

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE

Sentenza 15 novembre 2019, n. 29709

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente -

Dott. SESTINI Danilo - Consigliere -

Dott. CIGNA Mario - Consigliere -

Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere -

Dott. GRAZIOSI Chiaera - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 11207-2016 proposto da:

M.D., ME.MO., personalmente e per conto dei figli minori M.L., M.A., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA OTRANTO 36, presso lo studio dell'avvocato MARIO MASSANO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ENRICO CORNELIO giusta procura speciale in calce al ricorso;

- ricorrenti - contro

AXA ASSICURAZIONI SPA, in persona del Direttore - procuratore speciale Dott. R.M., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CESI 72, presso lo studio dell'avvocato DOMENICO BONACCORSI DI PATTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIANCARLO FALETTI giusta procura speciale a margine del controricorso;

V.E., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA F DENZA 15, presso lo studio dell'avvocato NICOLA PAGNOTTA, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati RENATO MARTORELLI, GIORGIO MARTORELLI giusta procura speciale in calce al controricorso;

(OMISSIS), in persona del Direttore Generale Dott. F.S. pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE FERRARI 35, presso lo studio dell'avvocato MARCO VINCENTI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PIER FRANCO GIGLIOTTI giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 379/2016 della CORTE D'APPELLO di TORINO, depositata il

10/03/2016;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/12/2018 dal Consigliere Dott. CHIARA GRAZIOSI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARDINO Alberto, che ha concluso per l'accoglimento 1 e 2 motivo di ricorso, inammissibile;

udito l'Avvocato ENRICO CORNELIO;

udito l'Avvocato GIANCARLO FALETTI;

udito l'Avvocato ROBERTO OTTI per delega;

udito l'Avvocato NICOLA PAGNOTTA.

Svolgimento del processo

1. Con atto di citazione notificato il 30 luglio 2010 Me.Mo. e M.D. convenivano davanti al Tribunale di Torino V.E., che come ginecologo era stato incaricato dall'attrice di seguirla in una gravidanza, chiedendo l'accertamento del suo inadempimento contrattuale e la sua condanna al risarcimento dei danni per la mancata diagnosi di una grave malformazione cardiaca del feto e la mancata considerazione degli esiti del c.d. tri-test, che aveva segnalato un rischio superiore al normale di sindrome di Down, condanna che veniva chiesta avendo l'inadempimento del ginecologo impedito a Me.Mo. di esercitare il suo diritto di interruzione volontaria di gravidanza; in subordine veniva addotta la responsabilità extracontrattuale del ginecologo.

V.E. si costituiva resistendo, e chiamava in garanzia Axa Assicurazioni S.p.A., sua assicuratrice, e (OMISSIS), sua datrice di lavoro. Queste a loro volta si costituivano resistendo.

Disposta consulenza tecnica d'ufficio, con sentenza del 24 maggio 2014 il Tribunale rigettava le domande degli attori, condannandoli a rifondere le spese al V. e compensando le altre spese di lite.

Veniva proposto appello principale da Me.Mo. e M.D., e incidentale condizionato da V.E.. La Corte d'appello di Torino, con sentenza del 9 marzo 2016, dichiarava inammissibile l'appello principale, condannando gli appellanti a rifondere le spese a tutte le altre parti.

2. Hanno presentato ricorso Me.Mo. e M.D. - in proprio e per conto dei figli minorenni M.L. e M.A. - sulla base di tre motivi.

2.1 I primo motivo denuncia violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c. per erronea individuazione della causa petendi addotta in primo grado e inadempimento del diritto di informazione completa a Me.Mo. "su test diagnostici, screening e soft markers ai fini della diagnosi prenatale delle cromosomopatie".

Nel primo grado si sarebbe chiesto da parte degli attuali ricorrenti di accertare il grave inadempimento contrattuale di V.E., che sarebbe consistito nell'omesso avviso a Me.Mo. dell'opportunità di esperire un'amniocentesi dopo i test e gli accertamenti ecografici eseguiti, "sul presupposto che l'esame diagnostico avrebbe dato esiti di certezza" ai fini della manifestata volontà di Me.Mo. di abortire se vi fosse stata diagnosi di cromosomopatia. L'esposizione fornita dagli attuali ricorrenti in primo grado sarebbe stata quindi centrata sul mancato adempimento del ginecologo quanto all'istanza di Me.Mo. "di avere diagnosi sottoponendola al test diagnostico dell'amniocentesi", che avrebbe dovuto eseguirsi per la sua iniziale richiesta e per "l'inconcludenza degli esiti sia dell'accertamento con lo screening, sia dei dati ecografici di soft markers". E la causa petendi avrebbe dovuto individuarsi nel non avere il ginecologo informato Me.Mo. dell'"inadeguatezza diagnostica dei dati complessivamente raccolti" e nel non avere suggerito e informato dell'opportunità del test diagnostico. Pertanto "tutta la domanda" di primo grado "era centrata sulle mancate informazioni" in ordine all'opportunità dell'amniocentesi, e quindi sulla preclusione all'attrice "di avere diagnosi precoce della cromosomopatia". Viene richiamato un passo dell'atto di citazione che lamenta come V.E., "nonostante il risultato, non aveva prescritto nessun accertamento specifico", al contrario assicurando che non vi sarebbero stati problemi: da ciò si deduce che il nucleo della causa petendi sarebbe stato la mancanza di informazione, onde nel secondo grado non sarebbe stata introdotta una causa petendi nuova; si invoca Cass. 16754/2012 per sostenere il motivo.

2.2 Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 1218 c.c., nonché violazione del diritto di informazione completa della gestante ai fini della diagnosi prenatale delle cromosomopatie.

Anche in questo motivo si invoca l'arresto appena richiamato, deducendone che, se viene provato che la gestante ha chiesto un accertamento funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e, in subordine al suo risultato positivo, dichiarato di intendere di esercitare il diritto di interruzione volontaria della gravidanza, sussiste l'inadempimento del medico se questi non ha dato informazioni su tutte le esistenti possibilità diagnostiche.

Me.Mo. avrebbe chiesto la diagnosi di possibili malformazioni fetali, ma tale diagnosi non l'avrebbe poi ricevuta. Non sarebbe stata informata della possibilità di ottenere una diagnosi di certezza a partire dal terzo mese di gravidanza con una biopsia dei villi coriali e della possibilità di "test di screening combinato della translucenza nucale unita al triplotest" per l'ipotesi in cui non avesse accettato una diagnosi invasiva. Parimenti non sarebbe stata informata dell'opportunità di amniocentesi per esito non rassicurante dello screening eseguito e per la presenza di soft markers in riferimento a vizio cardiaco e anomalie renali. La signora Me., quale attrice, non avrebbe mai addotto che la cardiopatia del feto (non diagnosticata, peraltro) avrebbe giustificato per lei l'interruzione volontaria di gravidanza. "La sostanza" sarebbe stata in effetti l'inadempimento alla richiesta di diagnosi (inadempimento contrattuale per il contatto sociale, ai sensi dell'art. 1218 c.c.); "si discute solo dell'incompletezza dell'informazione" sulla opportunità dell'amniocentesi. L'omessa informazione "priva nel concreto la madre della possibilità" di decidere in ordine all'interruzione volontaria della gravidanza.

2.3 Il terzo motivo denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c. e travisamento di motivo d'appello in ordine alle spese del primo grado.

Si richiama l'applicabilità *ratione temporis* di gravi ed eccezionali motivi quali presupposti di compensazione essendo stata la causa avviata nel 2010; e questi si identificano nell'impossibilità che, qualora ne faccia esplicita richiesta, la gestante non possa avere una diagnosi precisa della presenza o meno di sindrome di Down e sia sottoposta a test inaffidabili; perciò si richiamano le conclusioni di primo grado (subordinate) di compensazione delle spese processuali. Al di là poi dell'esistenza di inadempimento, gli esiti degli esami sarebbero stati oggettivamente fallaci. Incongrua sarebbe la risposta della Corte d'appello, per cui rispetto al contenuto della domanda sarebbe stato violato l'art. 112 c.p.c. 2.4 Si sono difesi con rispettivo controricorso V.E. e (OMISSIS), che hanno pure presentato memoria.

Motivi della decisione

3. Deve anzitutto rilevarsi l'inammissibilità, in astratto, della introduzione nel giudizio di nuove parti nella qualità di ricorrenti, ovvero i figli minorenni che nel ricorso Me.Mo. e M.D. dichiarano di rappresentare quali genitori, senza addurre alcun fondamento giuridico per tale improvviso accesso. Peraltro, tale introduzione in concreto risulta *tamquam non esset*, in quanto nulla viene modificato nel *petitum* originariamente proposto da Me.Mo. e M.D., diretto all'accertamento di inadempimento contrattuale o in subordine di responsabilità extracontrattuale del V., con conseguente condanna di risarcimento dei danni rispettivamente a Me.Mo. e a M.D. e vittoria di questi sulle spese di lite.

3.1 I primi due motivi meritano, nei limiti che si verrà ad esporre, un vaglio congiunto.

Si sostiene - qualificando le doglianze nelle rubriche come si è già sopra riportato - che nell'atto di citazione si era addotto che la gestante Me. avesse chiesto al ginecologo V. di espletare amniocentesi, non essendo ella disponibile alla gravidanza se il feto avesse avuto malformazioni, e che il V. "suggerì viceversa" il c.d. tri test, che infatti fu eseguito. I ricorrenti insistono nel senso che, considerato che il loro figlio nacque affetto dalla sindrome di Down, nonché da malformazione cardiaca e asimmetria dei bacineti renali, i dati cardiaci e renali, quali *soft markers* per la sindrome di Down, avrebbero dovuto portare, "indipendentemente dall'originaria richiesta di amniocentesi della paziente", proprio a effettuare quest'ultima; e asseriscono che, se la diagnosi della trisomia 21 fosse stata fornita tempestivamente, Me.Mo. avrebbe optato per l'interruzione volontaria della gravidanza, vista anche la profonda depressione in cui era incorsa dopo la diagnosi al figlio della suddetta sindrome. Sulla manifestazione da parte della gestante al ginecologo del timore di malformazione non vi sarebbe stata contestazione, nel primo grado, del convenuto V.; e d'altronde, nella seconda memoria attorea depositata ex art. 183 c.p.c., il primo capitolo verteva specificamente sulla circostanza che il 22 luglio 2005 la Me. avrebbe detto al V. di essere preoccupata per il risultato del tri test del (OMISSIS) e gli avrebbe chiesto "se fosse stato necessario eseguire accertamenti diagnostici per escludere la presenza della sindrome di Down"; e, seguendo poi il secondo capitolo, il ginecologo avrebbe risposto che "era tutto nella norma e che ulteriori accertamenti sarebbero stati superflui".

3.2 E' il caso allora di riassumere, per meglio comprenderla, la motivazione con cui la sentenza impugnata sorregge la dichiarazione di inammissibilità dell'appello per mutatio libelli.

La corte territoriale espone che Me.Mo. e M.D. avevano convenuto V.E. perchè fosse condannato a risarcire loro i danni derivati da inadempimento contrattuale o, in subordine, da responsabilità extracontrattuale "per non aver diagnosticato, nella sua qualità di medico ginecologo cui gli attori si erano rivolti a seguito della gravidanza della signora Me., la grave malformazione cardiaca da cui era affetto il feto, nonostante le plurime ecografie eseguite, nonchè per non aver considerato gli esiti del "tri-test" cui era stata sottoposta la signora Me., che avevano segnalato un rischio superiore alla norma della presenza nel feto della sindrome di Down", assumendo che "l'errore aveva impedito alla madre di esercitare il diritto di interrompere la gravidanza".

Dato atto della resistenza del convenuto e della chiamata in causa dei terzi, a loro volta resistenti, il giudice d'appello sintetizza la sentenza di rigetto delle domande attoree pronunciata dal giudice di prime cure rilevando che quest'ultimo l'aveva fondata sul convincimento - sortito dalla consulenza tecnica d'ufficio - che gli esiti del tri test "non giustificavano ulteriori accertamenti" e che il medico "aveva correttamente operato". Così, subito dopo, la corte descrive il contenuto del gravame: "Propongono appello gli attori, insistendo nelle loro domande e nella tesi dell'inadempimento contrattuale del V., individuato nell'omessa informazione e prescrizione di accertamenti diagnostici certi, o almeno più sicuri, in presenza di una situazione nella quale la signora Me. aveva chiaramente dichiarato di non voler portare a termine la gravidanza in ipotesi di malformazione del feto". Le controparti ancora resistevano.

Terminata in tal modo l'esposizione dello svolgimento del processo (per quanto qui interessa), la corte territoriale raggiunge il nucleo della sua pronuncia, affermando che "l'appello è per gran parte inammissibile" (superstite a tale inammissibilità risulterà solo la questione delle spese che costituiva un'ulteriore censura, e che verrà rigettata) e giustificandolo così: "Come risulta infatti chiaramente dall'esame della citazione di primo grado, in raffronto a quello dell'atto di appello, risulta che il contenuto dell'obbligazione contrattuale del medico è del tutto diversa" in quanto "per mutamento della causa petendi, la domanda proposta in secondo grado è diversa" dato che in primo grado "gli attori assumono la sussistenza di una "grave responsabilità del Dott. V. per omessa diagnosi prenatale" per non aver rilevato dalle ecografie la sussistenza della malformazione cardiaca...e per non aver disposto alcun ulteriore accertamento specifico nonostante che l'esito del "tri-test" deponesse per l'esistenza di un rischio... della sindrome di Down", mentre nel grado d'appello "la responsabilità del medico viene individuata essenzialmente nel non aver informato la paziente delle possibilità diagnostiche disponibili, nell'aver suggerito un test (il "tri-test") meno affidabile rispetto ad altri disponibili, e in sostanza nel non aver rilevato la cardiopatia che risulterebbe, data la sua frequente ricorrenza nei casi di sindrome di Down, un soft marker della stessa. Su questo punto, comunque, il problema, che era centrale in primo grado, viene posto in secondo piano, liquidando la questione con l'affermazione per cui, se si fosse diagnosticata la sindrome di Down, il problema della cardiopatia non si sarebbe nemmeno posto. A sciogliere

ogni dubbio, comunque, gli appellanti affermano testualmente: "quindi la parte fondamentale della sentenza da modificare è l'omessa considerazione della responsabilità contrattuale...nel non aver consentito alla paziente di avere la diagnosi di sindrome di Down per omessa informazione sulle possibilità diagnostiche. Ora, è evidente la difformità del contenuto dell'obbligazione contrattuale che si assume violata...nei due casi: nel primo, errore diagnostico ed errata valutazione dell'esito del tri-test; nel secondo, omessa informazione della paziente sulle possibilità diagnostiche esistenti". Ciò, secondo la corte territoriale, apporterebbe una differenza "sostanziale", rendendo pure irrilevante il quesito sottoposto al consulente tecnico d'ufficio in primo grado e facendo sì che "il diritto di difesa dei convenuti è totalmente violato" perchè l'addebito è "completamente diverso da quello Iniziale". Inoltre non sarebbe sostenibile, come invece prospettato gli appellanti, che "l'omissione di informazione equivale ad omissione di diagnosi", il che sarebbe "tesi ardita e originale che comunque, a prescindere dalla sua fondatezza, non ha proprio nulla a che vedere col problema degli specifici inadempimenti imputati al V. dagli attori in primo grado, dove di omessa informazione non si parlava proprio...". Ad avviso della corte piemontese, quindi, dall'atto di citazione risulta che "si affermava che i risultati del tri-test giustificavano ulteriori accertamenti... addebitandone per questo motivo l'omissione al medico", al quale pure si attribuiva di avere "erroneamente valutato le ecografie, non rilevando l'anomalia cardiaca (il che non è, in base alla CTU...), senza porre in alcun modo in relazione l'anomalia in parola con la sindrome di Down, ma considerandola come malformazione in sè rilevante e tale da, evidentemente, giustificare di per sè l'interruzione di gravidanza. Di omessa informazione su ulteriori accertamenti e procedure, come si vede, nemmeno l'ombra. Dunque, l'oggetto del contendere in appello è stato radicalmente mutato rispetto al primo grado: l'inammissibilità dell'appello ne discende in maniera evidente".

3.3 Osserva il collegio che il non percepire la corte territoriale "nemmeno l'ombra" della questione informativa nel giudizio di primo grado suscita insuperabili perplessità.

Già il fatto che nell'atto di citazione, così come riassunto dalla stessa corte, era stato imputato al ginecologo di non avere considerato gli esiti del tri-test "che avevano segnalato un rischio superiore alla norma della presenza nel sito della sindrome di Down" assumendo gli attori che "l'errore aveva impedito alla madre di esercitare il diritto di interrompere la gravidanza", di per sè dimostra che il legame fra la mancata considerazione dell'esito e il mancato esercizio del diritto (se ve n'erano i presupposti di legge) non poteva che essere, logicamente, informativo. Non solo. La stessa corte riporta un'altra "ombra" orientata nel medesimo senso laddove espone che gli attuali correnti "propongono appello... insistendo nelle loro domande e nella tesi dell'inadempimento contrattuale del V., individuato nell'omessa informazione e prescrizione di accertamenti diagnostici certi, o almeno più sicuri, in presenza di una situazione nella quale la signora Me. aveva chiaramente dichiarato di non voler portare a termine la gravidanza in ipotesi di malformazioni". Se, allora (a parte la questione delle spese processuali), gli attuali ricorrenti avessero nell'atto d'appello effettuato una mutatio ribelli, non si comprende come sia stato possibile rilevare che questi avevano proposto l'appello "insistendo nelle loro domande".

Ancora, non è dato comprendere come la corte territoriale giunga a ritenere che

"l'oggetto del contendere in appello è stato radicalmente mutato rispetto al primo grado", dal momento che nel primo grado la questione dell'informazione - cioè quella di cui la corte non ha intravisto neppure un'ombra - già risaltava inequivocabilmente, nella stessa conformazione delle prove orali - che erano state addotte, ovviamente, per dimostrare la fondatezza delle domande, e in particolare nel primo capitolo formulato nella seconda e nella terza memoria depositate ai sensi dell'art. 183 c.p.c.: "In data (OMISSIS), in occasione di un'ecografia ostetrica presso lo studio privato del Dott. V., la signora Me.Mo. diceva al medico di essere preoccupata per il risultato del tri-test eseguito in data (OMISSIS) e chiedeva a quest'ultimo se fosse stato necessario eseguire accertamenti diagnostici per escludere la presenza della sindrome di Down". Si tratta di una evidente richiesta informativa su come procedere, all'esito del tri-test effettuato, "per escludere la presenza della sindrome di Down", ovvero per raggiungerne la certezza. Non sembra lecito dubitare, allora, che la richiesta della gestante, rivolta al medico, fosse del seguente tenore: posso essere certa, ora che ho fatto il tri-test con l'esito che ne è risultato, che non vi sia la sindrome di Down, oppure occorrono accertamenti ulteriori? Nè rileva, naturalmente, sotto il profilo in esame, che il contenuto del capitolo sia stato provato o meno (secondo i ricorrenti vi sarebbe stata una non contestazione da parte del V. - ricorso, pagina 10 -; secondo il controricorrente V., il timore e l'angoscia della gestante per malformazioni fetali in relazione alla cui eventualità dichiarava di voler abortire sarebbe una circostanza che egli "meno che mai...ha mai confermato, riconoscendo come pacifiche circostanze oggetto dei capitoli di prova avversari nn. 1, 2 e 3" - controricorso, pagine 30-31 -). Per di più, per quanto ormai ad abundantiam, deve rilevarsi che è sempre lo stesso controricorrente a confermare oggettivamente la introduzione, fin dall'origine della causa, delle censure in esame, laddove ha descritto che cosa avevano effettivamente prospettato nel primo grado Me.Mo. e M.D.. Quelli che - con un evidente lapsus calami a pagina 18 del controricorso - definisce "gli odierni appellanti" "si erano integralmente affidati alla perizia della Dott.ssa Ma.Ca....ed avevano sostenuto", tra l'altro, che il (OMISSIS) a Me.Mo. era stato effettuato il prelievo ematico per il tri-test, e che "la signora Me. aveva dichiarato di avere espresso, soltanto durante l'ecografia del (OMISSIS) e dunque soltanto alla 22a settimana di gravidanza, la propria preoccupazione in merito al risultato del tri-test" (controricorso, pagine 18-19); lo stesso contenuto, dunque, che era stato poi "plasmato" come primo capitolo di prova orale attorea, vale a dire quello stesso contenuto che non rappresentava affatto un mero ed irrilevante flatus vocis sulla situazione, bensì una ben precisa e ineludibile richiesta di informazione, del genere: sono certa o devo fare altro per essere certa?.

Se, dunque, questo elemento è stato introdotto nel giudizio di primo grado, e senza alcuna tardività (si veda, ad abundantiam, proprio quanto lascia intendere il controricorso V. nelle appena richiamate pagine 18-19), in effetti si stenta a comprendere come la Corte d'appello di Torino sia pervenuta a rinvenire una mutatio libelli nel profilo informativo. Questo, ovviamente, poteva - semmai - essere stato argomentato in modo più ampio nell'atto di appello piuttosto che nelle difese di primo grado, ma, ictu oculi, non costituiva affatto un novum. Affermare, quindi, che "di omessa informazione su ulteriori accertamenti e procedure, come si vede, nemmeno l'ombra" integra, in ultima analisi, una conclusione che ha mutilato il thema decidendum, inserendo una pretesa mutatio libelli che - questa sì - nell'atto d'appello non è per nulla percepibile, e rendendo la motivazione, in parte qua, del tutto inesistente, e comunque ben al di sotto di quel "minimo costituzionale" indicato come

requisito necessario della sentenza, ancora di recente, dalla giurisprudenza di questa Corte di legittimità.

Pertanto è pienamente fondata la censura dei ricorrenti per quanto concerne l'art. 112 c.p.c.: la corte territoriale ha omesso di pronunciarsi riguardo alla questione dell'obbligo di informazione quale fonte, se non vi è adempimento, della responsabilità del medico.

3.4 Ma vi è di più - ed è per questo che si ritiene opportuno vagliare i motivi, se non del tutto unitariamente, quantomeno in stretta prossimità - nella prospettazione dei ricorrenti.

Il secondo motivo argomenta, invero, sull'asserto che il medico è inadempiente se non ha dato informazioni in ordine a tutte le esistenti possibilità diagnostiche, e in questo modo centra il nucleo della controversia. L'attività sanitaria, come ormai da tempo è giunta a chiarire la giurisprudenza di questa Suprema Corte sulla scorta di evidenti dati normativi, include sempre un obbligo di informazione, rispetto al quale - tranne specifiche eccezioni - non possono essere indipendenti nè l'attività diagnostica, nè l'attività terapeutico-chirurgica. Anche sotto questo profilo, dunque, non è possibile configurare una mutatio libelli, perchè si è dinanzi, a proposito della responsabilità sanitaria sia contrattuale sia extracontrattuale, ad una causa petendi che, nella specie, è stata in equivocamente sottoposta al vaglio del Tribunale - e poi della corte territoriale - sotto l'autonomo profilo della violazione del diritto all'autodeterminazione (ovvero alla decisione informata, secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi di cui alla sentenza sentenza n. 438 del 28 novembre 2008..

Di tutte le attività professionali, quella sanitaria è l'attività che più direttamente incide sulla persona. Se in alta percentuale l'attività professionale opera su un bene altrui, l'attività del sanitario, peraltro, si effettua direttamente su quell'intimo bene della persona che è costituito dal suo corpo. Il grado di altruità del bene rispetto a chi vi opera - direttamente proporzionale al grado di intima titolarità di altro soggetto - non può non ricadere sul contenuto dell'attività che su tale bene viene espletata. Nel caso dell'attività sanitaria, allora, essendo il corpo il bene maggiormente "esclusivo" di un'altra persona rispetto al professionista, l'attività deve essere disposta e determinata tramite la sintonizzazione di due volontà: quella del sanitario e quella del "paziente", rectius del soggetto sul cui corpo l'attività si espleta. La volontà del sanitario, in quanto tale, deve essere diretta alla tutela della salute di questo soggetto; e la volontà di quest'ultimo deve essere l'espressione della sua libertà, che in questo settore viene ordinariamente definita diritto di autodeterminazione, il cui corretto esercizio costituisce d'altronde il presupposto della legittimità dell'attività professionale sanitaria, cioè dell'esercizio della volontà, per così dire, tecnica del professionista sul corpo di chi, in questo senso, si autodetermina (cfr. la già citata sentenza n. 438 del 28 novembre 2008 della Corte Costituzionale, la quale, pur considerando soltanto uno dei soggetti coinvolti, giunge ad evidenziare che l'attività sanitaria si deve fondare sull'esercizio del diritto all'autodeterminazione del "titolare" del corpo: "La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost. pone in risalto la sua funzione di sintesi dei due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi

del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2."). Autodeterminazione, peraltro, che - come l'esercizio di ogni diritto - trova confini sistemici, in fattispecie qui comunque non ricorrenti: da un lato l'urgenza dell'intervento sanitario senza possibilità di chiedere consenso informato, e dall'altro il pubblico interesse sotteso alla legge cui attiene l'art. 32 Cost., comma 2 (cfr., per tutte, la recentissima Cass. sez. 3, 28 giugno 2018 n. 17022, per cui "l'omessa acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario - fuori dai casi in cui lo stesso debba essere praticato in via d'urgenza e il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà - determina la lesione in sé della libera determinazione del paziente, quale valore costituzionalmente protetto dagli artt. 32 e 13 Cost., quest'ultimo ricomprendente la libertà di decidere in ordine alla propria salute ed al proprio corpo, a prescindere quindi dalla presenza di conseguenze negative sul piano della salute"), il quale, comunque, significativamente pone alla riserva di legge un limite "a monte" che rappresenta la fonte/ragione della necessità della volontà della persona cui si attribuisce il corpo: il "rispetto della persona umana". Rispetto che, ovviamente, non si atrofizza in un qualche tradizionale formalismo - in cui verrebbe a cadere un'informazione del tutto generica, e pertanto inutile -, bensì consiste nel non ledere la libera volontà della persona.

Questo principio della necessità della consapevole (cioè informata) volontà del cosiddetto "paziente" quale elemento integrante e legittimante l'attività sanitaria al di fuori delle eccezioni menzionate, da tempo estratto, oltre che dall'art. 32, proprio dall'art. 13 Cost., è ormai inequivocamente sancito (si rileva per completezza, non essendo *ratione temporis* applicabile) anche a livello di legge ordinaria, mediante la L. 22 dicembre 2017, n. 219, art. 1. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, che - rapportandosi pure agli artt. 1, 2 e 3 Cedu e giungendo a integrare, attingendo dalla specifica elaborazione giurisprudenziale, le norme generali invocate nel settore, come gli artt. 1218 e 2236 c.c. - ha concluso il lungo percorso di estromissione del tanto tradizionale quanto, appunto, incostituzionale - c.d. paternalismo sanitario, descrivendo anche la formazione progressiva dell'attività sanitaria legittima quale frutto, in sostanza, di un accordo (*id est* di una sintonia delle volontà) dei soggetti coinvolti. L'art. 1, appunto, rubricato "Consenso informato", non solo, infatti, al comma 1 dichiara di tutelare "il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona" e stabilisce che "nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge", ma nel comma 2 descrive pure quella fattispecie a formazione progressiva che ormai è divenuta l'attività sanitaria: "E' promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico", nei successivi commi configurando il diritto all'informazione e il diritto alla rinuncia dei trattamenti proposti.

3.5 L'attività sanitaria è invero un'attività tecnica, per cui, allo scopo di congiungere le volontà di chi ne è coinvolto - il sanitario e la persona che chiede al sanitario di espletare la sua attività tecnica sul proprio corpo - è necessario indurre la necessaria

consapevolezza nella persona che non ha cognizione tecnica, id est informarla adeguatamente dal punto di vista tecnico rispetto al caso concreto in cui si trova. Un obiettivo, pertanto, che non potrà mai essere in toto raggiunto (considerati i tempi necessari, sotto il profilo dello studio e della esperienza clinica, per pervenire alla competenza tecnica del sanitario) ma che, per tutelare la libera volontà del "paziente", nel meglio possibile deve costituire comunque il primo fra quelli dell'attività del sanitario, in quanto, come già si accennava, presupposto della sua legittimità: equiparare la consapevolezza dei due soggetti che sull'attività tecnica del sanitario devono connettere la loro volontà.

Di qui, come pure si anticipava, il profilo relazionale e giuridico (perchè legittimante) della informazione sanitaria, che si congiunge a quelli, stricto sensu tecnici, della diagnosi e della cura. L'attenzione al "consenso informato", cioè appunto alla formazione e alla espressione della volontà del soggetto atecnico il cui corpo è oggetto dell'attività del sanitario - volontà che viene resa consapevole e quindi emancipata dalle direttive o dai suggerimenti altrui mediante le necessarie informazioni che devono provenire proprio dal sanitario operante - come già si accennava si è sviluppata ampiamente, ben prima della L. n. 219 del 2017, nella giurisprudenza di questa Suprema Corte (ex multis, da ultimo: Cass. sez. 3, 23 ottobre 2018 n. 26728, Cass. sez. 3, ord. 19 luglio 2018 n. 19199, Cass. sez. 3, ord. 15 maggio 2018 n. 11749, Cass. sez. 3, 23 marzo 2018 n. 7248 (non massimata), Cass. sez. 3, ord. 31 gennaio 2018 n. 2369, Cass. sez. 3, 13 ottobre 2017 n. 24074, Cass. sez. 3, 12 giugno 2015 n. 12205), evincendo appunto un concetto di status informativo quale presupposto della legittimante volontà del "paziente", dapprima come finalizzato alla scelta della cura, chirurgica o meno, ma poi focalizzato anche sul profilo dell'esito dell'attività prodromica alla cura, ovvero dell'attività diagnostica (su questo profilo, v. sempre tra gli arresti più recenti, Cass. sez. 3, 28 giugno 2018 n. 17022, cit., e Cass. sez. 3, 19 marzo 2018 n. 6688 - ove, in motivazione, si rileva che "l'obbligo di una informazione del paziente da parte del medico che sia effettuata in modo completo e con modalità congrue caratterizza la professione sanitaria, più che logicamente dato che il medico ha come oggetto della sua attività un corpo altrui" e che l'autodeterminazione, "oramai, struttura precipuamente il rapporto tra paziente e medico" -; e cfr. pure Cass. sez. 3, ord. 15 maggio 2018 n. 11749 e Cass. sez. 3, 13 ottobre 2017 n. 24074; specificamente a proposito dell'attività diagnostica in ordine alla gravidanza, anche quanto a una sua integrazione con mezzi più efficaci di quelli già adottati, v. Cass. sez. 3, 28 febbraio 2017 n. 5004, Cass. sez. 3, 27 novembre 2015 n. 24220, Cass. sez. 3, 2 ottobre 2012 n. 16754 - espressamente per il "caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali" -, Cass. sez. 3, 13 luglio 2011 n. 15386, Cass. sez. 3, 2 febbraio 2010 n. 2354).

In quest'ultima ipotesi di consapevole esito da parte del "paziente" dell'attività diagnostica, solo una parte del concetto di informazione si trasfonde in quello, immediatamente successivo - secondo logica - nella prestazione sanitaria come fattispecie in formazione progressiva, della volontà informata. Ciò perchè agli esiti diagnostici non è automatico che consegua una cura. Peraltro, se una parte della consapevolezza frutto dell'informazione - ovvero della tendenziale equiparazione tecnica dei due soggetti le cui volontà sono coinvolte - riguarda il futuro come possibilità di cura (le conseguenze dell'attività diagnostica, ontologicamente prodromica), un'altra parte non può che riguardare quanto si è già fatto, cioè quali

sono e cosa significano, in toto, gli esiti degli accertamenti diagnostici svolti. Il che equivale pure alla informazione completa delle conseguenze dell'attività diagnostica, le quali possono essere, come già si è accennato, di species diverse: in primo luogo, l'assenza di necessità di ulteriore attività sanitaria (è il caso della diagnosi che non rivela alcuna criticità, e che è stata esperita con gli strumenti accertatori migliori e completi); in secondo luogo, l'opposto, ovvero la necessità di cura per esiti patologici diagnosticamente certi; in terzo luogo, un esito che, sia che risulti chiaro sia che si presenti ambiguo, non può comunque qualificarsi definitivo, in quanto apre il passaggio ad ulteriori accertamenti diagnostici, occorrenti per eliminare ogni sospetto di necessità di cura; quest'ultima specie, per lo più, discende da attività diagnostiche che si arrestano a livelli probabilistici/insufficienti, non generando un accertamento effettivo.

3.6 Non si può ormai non riconoscere, in conclusione, che nell'attività sanitaria, sia di diagnosi, sia di cura, è incluso l'obbligo informativo, il cui inadempimento lede comunque il diritto a esercitare la propria volontà di per sé - in questo settore denominato diritto di autodeterminazione - e inoltre, a seconda del plus mancante nella informazione, può anche condurre alla lesione del diritto alla salute. Non è pertanto sostenibile che una cosa sia diagnosticare e un'altra sia informare, per cui sarebbero ipotizzabili - come prospetta la corte territoriale - due inadempimenti diversi da parte del sanitario dei suoi obblighi professionali, convogliati che siano nell'area contrattuale (o da contatto) o in quella aquiliana. L'informazione, ovvero suscitare la consapevole volontà della persona, sul cui corpo si svolge l'attività sanitaria, è l'obbligo prodromico ad ogni attività sanitaria: il tradizionale "consenso informato" contiene, come il più contiene il meno, l'informazione in sé, e l'attività del sanitario è legittima (a parte le eccezioni sopra richiamate) solo se alla sua volontà di effettuarla si congiunge la volontà informata della persona sul cui corpo si dovrebbe effettuarla. La scelta diagnostica o terapeutica -del sanitario, come prospettata all'altro soggetto coinvolto, manifesta la sua autonomia professionale (non a caso espressamente confermata come sussistente dalla L. n. 219 del 2017, art. 1, comma 2), che però non è assoluta: il sanitario, nel momento in cui la sua scelta prospetta, deve informare compiutamente non solo il contenuto di essa, ma altresì le "mosse" alternative e il loro contenuto. Diversamente, nel campo contrattuale, si rende responsabile di un evidente inadempimento, mentre nel campo extracontrattuale viola, come si è visto, diritti di costituzionale valore.

La scissione, se non addirittura contrapposizione, di un obbligo dall'altro - informazione contro attività stricto sensu tecnica - quando si è di fronte ad una endiadi come questa che ricorre nell'attività sanitaria, in cui l'obbligo dell'attività informativa è inscindibile dall'attività tecnica stricto sensu del sanitario perchè costituisce il presupposto della consapevole volontà ordinariamente legittimante della persona su cui l'attività viene espletata, non è quindi sostenibile. Le divergenze discendenti dalla individuazione di due obblighi, nella responsabilità sanitaria, si manifestano invece, come già si accennava, soltanto nella tipologia dei danni derivanti dall'inadempimento, poichè talora dalla violazione dell'obbligo informativo deriva soltanto lesione del diritto all'autodeterminazione (da ultimo, p. es., v. Cass. sez. 3, 2 agosto 2018 n. 20885 e Cass. sez. 3, ord. 15 maggio 2018 n. 11749 - la quale specifica che "dalla lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione determinata dalla violazione, da parte del sanitario, dell'obbligo di acquisire il consenso informato deriva, secondo il principio dell'id quod plerumque accidit un

danno-conseguenza autonomamente risarcibile - costituito dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sè stesso psichicamente e fisicamente - che non necessita di una specifica prova, salva la possibilità di contestazione della controparte e di allegazione e prova, da parte del paziente, di fatti a sè ancora più favorevoli di cui intenda giovare a fini risarcitori"), mentre talora si connette pure il danno alla salute, mentre quest'ultimo può anche sortire soltanto dalla attività stricto sensu tecnica di un sanitario che abbia a monte adempiuto all'obbligo informativo.

3.7 Si deve allora affermare il **seguito principio di diritto: il sanitario, al di fuori delle eccezioni previste dall'ordinamento (intervento urgente senza possibilità di informare alcuno, neppure incaricato dalla persona che ne ha necessità o comunque ad essa prossimo; casi specifici stabiliti dalla legge ai sensi dell'art. 32 Cost., comma 2), ha sempre l'obbligo di informare, in modo completo e adeguato, la persona su cui si appresta ad espletare la sua attività sanitaria o su cui già l'ha esercitata - sia in forma diagnostica che in forma terapeutica -, in quest'ultima ipotesi dovendo rappresentarle le possibili conseguenze e le possibili prosecuzioni di attività diagnostica e/o terapeutica; obbligo che, pertanto, non può essere mai scisso dall'obbligo di espletare correttamente l'attività sanitaria in senso tecnico, per cui il sanitario che ha espletato in modo corretto la sua attività sanitaria in senso tecnico ma non ha fornito l'adeguata informazione alla persona interessata è sempre inadempiente nella responsabilità contrattuale, mentre in quella extracontrattuale viola sempre il diritto costituzionale di autodeterminazione, limite della sua autonomia professionale.**

3.8 Sulla base di tale principio, considerato quanto è stato rilevato, i due primi motivi del ricorso devono essere accolti, assorbito logicamente il terzo.

4. Per completezza nella descrizione del quadro cui è pervenuta la giurisprudenza di questa Suprema Corte, si indicano quali possono essere le conseguenze dell'accertamento della violazione dei diritti alla salute e all'informazione in termini di danni risarcibili.

Le fattispecie che possono configurarsi sono quelle che ora si vengono ad illustrare.

4.1 In primo luogo, è configurabile l'ipotesi in cui il sanitario, con la sua condotta colposa, cagioni un danno alla salute (intesa anche nel senso di peggioramento della situazione antecedente) alla persona che si è sottoposta alla sua attività chirurgica o terapeutica.

Nel caso, allora, che la persona avrebbe comunque voluto sottoporsi, nelle medesime condizioni, a tale attività sanitaria, è risarcibile - ovviamente - soltanto il danno alla salute, nella sua duplice composizione di danno biologico/relazionale e danno morale (cfr. da ultimo Cass. sez. 3, ord. 27 marzo 2018 n. 7513 e Cass. sez. 3, 31 gennaio 2019 n. 2788); se invece la persona non avrebbe scelto di sottoporsi all'attività sanitaria, altrettanto ovviamente il risarcimento investirà pure il danno derivante da lesione del diritto all'autodeterminazione (quale diritto inscindibilmente connesso con il diritto all'informazione, il cui esercizio è condizionato ad una informazione effettiva e veritiera).

4.2 In secondo luogo, è configurabile l'ipotesi in cui il sanitario cagioni danno alla salute con una condotta non colposa.

Applicando ancora lo stesso paradigma che regola l'ipotesi precedente, deve riconoscersi che, nel caso in cui la persona sulla quale il medico ha espletato la sua attività sanitaria non avrebbe fornito il consenso se fosse stata adeguatamente informata, a detta persona spetterà tanto il risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto all'informazione/autodeterminazione (valutando equitativamente la conseguente sofferenza) quanto (quale ulteriore conseguenza del difetto della sua volontà) il danno derivante dalla lesione del diritto alla salute sotto forma di situazione differenziale (ovvero peggioramento) tra quella in cui il soggetto si trovava prima dell'attività sanitaria in questione e quella in cui viene a trovarsi dopo l'espletamento di essa.

Deve peraltro precisarsi che, poichè il presupposto di tale ultima ipotesi è, come si è visto, che sia stato cagionato dal sanitario - pur con una condotta non colposa - danno alla salute della persona non informata, questa situazione differenziale nel senso del peggioramento non può mai essere eventuale, costituendo proprio e comunque il danno alla salute dalla cui sussistenza si sono prese le mosse.

4.3 Nel caso, invece, che l'attività sanitaria non cagioni nessun danno alla salute e che ad essa la persona avrebbe comunque scelto di sottoporsi, ictu oculi non vi è spazio per alcun risarcimento, non essendo stati lesi nè il diritto all'autodeterminazione nè il diritto alla salute.

4.4 Infine, rimane la fattispecie in cui si deve valutare la conseguenza di una assoluta omissione diagnostica o di una diagnosi inadeguata ovvero insufficiente perchè arrestatasi al livello in cui sarebbero stati ben attuabili ulteriori e più approfonditi accertamenti.

Anche in questa ipotesi occorre separare il caso in cui non ne è derivato danno alla salute della persona che avrebbe dovuto ricevere una congrua diagnosi da quello in cui invece tale danno sia derivato.

4.4.1 Nel primo caso, la lesione investe il diritto all'autodeterminazione, perchè - ut supra evidenziato proprio nella vicenda qui esaminata - non consente di esercitarlo in pienezza di informazione. Sarà quindi risarcibile il danno, che la persona interessata dovrà ovviamente dimostrare come sussistente, allegando e provando - eventualmente per via presuntiva - di avere subito pregiudizi di natura non patrimoniale in termini di sofferenza soggettiva per la contrazione della libertà di disporre di se stessa e per la privazione della possibilità di prepararsi adeguatamente ad un evento imprevisto ed inaspettato a causa dell'inadempimento del sanitario, comunque destinato a incidere, almeno temporaneamente, sul modus vivendi psicologico della persona lesa, salvo naturalmente - come in tutti i casi sin qui esposti in cui sia risarcibile un danno - che controparte dimostri che nessun pregiudizio risarcibile nel caso concreto sussista quale conseguenza dell'attività sanitaria, pur se effettuata in modo gravemente colpevole.

4.4.2 Nel caso in cui, invece, la conseguenza dell'assenza o insufficienza diagnostica integri altresì gli estremi della lesione al diritto alla salute - cioè venga

accertato un danno biologico si ricade nella fattispecie, già esaminata più sopra, del risarcimento del danno alla salute unitamente al risarcimento del danno all'autodeterminazione, dovendosi nuovamente applicare il paradigma che distingue la condotta del sanitario a seconda che sia colposa o che non lo sia.

Un esempio di tal genere che si manifesta sovente, alla luce del notorio, è proprio quello del c.d. tri-test effettuato alla donna in gravidanza, che - come nella fattispecie qui affrontata non viene poi sviluppato e doverosamente approfondito con ulteriori mezzi diagnostici, senza peraltro neppure informare la persona interessata sull'esistenza di tali ulteriori mezzi, sui ben ampi margini di errore dello screening adottato e sul pro e contro dell'eventuale approfondimento. In questa ipotesi, la condotta non può non definirsi colposa, in quanto negligenzemente ed imprudentemente non si adempie all'obbligo informativo di cui si è trattato più sopra. E il danno alla salute può configurarsi qualora il nascituro venga poi alla luce affetto da patologie che avrebbero potuto essere identificate con i suddetti mezzi diagnostici e questo alteri l'equilibrio psicofisico della persona non informata, p. es. cagionandole una sindrome depressiva (vale a dire, un danno biologico psichico). Se ciò avviene, come già si è anticipato, dovrà essere risarcito anche il conseguente danno alla salute.

5. In conclusione, il ricorso deve essere accolto nel primo e nel secondo motivo, assorbito il terzo come già si anticipava; la sentenza deve pertanto essere cassata, con rinvio - anche per le spese del grado - alla stessa corte territoriale, in diversa composizione.

P.Q.M.

Accoglie il primo e il secondo motivo del ricorso, assorbito il terzo, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese processuali, alla Corte d'appello di Torino.

Così deciso in Roma, il 7 dicembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 15 novembre 2019