deduce "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.) ", sotto il profilo che l'impugnata sentenza non avrebbe tenuto conto che l'onere di dimostrazione dell'inadempimento da parte del professionista dell'obbligo di informazione, che era a carico di Ca. Ag., non era stato da costei adempiuto. Infatti, avendo l'unico teste escusso sul punto, cioè il marito di Ca. Ag., Si. Fo. ("verosimilmente privo della necessaria attendibilità") riferito che la Dott.ssa Gi. Lu., aveva fatto presente i rischi di stipsi, la Corte Territoriale, avendo nella citazione introduttiva del giudizio Ca. Ag. lamentato l'insorgere di un'occlusione intestinale foriera di gravi conseguenze, avrebbe dovuto constatare che occlusione intestinale e stipsi sono sinonimi e che, quindi, il consenso informato era stato acquisito. Pertanto, la domanda non avrebbe dovuto essere accolta, perché carente di prova.

§ 4.1. Il motivo è privo di pregio.

Non è dato, infatti, comprendere in che modo l'assunta mancata considerazione da parte della Corte d'Appello della pretesa sinonimia fra la stipsi e l'occlusione intestinale dovrebbe avere integrato la violazione della norma sull'onere della prova, denunciata ai sensi del n. 3 dell'art. 360.

L'omessa valutazione della circostanza della suddetta sinonimia, ove quest'ultima fosse effettivamente configurabile e percettibile a prescindere da speciali cognizioni tecniche non esigibili dal Giudice del merito, si potrebbe semmai considerare come mancata valutazione di un fatto notorio di natura tecnica e, quindi, foriera di un vizio di insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c..

Ove, invece, non si trattasse di notorio tecnico la cui conoscenza fosse esigibile anche dal Giudice di merito, bensì di una circostanza che si sarebbe far dovuta constare nel giudizio di merito attraverso opportuna attività probatoria tecnica, si sarebbe in presenza di una circostanza della quale, in assenza di esame da parte della sentenza impugnata, la ricorrente avrebbe dovuto indicare nel ricorso la sede processuale nella quale trovava riscontro, sempre agli effetti della deduzione del vizio di cui al citato n. 5 dell'art. 360.

Fermo che un simile vizio non è stato denunciato né sotto l'uno né sotto l'altro profilo e che tanto basta a rendere il motivo inconferente (perché, come si è detto, inidoneo ad integrare in astratto la denunciata violazione di legge), osserva comunque il Collegio che la pretesa sinonimia è anche esclusa, come emerge dalla semplice consultazione di un vocabolario, là dove la stipsi indica

rallentamento del procedere delle sostanze nell'intestino e l'oclusione intestinale un vero e proprio blocco di quel procedere.

§ 5. Con il quarto motivo si lamenta "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (artt. 32, secondo comma, Costituzione, 1337 c.c. in relazione all'art. 160, primo comma, n. 3 c.p.c.)".

Il motivo - pertinente all'azione di rivalsa esercitata dalla ricorrente contro Da. Sc. - addebita alla sentenza impugnata di non avere, una volta accettata la tesi della violazione del consenso informato, condiviso la valutazione con la quale il primo Giudice aveva riconosciuto che anche il suddetto sanitario avrebbe dovuto rispondere del mancato assolvimento del relativo obbligo, in quanto, pur essendo egli subentrato a Gi. Lu. nell'esecuzione del trattamento, avrebbe dovuto accertarsi dell'avvenuta acquisizione del consenso informato della paziente. Si sostiene, dunque, che egli, non avendo assolto detto obbligo in questi termini, avrebbe dovuto essere dichiarato responsabile in solido ed in misura uguale a Gi. Lu., ai sensi dell'art. 1298, comma secondo, c.c..

§ 5.1. Il motivo non merita accoglimento in quanto non si fa carico in alcun modo della ragione sulla base della quale l'impugnata sentenza ha escluso che Da. Sc. dovesse rispondere della violazione dell'obbligo di assicurare un consenso informato, cioè che l'art. 4 di una non meglio precisata "Convenzione" prevedeva che egli dovesse intervenire in prosecuzione del trattamento terapeutico iniziato dalla Dott.ssa Gi. Lu. secondo un programma terapeutico dalla medesima predisposto. Sotto tale profilo il motivo di impugnazione non si risolve in una critica al ragionamento svolto dalla sentenza, tant'è che si limita ad evocare la validità di altro ragionamento svolto dal Giudice di primo grado, del quale non precisa nemmeno il contenuto.

Diventa, dunque, rilevante l'insegnamento, secondo cui il motivo d'impugnazione è rappresentato dall'enunciazione, secondo lo schema normativo con cui il mezzo è regolato dal legislatore, della o delle ragioni per le quali, secondo chi esercita il diritto d'impugnazione, la decisione è erronea, con la conseguenza che, in quanto per denunciare un errore bisogna identificarlo e, quindi, fornirne la rappresentazione, l'esercizio del diritto d'impugnazione di una decisione giudiziale può considerarsi avvenuto in modo idoneo soltanto qualora i motivi con i quali è esplicito si concretino in una critica della decisione impugnata e, quindi, nell'esplicita e specifica indicazione delle ragioni per cui essa è errata, le quali, per essere enunciate come tali, debbono concretamente considerare le ragioni che la sorreggono e da esse non possono prescindere, dovendosi, dunque, il motivo che non rispetti tale requisito considerarsi nullo per inidoneità al raggiungimento dello scopo. In riferimento al ricorso per Cassazione tale nullità, risolvendosi nella proposizione di un "non motivo", è espressamente sanzionata con l'inammissibilità ai sensi dell'art. 366 n. 4 c.p.c. (Cass. n. 359 del 2005).

Il motivo in esame, dunque, deve ritenersi nullo.

§ 6. Con il quinto motivo ci si duole di "violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 2059 c.c. e 185 c.p., in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.)", sotto il profilo che, essendo stata giudicata la condotta dei medici corretta dalla C.T.U. sarebbe incomprensibile perché siano stati riconosciuti i danni morali, giacché non sarebbe sussistita alcuna ipotesi di reato, come esigerebbe la normativa invocata ed avrebbe ritenuto la Corte Costituzionale nella sentenza n. 79 del 1987.

Il motivo è del tutto inconferente, in quanto trascura di considerare che la responsabilità di uno dei due medici e, quindi, della ricorrente (si veda Cass. n. 13066 del 2004) è stata ritenuta per violazione dell'obbligo di consenso informato e, quindi, a causa di una condotta idonea - per le stesse considerazioni richiamate sopra circa i termini di riferimento normativi dell'obbligo di assicurare quel consenso - ad integrare il reato di lesioni colpose, come esattamente deducono i resistenti Si. Fo. e Da. Be..

§ 7. Con il sesto motivo si lamenta "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio (art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c.) ", in quanto, essendo Ca. Ag. affetta da gravissimo tumore, avendo subito un invasivo intervento ed essendo deceduta a seguito dei progressivi sviluppi oncologici, sarebbe incomprensibile la integrale correlazione - ritenuta dall'impugnata sentenza - fra il peggiorare delle sue condizioni fisiche e la radioterapia, nonché l'assunzione a base di calcolo per la liquidazione del danno delle c.d. tabelle milanesi, come se si fosse trattato di una persona fisicamente integra e con una vita media probabile desunta dalle apposite rilevazioni statistiche. La Corte territoriale nemmeno sarebbe entrata nel merito della sussistenza o meno di un nesso causale tra l'operato dei medici e le complicazioni successive. La motivazione della sentenza impugnata su tutta tale problematica sarebbe viziata ai sensi del citato n. 5 dell'art. 360 c.p.c..

Il motivo merita la stessa sorte del quarto motivo, perché trascura completamente le considerazioni svolte dalla sentenza alla pagina 17, sia sul fatto "che dalla disposta C.T.U. si evince agevolmente che, indipendentemente dalla patologia pregressa le infermità valutate dal consulente sono tutte riconducibili alle complicazioni del trattamento radiante", sia sulla liquidazione del danno e sul ricorso alle tabelle milanesi, punti riguardo ai quali la Corte Territoriale parimenti condivide le valutazioni espressa dal C.T.U..

Si tratta, cioè, di motivo che trascura completamente la motivazione della sentenza impugnata, la quale avrebbe dovuto essere criticata o sotto il profilo della non rispondenza alle risultanze della C.T.U. (ma allora con la configurazione di un errore revocatorio, come tale denunciabile non con il ricorso per cassazione, bensì con la revocazione ex art. 395, n. 4, c.p.c.) o sotto il profilo della non divisibilità delle stesse conclusioni della consulenza tecnica (ma allora la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare di avere svolto nel giudizio di merito opportuno contraddittorio volto ad evidenziare tale non divisibilità, dovendosi altrimenti considerare le ragioni esposte a sostegno del motivo nuove ed inammissibili in questa sede).

§ 8. Con il primo motivo di ricorso incidentale la Compagnia Na. Assicurazioni S.p.A. (che nel suo controricorso svolge rilievi adesivi ai motivi del ricorso principale) deduce "violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto (art. 1917 c.c. in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c.)", nonché "omessa e/o insufficiente e/o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia (art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c.) ", sotto il profilo che, essendo stata la polizza assicurativa decorrente dal 1 gennaio 1993, in forza dell'art. 1917 primo comma, c.c., in mancanza di previsione in essa di un diverso criterio, la copertura assicurativa doveva essere ritenuta operante solo per fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, con la conseguenza che risalendo il fatto dannoso addebitato all'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese e costituito dall'inosservanza dell'obbligo di assicurare il consenso informato all'inizio della terapia, cioè al 2 dicembre 1992, la Corte Territoriale avrebbe erroneamente ritenuto l'operatività della polizza in violazione della citata

norma. La violazione del n. 5 dell'art. 360, invece, sussisterebbe in via subordinata, per il caso che non si dovesse ritenere sussistente la violazione di legge, in quanto sarebbe del tutto insufficiente la motivazione con cui la Corte Territoriale avrebbe ritenuto operante la copertura, osservando che il trattamento radioterapico si era protratto nella vigenza della polizza, senza considerare che non era stato il trattamento ad essere antiggiuridico, come la stessa sentenza impugnata non aveva mancato di affermare. Il fatto produttivo del danno sarebbe, invece, da identificare nell'asserita omissione del consenso informato. La motivazione della sentenza impugnata sarebbe, altresì, contraddittoria là dove ha pronunciato sentenza di rigetto nei confronti di Da. Sc.. Sulla base di tali ragioni la Corte viene sollecitata a pronunciare nel merito, previa cassazione della sentenza impugnata sul punto, il rigetto della domanda di manleva dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 1 Imperiese verso la controricorrente.

§ 8.1. Il motivo è privo di fondatezza in tutti i suoi aspetti.

Invero, là dove assume che la semplice circostanza della stipula della polizza con decorrenza dal 1 gennaio 1993 sottraeva l'evento alla copertura assicurativa, in ragione della norma dell'art. 1917 primo comma, c.c., che correla l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato di "quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta", dimentica di accompagnare tale deduzione con la riproduzione della clausola della polizza assicurativa: per tale ragione il motivo impinge in una chiara violazione del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione. Infatti, questa Corte soltanto attraverso la lettura della clausola della polizza potrebbe riscontrare se la sussunzione della vicenda oggetto di lite sotto la vigenza della polizza è avvenuta in violazione della norma della citata norma.

Ciò, in quanto per individuare, alla stregua dell'art. 1917 c.c., il "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", riguardo al quale una polizza assicurativa copra la responsabilità civile dell'assicurato verso il terzo è indispensabile considerare il tenore della relativa clausola identificativa di detto fatto (e, quindi, dell'estensione della copertura assicurativa), onde comprendere che cosa le parti abbiano inteso ricondurre sotto la copertura assicurativa ed in particolare se abbiano inteso il fatto idoneo a determinare la responsabilità civile verso il terzo, ove imputabile a condotta umana, come comprensivo solo delle condotte causative di danno a terzi poste in essere sotto la vigenza della polizza ovvero lo abbiano inteso come comprensivo anche delle conseguenze dannose di condotte tenute prima della vigenza della polizza.

Il motivo in esame, pertanto, dev'essere disatteso sulla base del seguente principio di diritto: "Il motivo di ricorso per cassazione, con il quale si denunci da parte dell'assicuratore per la responsabilità civile che il Giudice di merito abbia violato la norma dell'art. 1917 primo comma, c.c., per avere ritenuto una fattispecie concreta di responsabilità civile dell'assicurato in parte sussumibile sotto la vigenza della polizza, succeduta ad altra corrente già con altro assicuratore, pur trattandosi di fatto non accaduto durante il tempo dell'assicurazione, allorquando tale fatto sia rappresentato da una condotta umana causativa del danno ed essa sia stata posta in essere anteriormente alla vigenza della polizza e nella vigenza della polizza cessata, mentre le conseguenze dannose si siano verificate in parte dopo di essa, qualora il contenuto della clausola determinativa dell'oggetto della copertura assicurativa non sia riprodotto o commentato dalla sentenza e, quindi, le relative argomentazioni non siano state esse stesse oggetto dell'enunciazione critica del motivo, deve - per essere rispettoso del principio di autosufficienza del motivo di ricorso per cassazione, applicabile anche all'enunciazione del vizio di violazione di legge (Cass. n. 15910 del 2005) - articolarsi

necessariamente con la riproduzione del contenuto della clausola, in quanto, in difetto, la Corte di Cassazione non risulta messa in grado di apprezzare il denunciato errore di sussunzione, atteso che la nozione di "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", per la equivocità del termine "fatto", idoneo a comprendere, se riferito ad un fatto umano, sia la condotta sia gli eventi che essa abbia provocato, si presta di per sé a comprendere sia l'una che gli altri e, quindi, spetta alle parti del contratto assicurativo opportunamente precisarla in modo che abbia o non abbia quella estensione".

Sulla base dei rilievi svolti resta assorbita la deduzione della contraddittorietà dell'esclusione della responsabilità di Da. Sc..

§ 9. Con un secondo motivo, in nesso di subordinazione rispetto al primo, si deduce "omessa e/o insufficiente e/o contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia (art. 360, primo comma, n. 5 c.p.c.) ", lamentandosi che con l'atto di appello la ricorrente incidentale si era doluta che il Giudice di primo grado avesse accertato nella misura del 50% il suo grado di responsabilità per la rivalsa nel presupposto dell'impossibilità di accertare in quale misura il danno si fosse verificato fino al 31 dicembre 1992 ed in quale oltre, mentre la sentenza impugnata nulla avrebbe motivato sul punto e ciò nonostante che le sedute di radioterapia eseguite dopo il 1 gennaio 1993 fossero state cinque sulle venticinque totali. In via subordinata si chiede, dunque, la cassazione con rinvio della sentenza impugnata.

Il motivo dev'essere considerato inammissibile, perché inidoneo a sorreggere l'enunciato vizio di omessa motivazione.

Ciò, alla stregua del consolidato principio secondo cui la decisione del Giudice di secondo grado che non esamini e non decida un motivo di censura alla sentenza di primo grado è impugnabile per cassazione non già per omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, bensì per omessa pronuncia su un motivo di gravame e, quindi, integrando tale vizio un error in procedendo alla stregua del n. 4 dell'art. 360 c.p.c.. Ne consegue, quindi, che, se il vizio di omessa pronuncia da parte del Giudice d'appello su una censura prospettata con l'appello (principale od incidentale) viene denunciato ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. (od anche dell'art. 360 n. 3), anziché ai sensi dell'art. 360 n. 4), c.p.c., in relazione all'art. 112 dello stesso codice di rito, il motivo è inammissibile (in termini da ultimo Cass. n. 22897 del 2005, fra le tante).

La differenza fra l'omessa pronuncia di cui all'art. 112 c.p.c. e l'omessa motivazione su un punto decisivo della controversia di cui al n. 5 dell'art. 360 c.p.c. si coglie, infatti, nel senso che nella prima l'omesso esame concerne direttamente una domanda od un'eccezione introdotta in causa (e, quindi, nel caso del motivo d'appello uno dei fatti costitutivi della "domanda" di appello), mentre nel caso dell'omessa motivazione l'attività di esame del Giudice che si assume omessa non concerne la domanda o l'eccezione direttamente, bensì una circostanza di fatto che, ove valutata avrebbe comportato una diversa decisione su uno dei fatti costitutivi della domanda o su un'eccezione e, quindi su uno dei fatti c.d. principali della controversia (si veda Cass. n. 22979 del 2004).

Il motivo è, pertanto, inammissibile per come è stato dedotto.

§ 10. Conclusivamente debbono essere rigettati sia il ricorso principale, sia quello incidentale.

Ricorrono giusti motivi per la compensazione delle spese del giudizio di cassazione relativamente a tutti i rapporti processuali.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta. Compensa le spese del giudizio di cassazione.