1358

SENT. N. 1358 / 14
DEP. MINUTA 15/04/14
N. 2451 /2012 RG
DEPOSITATA IL 30 MAG. 2014
N. 2449 CRON.
N. 1282 REP.
OGGETTO: RESP
RISARCIM.

R.G 2451/2012

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA

- Sezione III Civile -

Composta dai Sigg.:

[redacted] Presidente

" [redacted] Consigliere

" [redacted] Consigliere relatore est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa promossa da [redacted] anche per la figlia minore [redacted] rappresentati e difesi dall' avvocato [redacted] per mandato in calce all' atto di citazione di appello in riassunzione

- appellanti riassumenti -

contro

[redacted] rappresentato e difeso dagli avvti [redacted] per mandato a margine della comparsa di risposta

-appellato-

contro

[redacted] in persona del legale rappresentante [redacted] rappresentata e difesa dagli avvocati [redacted] e [redacted] per mandato a margine della comparsa di risposta del 6.12.2012

Addì 11.06.2015
rilasciata copia
in forma esecutiva
all'avv. ENRICO CORSINO
per Banca Marussia
IL CANCELLIERE
RITIRATA COPIA
In data 16.6.15
da CARLO X AV. CORSINO
Firma

appellata

contro

[redacted] in persona del legale rappresentante

rappresentata e difesa dall'avv [redacted] in forza del mandato rilasciato in calce all'atto di citazione di appello in riassunzione

appellata

contro

[redacted] in persona del legale rappresentante [redacted] rappresentata dall'avv [redacted] del foro di [redacted] e dall'avv [redacted] in forza del mandato rilasciato in calce all'atto di citazione di appello in riassunzione

appellata

contro

[redacted] in persona dei legali rappresentanti: [redacted] e [redacted] rappresentata e difesa dagli avvocati [redacted] e [redacted] giusta procura alle liti del 29.1.2010 in atti

appellata

Oggetto: Riforma della sentenza n 486/2006 Tribunale di Treviso

In punto: responsabilità medica

CONCLUSIONI:

Il Procuratore degli appellanti in riassunzione ha concluso: in riforma dell'impugnata sentenza condannare le parti convenute in solido fra loro a risarcire ogni danno conseguente sia materiale che morale che biologico emergente da lucro cessante con interessi dalla data della notifica della pre-

sente domanda e di ogni ulteriore gravame; spese dell'intero procedimento interamente rifuse; in via istruttoria come in memoria ex art 184 c.p.c. e di replica

Il procuratore dell'appellato [redacted] ha concluso: respingersi le domande proposte dai riassumenti nei confronti di [redacted]; in subordine ; in subordine in caso di accertata responsabilità di [redacted] per i fatti di cui è causa liquidarsi i danni in misura equa e dichiararsi tenuta la società [redacted] a manlevarlo da ogni e qualsiasi onere e pagamento cui dovesse essere condannato sia per capitale interessi e spese spese di causa rifuse; in via istruttoria ammettersi le prove per testi sulle seguenti circostanze da n. 1 a n. 2 riportate nella comparsa di risposta del 30.12.2012

Il procuratore dell'appellata [redacted] ha concluso: nel merito respingersi le domande proposte dai riassumenti; in subordine ritenersi non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata e disporsi la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale; in subordine ridursi il quantum nella misura benvisa alla Corte con la condanna tra le Compagnie di assicurazione che la Corte riterrà sia tenuta a garantire [redacted] e a tenerla indenne da qualsiasi conseguenza derivante da eventuale condanna.

Il procuratore dell'appellata [redacted] ha concluso: respingersi le domande formulate nei confronti di [redacted] accertare e dichiarare l'inoperatività della polizza assicurativa invocata da [redacted] in subordine in caso di condanna di [redacted] dichiararsi il grado di responsabilità a lui asserivibile respingendo comunque ogni domanda eventualmente dallo stesso svolta nei confronti di [redacted]; nel caso di accertamento

della responsabilità e di riconosciuta operatività della polizza limitarsi la condanna nei limiti del massimale pari ad € 774.685.35; spese di tutti i gradi interamente rifuse

Il procuratore dell'appellata [redacted] ha concluso: respingere le domande degli attori perché infondate o quantomeno non provate; mandare assolta [redacted] nel caso di condanna [redacted] per le omissioni verificatesi durante la gravidanza respingere comunque la domanda di manleva spiegata da [redacted] verso [redacted] questa comunque da mandarsi assolta; mandare comunque assolta per l'evento nascita di [redacted] e conseguentemente respingere la domanda di manleva [redacted] verso [redacted] mandare comunque assolta la Compagnia [redacted] spese di tutti i gradi rifuse;

il procuratore dell'appellata [redacted] ha concluso:

in via principale rigettarsi la domanda risarcitoria proposta nei confronti [redacted] per carenza di legittimazione passiva; in subordine respingersi le domande in quanto inammissibili ed infondate in fatto e diritto; ridursi ogni richiesta risarcitoria in termini di giustizia con esclusione delle voci di danno non dovute e non provate e che non siano in conseguenza immediata e diretta con la condotta [redacted]; in via di appello incidentale dichiarare l'estraneità dei danni dedotti in giudizio dai rischi assicurati con la polizza la quale ha cessato di produrre effetti in data 30.6.1996; in subordine respingere ogni domanda nei confronti di [redacted] per ogni ipotesi di responsabilità dell'assicurata [redacted] limitare la manleva per la quota di responsabilità ascrivibile alla struttura ospedaliera per i danni verificatesi oltre il 30.6.1996; accertare e dichiarare che la Compagnia assicurativa è tenuti nei limiti e a termine di polizza con esclusione delle voci di danno non

rientranti nella copertura di polizza e nei limiti del massimale; in via subordinata condannare e graduare la responsabilità tra [redacted] e Azienda sanitaria e condannare [redacted] a tenere indenne e rimborsare [redacted] di quanto le stesse fossero tenute a corrispondere in eccedenza rispetto all'ammontare dell'eventuale risarcimento corrispondente alla quota di responsabilità ascrivibile all'Ente ospedaliero; in ogni caso si chiede il rigetto delle eventuali domande svolte nei confronti di [redacted] da [redacted] tenuta comunque a manlevare [redacted] per la denegata ipotesi di accertamento della struttura ospedaliera; spese rifuse; in via istruttoria ; in via istruttoria ci si oppone alle istanze istruttorie dei riassumenti perché irrilevanti ed inammissibili al fine di dimostrare l'avvenuta comunicazione al medico da parte della gestante della volontà di interrompere la gravidanza in caso di accertate malformazioni del feto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel febbraio del 1999 [redacted] e [redacted] in proprio e quali esercenti la potestà dei minori [redacted], [redacted] e [redacted] convennero in giudizio dinanzi al tribunale di Treviso il ginecologo [redacted] e [redacted], esponendo:

- Che la signora [redacted] appena consapevole del proprio stato di gravidanza, si era rivolta al dott. [redacted] chiedendo di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto;
- Che la nascita di un bimbo sano era stata rappresentata al sanitario come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza;

- Che il dott. [redacted] aveva proposto e fatto eseguire alla gestante il solo "Tri-test", omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto;

- Che nel settembre del 1996 era nata la piccola [redacted] affetta da sindrome di Dawn.

Il ginecologo, nel costituirsi, contestò analiticamente tutti gli addebiti, chiedendo nel contempo l'autorizzazione alla chiamata in causa della propria compagnia assicuratrice [redacted]

Si costituì in giudizio anche l'azienda sanitaria, lamentando, in rito, la nullità del libello introduttivo attoreo (per mancata specificazione delle ragioni di fatto e di diritto sui quali era fondata la domanda risarcitoria) e la carenza di legittimazione attiva delle minore, eccependo poi, nel merito, il regime - ed. in extra moenia - nel quale il medico aveva, da libero professionista, assistito l'attrice.

L'azienda contestò, ancora nel merito, la stessa fondatezza della pretesa risarcitoria, per resistere alla quale chiese anch'essa il differimento della prima udienza, onde chiamare in causa le proprie compagnie assicurative succedutesi nel rapporto di garanzia durante l'anno 1996;

[redacted] (compagnia assicuratrice del dott. [redacted], nel costituirsi, aderì in toto alle difese del proprio assicurato.

[redacted] (originaria assicuratrice della [redacted]) eccepì, all'atto della costituzione in giudizio, la cessazione degli effetti della polizza stipulata con la struttura sanitaria nel 30 giugno 1996; declinò ogni responsabilità vicaria per i fatti successivi a tale data; fece proprie, nel merito, le difese della propria garantita - salva richiesta, in caso di condanna del sanitario, di

essere da questi rimborsata di quanto eventualmente tenuta a corrispondere agli attori.

[redacted] (succeduta alle [redacted] nel rapporto assicurativo con l'unità sanitaria) eccepì, in limine, la non operatività della polizza, per essere la vicenda di danno lamentata dagli attori riferibile ad un'epoca anteriore alla data del suo subingresso alla precedente compagnia, contestando poi nel merito le pretese risarcitorie nell'an, nel quantum, nel quivis.

Il giudice di primo grado, previa declaratoria di difetto di legittimazione attiva della minore [redacted] respinse la domanda dei genitori e dei fratelli.

La Corte di appello di Venezia, investita del gravame proposto dagli attori in prime cure, lo rigettò:

sul punto del ritenuto difetto di legittimazione attiva di [redacted] facendo propri alcuni passi della motivazione della sentenza 14888/2004 con la quale questa Corte di legittimità aveva respinto una analoga richiesta, affermando il principio di diritto a mente del quale verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto;

con riferimento alla pretesa risarcitoria dei familiari, fondata sul preteso inadempimento contrattuale del sanitario, ritenendo quest'ultimo del tutto esente da colpa. Nel rigettare la detta pretesa, la corte lagunare aveva in particolare osservato:che, nella specie, la sola indicazione del cd. "tritest" quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali doveva

ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della signora [redacted] (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo come l'amniocentesi (che la partoriente conosceva "per sentito dire") avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta, all'esito di un approfondito colloquio con il medico sui limiti e vantaggi dei test diagnostici. mentre non risultava nè provato nè allegata la richiesta di sottoposizione a tale esame;che l'accertamento di una malformazione fetale "non è di per sè sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza", posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre, mentre la sussistenza dei relativi presupposti di legge, l. n. 194 del 1978, ex art. 6 non era neppure stata adombrata dagli attori, onde nessuna prova poteva dirsi legittimamente acquisita al processo in ordine alla esposizione della donna a grave pericolo per sua la vita o per la sua salute fisica o psichica in caso di prosecuzione della gravidanza nella consapevolezza della malformazione cromosomica del feto;che lo "spostamento" della quaestio iuris sul versante della carenza di informazione, operato in sede di appello, doveva ritenersi del tutto estraneo e diverso rispetto alla fattispecie si come originariamente rappresentata in funzione risarcitoria: non era stata, difatti, censurata, con il libello introduttivo, la privazione del diritto di scelta della puerpera a causa di esami fatti male o non fatti, bensì l'inadempimento della prestazione sanitaria richiesta dalla signora [redacted] al dott. [redacted]

Avverso tale sentenza proponevano ricorso per Cassazione tutti i componenti della famiglia [redacted] sulla base di sei motivi.

Resistevano con controricorso [redacted]

Le parti ricorrenti e le resistenti [redacted] e [redacted] depositavano memorie illustrative.

Con sentenza n. 16754/2012 la Corte di Cassazione accoglieva i primi cinque motivi di ricorso e rinviava ad altra sezione della Corte di Appello per un nuovo esame.

Riassumevano il giudizio [redacted] anche per la figlia minore [redacted] e [redacted] formulando le conclusioni già contenute nell'originario atto introduttivo.

Si costituiva [redacted] chiedendo il rigetto delle domande proposte dai riassumenti ed instando in via subordinata per l'accoglimento della richiesta di manleva.

Si costituiva [redacted] chiedendo il rigetto il rigetto delle domande proposte dai riassumenti ed in subordine l'accoglimento della domanda di manleva da parte della propria compagnia assicurativa.

Si costituivano [redacted] e [redacted] formulando le conclusioni riportate in epigrafe.

Precisate le conclusioni all'udienza del 9.12.2013 nel senso trascritto in epigrafe la Corte concedeva alle parti i termini massimi di legge per le conclusionali e le repliche

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il primo motivo con cui si denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 345 e 346 c.p.c. ed il vizio logico di motivazione.

La Suprema Corte ha escluso che nel corpo dell'atto di appello vi fosse stato uno spostamento del thema decidendum rispetto alla citazione di primo grado e che il gravame non fosse conforme alla causa petendi così come rilevato dalla Corte di Appello ed ha cassato sotto questo profilo la decisione impugnata.

In questa prospettiva la Cassazione ha testualmente scritto che risulta espresso e non equivoco, nel corpo dell'atto di citazione di primo grado (che i ricorrenti riportano, per quanto rilevante in parte qua, al folio 15 dell'odierno atto di impugnazione), il riferimento "alla valutazione sul livello di consenso informato che il referto relativo al tritest determina, non essendovi alcun modo per una paziente incolta di medicina di riuscire a comprendere la relativa finalità, e che ad esso non era possibile affidarsi con certezza per sapere se vi fossero o non vi fossero le paventate anomalie"; onde il successivo atto di appello del tutto legittimamente denuncerà (a fronte di una sentenza di primo grado che inesattamente imputa all'attrice "di non aver dimostrato di avere espressamente richiesto l'effettuazione di accertamenti invasivi diversi") la mancata informazione, da parte dei competenti sanitari, circa la complessiva attendibilità del test prescelto a dispetto della precisa richiesta della gestante di venir resa partecipe di eventuali malattie genetiche del feto e della altrettanto espressa intenzione, in tal caso, di non portare a termine la gravidanza.

Parimenti ha riconosciuto fondato il secondo motivo con cui si denunciava la a)violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 e 1223 c.c. per mancato accertamento dell'inadempimento contrattuale rispetto alla richiesta di diagnosi e al dovere di fornirla e di dare corretta informazione circa l'inidoneità degli esami previsti in funzione della diagnosi richiesta; mancata motivazio-

ne sul punto;b) violazione dell'art. 32 Cost., commi 1 e 2. 3) la violazione dell'art. 2697 c.c. in ordine al riparto degli oneri probatori relativi all'adempimento del dovere di informazione preventiva circa i limiti oggettivi di affidabilità delle metodiche alternative alla diagnosi suggerite .

In questa senso ha osservato che risulta provato (anche all'esito della mancata contestazione, sul punto, da parte del medico oggi resistente, non potendosi ritenere tale la generica affermazione di stile, contenuta nell'atto di costituzione in giudizio del dott. [redacted] volta alla "contestazione analitica di tutti gli assunti di parte attrice") che la gestante avesse espressamente richiesto un accertamento medico-diagnostico per esser resa partecipe delle eventuali malformazioni genetiche del feto, così da poter interrompere la gravidanza. Oggetto del rapporto professionale medico-paziente doveva, pertanto, ritenersi, nella specie, non un accertamento "qual che esso fosse", compiuto all'esito di una incondizionata e incomunicata discrezionalità da parte del sanitario, bensì un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all'esercizio del diritto di aborto.Da qui la non conformità a diritto della motivazione della Corte di Appello nella parte in cui ritiene (foglio 15 della sentenza impugnata) "non provato e neppure allegato che la signora [redacted] avesse chiesto di essere sottoposta a tale esame" (l'amniocentesi), motivazione che illegittimamente capovolge il riparto degli oneri probatori tra le parti del processo.

Ha infatti affermato che onere della paziente sarebbe stato quello di provare la richiesta della diagnosi di malformazioni funzionale all'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza in caso di esito positivo;onere del medico, di

converso, risultava quello di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di false negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire sic et simpliciter, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione.

Ne consegue ,ad avviso della Suprema Corte,una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la circostanza dell'omessa diagnosi in sè considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

Ha pertanto ritenuto configurabile, nella specie, l'inadempimento alla richiesta di diagnosi sì come funzionale all'interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali (in senso non dissimile, sia pur con riferimento a diversa fattispecie, di recente, Cass. 15386/2011), alla luce dell'ulteriore considerazione costituita dalla (incontestata) circostanza dell'altissimo margine di errore che il test selezionato dal ginecologo offriva nella specie (margine pari al 40% dei cd. "falsi negativi"), onde il suo carattere, più che di vero e proprio esame diagnostico, di screening del tutto generico quanto alle probabilità di malformazione fetale.

La Suprema Corte ha altresì riconosciuto la fondatezza del terzo motivo con si era denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 c.c. con

riferimento alla presunzione di volontà di esercizio del diritto di interruzione di gravidanza da parte di donna risultata portatrice di patologia permanente dopo il parto della scoperta malformazione fetale.

Ha infatti ritenuto non conforme a diritto la motivazione della Corte di Appello nella parte in cui (foglio 16 della sentenza impugnata) si opina "non esservi prova alcuna che, anche se a conoscenza della malformazione cromosomica del feto, la signora [redacted] avrebbe potuto interrompere la gravidanza". E ciò perchè, prosegue il giudice di appello, "non vi è alcun elemento dal quale desumere - ovviamente con giudizio ex ante - che la prosecuzione della gravidanza avrebbe esposto la signora a grave pericolo di vita o grave pericolo per la sua salute fisica o psichica".

In particolare ha rilevato che tale affermazione si pone in contrasto con un principio già affermato in passato, anche di recente (sia pur con le precisazioni operate da Cass. 22837/2010, come rileva al foglio 23 del controricorso la resistente Generali), dalla Corte regolatrice - per tutte, Cass. 6735/2002, a mente dei quali in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza.

Infatti la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto .

La Suprema Corte ha quindi osservato come nel caso di specie a fronte di una precisa istanza diagnostica della signora [redacted] espressamente funzionale

ad una eventuale interruzione della gravidanza, ricorresse l'opposta presunzione - ovviamente predicabile ex ante sul piano della causalità ipotetica ex lege n. 194 del 1978 - di una patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione fetale (patologia poi puntualmente insorta sotto forma di danno biologico psichico, come accertato in sede di consulenza medico- legale, ad indiretta conferma - sia pur ex post e sia pur con carattere non dirimente ai fini del giudizio prognostico - della esattezza della presunzione de qua).

La Corte di Cassazione riconosce gli estremi di un inadempimento contrattuale da parte del medico convenuto dovendosi considerare provato che la gestante avesse richiesto tutti gli accertamenti diagnostici necessari al fine specifico di potere ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza, a seconda dei risultati che i test stessi avrebbero restituito.

La circostanza che, pur a fronte di tale esplicita richiesta, il medico convenuto si fosse limitato ad un solo tipo di test , del tutto insufficiente da solo a scongiurare il rischio di anomalie cromosomiche nel feto, a giudizio della Suprema Corte, lo rendeva inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte nei confronti della madre e, conseguentemente, responsabile «per violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica».

In questo passaggio, la pronuncia fa implicito riferimento alla circostanza che la Legge 194, pur in presenza di anomalie genetiche anche molto gravi del nascituro, riconosce legittimità alla decisione di una donna di interrompere la gravidanza solo se risulta provato che, dalla nascita di un bambino affet-

to da quella specifica malformazione, alla madre deriverebbe una qualche malattia fisica o psichica.

In tema di prova del nesso causale fra la mancata informazione circa la patologia fetale e il mancato esercizio del "diritto all'aborto" la Corte ritiene assolto l'onere probatorio a carico della richiedente sulla base della allegazione non contestata dai convenuti che la richiesta di accertamenti diagnostici fosse specificamente rivolta ad accedere all'interruzione di gravidanza.

La Suprema Corte deduce pertanto dal fatto noto che la donna avesse rivolto al proprio ginecologo una richiesta funzionale all'accertamento delle eventuali malformazioni del nascituro per potere ricorrere all'interruzione della gravidanza, quello ignoto che, nel caso vi fosse stata una diagnosi tempestiva dell'anomalia cromosomica del feto, nella madre sarebbe insorta quella patologia, fisica o psichica, che avrebbe fondato, a termini di legge, il suo diritto di interrompere volontariamente la gravidanza.

Relativamente al quarto motivo con cui è stata denunciata a) la violazione e falsa applicazione dei limiti soggettivi di legittimazione attiva all'azione di risarcimento danni ex artt. 1218 e 2043 c.c. conseguenti all'inadempimento di obbligazione assistenziale verso una gestante;b) Violazione dell'art. 1 c.c. e della L. n. 194 del 1978 che attribuiscono la titolarità di diritti al feto solo al momento della nascita;Violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. e dell'art. 112 c.p.c. con riferimento alla mancata pronuncia in ordine alla legittimazione attiva degli attori diversi dalla signora [redacted] e di [redacted] ha affermato il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattua-

le (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 1448872004 e prima ancora da Cass. n. 6735/2002), nonchè alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta.

Risarcimento consistente, tra l'altro nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonchè nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci - entrambi i genitori - che il vivere una vita malformata è di per sè una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova - principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale.

Con riguardo al quinto motivo la Cassazione affronta il delicato problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato, nato - a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica - da una madre che, contestualmente alla ri-

chiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test.

Sul punto la Suprema Corte ,dopo aver effettuato una revisione critica dei propri precedenti orientamenti e all'esito della ricognizione tanto delle pronunce più significative rese in subiecta materia dai giudici , quanto del sempre fondamentale contributo della dottrina ha ritenuto che si potesse avviare ad appagante soluzione la questione processuale sottoposta al suo esame nella sua dimensione rigorosamente giuridica, e altrettanto rigorosamente ancorata al dato normativo (e dunque scevra da facili suggestioni etiche, filosofiche, o anche solo "creative".

Ha quindi analizzato tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano in tutti i suoi elementi di struttura così come descritti dall'art. 2043 c.c. sulla premessa che l'analisi delle questioni relative ai criteri di valutazione del danno era preclusa dall'estraneità del tema al presente giudizio, con riguardo: al soggetto legittimato ad agire (rectius alla legittimazione soggettiva attiva); all'oggetto della tutela;all'evento di danno;e al nesso causale;e alla colpa dell'agente;ed ai presupposti normativi della richiesta risarcitoria (l.. n. 194 del 1978, artt. 4 e 6);- ai presupposti fattuali della domanda risarcitoria (la richiesta di diagnosi funzionale all'aborto da parte della gestante); alla titolarità del diritto di rappresentanza nell'esercizio del diritto al risarcimento (e all'eventuale conflitto di interessi con i genitori);ed infine al riparto degli oneri probatori.

Relativamente alla legittimazione soggettiva ha riconosciuto al neonato/soggetto di diritto/giuridicamente capace (art. 1 c.c.) il diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato.

In ordine all'interesse tutelato la Corte di Cassazione ritiene che la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trovi il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost..

In merito agli oneri probatori la Cassazione afferma che l'esistenza di una espressa e inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica, quale quella espressa dalla gestante nel caso di specie, esime la Suprema Corte da ogni ulteriore valutazione circa la evidente e determinante rilevanza di tale volontà.

Tuttavia la Corte ha considerato opportuno, all'esito della disamina che precede, un chiarimento in via generale sul tema degli oneri probatori del tutto avulsa dal caso concreto .

In proposito infatti la pronuncia in oggetto osserva che il problema della prova che all'interruzione della gravidanza la donna si sarebbe determinata se fosse stata informata si pone esclusivamente nel caso in cui il convenuto ne contesti l'assunto ,ipotesi questa che qualche riga sopra ha invece espressamente escluso sicchè non giova ai fini in esame riprodurre il passaggio motivazionale non essendo il giudice del rinvio onerato sotto questo profilo di alcuna indagine.

Tanto premesso occorre in questa sede procedere alla luce dei principi di diritto sopra enunciati, ad una nuova valutazione dei fatti già acquisiti e di quegli altri la cui acquisizione si renda necessaria in relazione alle direttive espresse dalla sentenza della Corte di Cassazione, la cui portata vincolante è

limitata all'enunciazione della corretta interpretazione della norma di legge, e non si estende alla sussunzione della norma stessa della fattispecie concreta, essendo tale fase del procedimento logico compresa nell'ambito del libero riesame affidato alla nuova autorità giurisdizionale" (Cass. n. 9690 del 2003; Cass. n. 18087 del 2007; Cass S.U.2013 n. 17779).

Chiarito ciò è necessario esaminare la posizione [redacted] chiamata dai consorti [redacted] ed [redacted] a rispondere unitamente al medico dell'inadempimento diagnostico in quanto struttura sanitaria alle cui dipendenze lavora il dott [redacted]

Il coinvolgimento dell'Azienda sanitaria nella vicenda non può fondarsi sulle basi prospettate dalle parti riassumenti .

Costituisce un dato pacifico che la signora [redacted] si sia recata presso lo studio privato del dott [redacted] per una visita specialistica .

E' parimenti incontestato che in tale occasione il sanitario stilò il documento n. 1 prodotto dai consorti [redacted] in cui venivano raccolti i rilievi anamnestici ,gli accertamenti e le prescrizioni.

Detto documento risulta redatto su una carta direttamente intestata al professionista e reca unicamente la sua qualifica " aiuto divisione ostetrico ginecologica" senza alcuna menzione della struttura presso la quale lo stesso prestava la sua attività lavorativa.

Il rapporto intercorso fra le parti anche alla luce delle stesse allegazioni contenute nell'atto introduttivo è sorto nell'ambito dell'attività libero professionale del medico che operava in regime di extramoenia.

La scelta di fare eseguire uno solo tipo di test rivelatosi del tutto insufficiente da solo a scongiurare il rischio di anomalie cromosomiche nel feto è ascrivi-

bile al solo medico e non coinvolge l'azienda ospedaliera che non era gravata di alcun obbligo informativo essendosi limitata a fornire i suoi laboratori per eseguire l'esame prescritto da altri.

Lo stesso ecografo non era tenuto che a refertare l'esito dell'indagine cui la paziente si era sottoposta dietro consiglio del proprio specialista essendo all'oscuro delle ragioni e finalità che avevano spinta la [redacted] ad eseguire approfondimenti diagnostici.

Né può assumere un qualche rilievo la circostanza che il dott [redacted] all'epoca dei fatti fosse dipendente dell'Azienda ospedaliera stante la natura libero professionale del rapporto instaurato fra il medico e la cliente.

Alla stregua delle considerazioni sopra esposte va rigettata la domanda proposta dai riassumenti nei confronti [redacted]

La responsabilità delle omissioni diagnostiche è pertanto ascrivibile al solo medico professionista resosi inadempiente alle obbligazioni assunte nei riguardi della cliente.

Resta pertanto da valutare il profilo risarcitorio nei confronti di tutti i soggetti richiedenti alla luce delle originarie domande formulate nell'atto introduttivo tenendo conto che il giudizio di rinvio e' un procedimento "chiuso", tendente ad una nuova pronuncia in sostituzione di quella cassata senza possibilità per le parti di ampliare il "thema decidendum", formulando nuove domande e nuove eccezioni.

Nel giudizio di rinvio infatti è inibito alle parti prendere conclusioni diverse dalle precedenti o che non siano conseguenti alla cassazione, così come non sono modificabili i termini oggettivi della controversia espressi o impliciti nella sentenza di annullamento, e tale preclusione investe non solo le que-

stioni espressamente dedotte o che avrebbero potuto essere dedotte dalle parti, ma anche le questioni di diritto rilevabili d'ufficio, ove esse tendano a porre nel nulla od a limitare gli effetti intangibili della sentenza di cassazione e l'operatività del principio di diritto, che in essa viene enunciato non in via astratta, ma agli effetti della decisione finale della causa(Cassazione civile, sez. II, 12/01/2010, n. 327).

Chiarito ciò va ritenuta inammissibile la domanda di risarcimento danni proposta da [redacted] giacchè nessuna richiesta in tal senso risulta formulata nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado avanti al Tribunale di Treviso.

In esso infatti non è contenuta alcuna allegazione circa il pregiudizio patrimoniale e non subito da [redacted]

L'atto di citazione a pag 14 riportata le voci di danno biologico e morale subito dai genitori e dalle sorelle,i danni emergenti e da lucro cessante per l'inadempimento contrattuale mentre manca ogni riferimento al pregiudizio che sarebbe stato subito da [redacted].

La richiesta risarcitoria formulata solo in sede di rinvio deve pertanto ritenersi inammissibile.

Relativamente alla posizione della madre occorre prendere le mosse dall'indagine tecnica affidata nel corso del giudizio di primo grado.

Il nominato c.t.u. aveva constatato in quella sede, mediante un esame diretto di [redacted] una condizione subclinica caratterizzata da uno stato d'ansia ed un senso di depressione con sfumate somatizzazioni legata alla nascita della figlia [redacted] più marcata nei primi due anni e successivamente

lenita in rapporto all'accettazione e metabolizzazione dell'evento in questione.

Stato d'ansia con riflessi e spunti depressivi destinati a non scomparire in quanto alimentata dalla costante presenza di una figlia affetta dalla sindrome di Down davanti agli occhi .

Tale condizione configura,secondo il c.t.u., una menomazione dell'integrità psicofisica della madre nel senso che riduce l'ampiezza,la misura del godimento della vita di cui la stessa fruiva prima dell'accaduto e che è stata stimata in un danno biologico permanente pari all'8% rispetto alla validità biologica totale.

Anche per quel che riguarda la figura paterna l'indagine tecnica ha accertato l'impatto traumatico legato alla nascita malformata ed un effetto destabilizzante sul piano psichico di entrambi i genitori evidenziando tuttavia una maggiore capacità rispetto alla moglie di vivere l'evento sia per la personalità più forte e più reattiva sia anche per gli assorbenti impegni lavorativi.

Il consulente ha comunque segnalato nel padre uno stato d'ansia e di preoccupazione e una difficoltà di metabolizzare l'evento e di programmare la propria vita e quella della sua famiglia.

Il turbamento psichico che si manifesta anche con disturbi somatici e con restringimento della vita di relazione con una conseguente riduzione dell'integrità psicofisica nella misura del 6% rispetto alla validità biologica totale.

Nella valutazione dei postumi permanenti sono stati valutati tutti i riflessi che si sono prodotti in conseguenza della nascita malformata ivi compreso

anche il danno correlato alla costante presenza della figlia down ed il danno alla vita di relazione.

Pregiudizi che appaiono inscindibilmente connessi alla lesione di quel diritto riconosciuto in capo alla madre di autodeterminarsi in conseguenza dell'errore diagnostico del proprio medico del quale la nascita malformata costituisce l'inevitabile risultato.

Il calcolo del danno non patrimoniale nel cui ambito vanno ricomprese tutte le voci sopra indicate applicando le tabelle di Milano attuali tenendo conto dell'età dei richiedenti alla data del fatto sono pari per [redacted] ad € 16.335,00 mentre quello di [redacted] corrisponde ad € 10.124,00 attualizzato ad oggi importi questi che la Corte ritiene di appesantire in ragione del 50% in considerazione della peculiarità della situazione e dei notevoli disagi sopportati da entrambi i genitori per la crescita della figlia affetta da handicap sicchè l'ammontare finale per la madre è pari ad € 24.502,00 e per il padre pari ad € 15.186,00

Con riguardo alla voce di danno per il compenso del lavoro domestico va in primo luogo considerato che [redacted] che nel frattempo è divenuta adolescente, non è allettata ma è in grado di muoversi ed ha seguito con l'ausilio di insegnante di sostegno un percorso scolastico.

In questo quadro ed in assenza di elementi concreti circa l'effettivo impegno che richiede nella specie l'assistenza di una ragazza down ritiene la Corte che tenendo conto di quelli che sono i costi di una collaboratrice domestica pari a circa € 1000,00 mensili nonché della durata della vita media di una persona affetta dalla patologie sopradescritte inferiore di circa il 10% rispetto ai soggetti normali vada liquidata in via equitativa per tale voce di danno la

somma di € 720.000,00 in valori attuali(€ 1000,00 al mese x 12 mesi x 60 anni calcolata in via presuntiva la durata della vita di [redacted].

Si tratta di una somma che viene ottenuta anticipatamente dai genitori indipendentemente da quella che sarà la durata effettiva della vita della ragazza che potrebbe essere inferiore a quella stimata nel calcolo sopra riportato.

Per quel che attiene invece alle due sorelle sulle quali ,quantunque estranee al sinalagma contrattuale, si riverberano le conseguenze negative dell'inadempimento del professionista(essendo le stesse private della possibilità di godere del rapporto con i propri genitori in modo sereno e disteso a causa del maggior tempo necessariamente dedicato alla figlia affetta dall' Handicap) va rilevato che l'assenza di elementi concreti circa l'evolversi dei rapporti fra genitori e figlie durante la fase loro fase di crescita idonei a fornire dati più puntuali in relazione al pregiudizio risentito da queste ultime non può che condurre ad una liquidazione in termini equitativi assai contenuta nella misura di € 5000,00 per ciascuna di esse.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte [redacted] è tenuto a rifondere a [redacted] rispettivamente la somma € 24.502,00 e di € 15.186,00 nonché l'ulteriore somma di € 720.000,00 quale compenso per l'assistenza prestata ed ad [redacted] la somma di € 5000,00 ciascuna .

La liquidazione del debito di valore quale sopra effettuata in valori monetari correnti, determina la conversione di detto debito di valore in debito di valuta con il riconoscimento dalla data dell'odierna pronuncia degli interessi corrispettivi sino al saldo.

La compagnia assicurativa [redacted] è obbligata a tenere indenne in forza della polizza assicurativa, nel cui ambito vanno comprese come si legge al punto 11 delle condizioni generali i danni cagionati a terzi per lesioni personali e quindi anche quella riconosciuta dalla Suprema Corte alla madre ed ai suoi familiari nel senso sopra precisato, il proprio assicurato del capitale e delle spese che quest'ultimo è obbligato a versare in virtù della presente sentenza e sino al massimale di polizza.

Resta da definire la disciplina delle spese dell'intero procedimento fra tutte le parti in causa.

Ritiene la Corte che l'esito complessivo della lite che ha visto vittoriosi i riassumenti unicamente nei confronti del professionista e non anche nei riguardi dell'altro soggetto chiamato in causa giustifichi secondo il principio della soccombenza l'accollo delle spese in capo al secondo mentre nei rapporti con la [redacted] gli oneri processuali vanno posti a carico dei primi.

Parimenti i riassumenti sono tenuti al pagamento delle spese processuali delle compagnie assicurative [redacted] e [redacted] la cui chiamata in causa è stata resa necessaria in conseguenza delle richieste avanzate dai consorti [redacted] verso l'Azienda sanitaria.

Per quel che attiene alla liquidazione delle spese vanno applicati i criteri del D.M. 140/2012 (valore medio scaglione di riferimento da € 500.001,00 ad € 1.500.000,00) come in dispositivo.

Gli oneri di c.t.u. vanno definitivamente posti a carico del [redacted].

P.Q.M.

definitivamente decidendo in sede di rinvio sull'appello proposto da [redacted] anche per la figlia [redacted]

[redacted] e [redacted] nei confronti di [redacted] ed [redacted] avverso la sentenza n 704/2006 Tribunale di Treviso lo accoglie per quanto di ragione e per l'effetto in parziale riforma dell'impugnata sentenza condanna [redacted] a corrispondere a titolo di risarcimento danni per le causali di cui in motivazione a [redacted] in valori attuali la somma € 24.502,00 e a [redacted] la somma di € 15.186,00 nonché ad entrambi i genitori l'ulteriore somma di € 720.000,00 ed ad [redacted] la somma di € 5000,00 ciascuna oltre agli interessi legali dalla data dell'odierna pronuncia al saldo; rigetta ogni altra domanda;condanna altresì [redacted] a versare a titolo di spese processuali relativa al giudizio di primo grado l'importo di € 7.500,00 ,per il giudizio di appello la somma di € 17.820,00 e per la fase di Cassazione la somma di € 20.250,00 e per la presente fase l'importo di € 17.820,00 oltre accessori di legge; pone definitivamente a carico del [redacted] gli oneri di c.t.u. come già liquidati nel corso del giudizio di primo grado; dichiara obbligata la Compagnia [redacted] nei limiti del massimale di polizza a tenere indenne [redacted] dalle somme che quest'ultimo è stato condannato a pagare a [redacted] e [redacted] per capitale interesse e spese di giudizio; condanna [redacted] a rifondere [redacted] e [redacted] nonché [redacted] le spese relative al giudizio di primo grado l'importo di € 7.500,00 ,per il giudizio di appello la somma di € 17.820,00 e per la fase di Cassazione la somma di € 20.250,00 e per la presente fase l'importo di € 17.820,00 oltre accessori di legge per ciascuna parte.

Venezia, 17.3. 2014

Il Consigliere estensore [redacted]

il Presidente [redacted]

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Venezia, 30 MAG 2014
IL CANCELLIERE [redacted]

DATO AVVISO TELEMATICO
Oggi 30 MAG. 2014

In data odierna vistata istanza ex art. 369 c.p.c.
dell'Avv. [redacted]
proc. dom. di [redacted]
Venezia, 16.06.2014

COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE
Venezia, 24 GIU 2014
Il Cancelliere