

Tribunale di Brindisi, Sezione distaccata di Francavilla Fontana 26 giugno 2012. Estensore Antonio Ivan Natali .

**Art. 6 l. aborto - salute della donna - grave pericolo - patologia psichica derivante dalla conoscenza di gravi anomalie o malformazioni - sussiste.**

*Come evincibile dallo stesso riferimento dell'art. 6 cit. alle "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro", il grave pericolo per la salute - e non per la vita della donna - può interessare anche il solo profilo della sua salute psichica ed è indubbio che questo pericolo possa derivare alla donna da un processo patologico innescato dall'avvenuta consapevolezza ad opera del medico che il figlio concepito presenta, e perciò nascerebbe, con rilevanti anomalie o malformazioni.*

**Presenza di malformazioni anche gravi - determinazione della donna per l'intervento abortivo - presunzione - non sussiste.**

*Non è possibile far discendere dalla presenza di una malformazione una presunzione, anche solo iuris tantum, di determinazione della donna per l'intervento abortivo. E ciò, in considerazione della pluralità culturale e di pensiero del Paese, nell'ambito del quale è indubbio che la fede cristiana ed, in particolare, cattolica, assuma un ruolo decisivo nella formazione delle coscienze.*

**Padre del nascituro - risarcimento - legittimazione attiva - sussiste, - titolarità del diritto all'aborto - rilevanza - non sussiste, - preventivo parere del padre - obbligatorietà - non sussiste.**

*L'ampliamento del novero dei legittimati attivi e la ricomprensione, fra essi, del padre del nascituro non incide sul piano - distinto da quello della legittimazione all'azione risarcitoria - della titolarità del diritto all'aborto, che deve essere ricostruito quale diritto "solitario" della madre, né può giustificare una specie di procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto*

*to de quo, consistente nel rendere obbligatorio, per la madre, l'acquisizione, in via preventiva, del parere del padre*

Omissis

**FATTO E DIRITTO**

La domanda é fondata in parte qua

1. Legittimati all'azione risarcitoria

Per quanto concerne l'ecceppata carenza di legittimazione attiva del G. in virtù del supposto diritto, esclusivo, della madre di interrompere la gravidanza, l'eccezione de qua non ha pregio.

Invero, la giurisprudenza di legittimità, dopo un approccio, in origine, sfavorevole al riconoscimento di una legittimazione risarcitoria del padre - e ciò in virtù dell'estraneità di tal ultimo al contratto intercorrente fra il medico e la madre - ha mutato il proprio orientamento, riconoscendo piena dignità risarcitoria ai pregiudizi subiti dal padre.

Ciò in considerazione del complesso dei diritti e dei doveri che - trovando il proprio presupposto "genetico" nella procreazione - connotano la posizione giuridica di entrambi i genitori, dalla stessa Costituzione conformata secondo principi di eguaglianza e parità (Cass. 20/10/2005 n. 203201; Cass. 4/01/2010 a. 13; Cass. 2/2/2010 n. 2354 e tante altre).

Il laeding case inerisce, invero, ad una fattispecie di sterilizzazione non riuscita strictu sensu, ma l'estensione del novero dei legittimati attivi ha trovato, successivamente, pieno riscontro in relazione alla diversa ipotesi in cui la madre non abbia potuto abortire in conseguenza dell'omessa diagnosi di malformazioni del feto, con conseguente nascita di un figlio "indesiderato".

Da ciò la sedimentazione interpretativa del principio per cui "in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano

sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio" (1).

Invero, è indubbio che, a fondamento di tale revirement, sia richiamabile la tendenza - immanente alle scelte legislative e giurisprudenziali più recenti - ad una sempre più piena parificazione, dello status giuridico del padre a quello della madre; tendenza che risponde anche alla predetta esigenza del rispetto dei dettami della Costituzione.

Parimenti, è indubbio che lo strumento attraverso il quale si è realizzato tale esito interpretativo sia rappresentato dalla figura del contratto con effetti protettivi che, in verità, - nonostante il peculiare dinamismo assunto in sede interpretativa - si pone quale figura estranea al quadro ordinamentale.

Lo stesso, infatti, non è riconducibile neppure al modello del contratto a favore di terzo, nella quale ipotesi "il terzo, anziché mero beneficiario della pretesa a che il contratto venga eseguito secondo modalità protettive della sua sfera giuridica, è titolare dei diritti dedotti in contratto e che il contratto ha l'effetto di deviare sulla propria sfera giuridica".

È indubbio che l'ampliamento del novero dei legittimati attivi non incida sul piano - distinto da quello della legittimazione all'azione risarcitoria - della titolarità del diritto all'aborto, che deve essere ricostruito quale diritto "solitario" della madre, né può giustificare una specie di procedimentalizzazione dell'esercizio del diritto de quo, consistente nel rendere obbligatorio, per la madre, l'acquisizione, in via preventiva, del parere del padre.

Invero, il danno non patrimoniale del padre è stato, ab origine, ricostruito in termini di danno riflesso, in quanto ascrivibile alla sfera giu-

ridica non della danneggiata in via principale, ma di un soggetto in significativo rapporto con lui.

Invero, è chiaro che la tesi de qua assume valenza recessiva, dopo che le Sezioni Unite dell'1 luglio 2002, n. 9556 - che hanno avuto modo di pronunciarsi, in materia di danno morale dei prossimi congiunti della vittima di un reato - hanno stabilito come non possa escludersi che un illecito, come quello del caso di specie, abbia un'attitudine plurioffensiva nei riguardi di più soggetti distinti.

Ne a tale conclusione osterebbe un fantomatico e, invero, inesistente principio di "esclusività soggettiva" della sanzione risarcitoria, quando a dover essere ristorato sia un danno non patrimoniale; principio che, se effettivamente esistente, imporrebbe il riconoscimento della riparazione pecuniaria unicamente in favore del soggetto attinto in via primaria dall'illecito.

## 2. Natura contrattuale della responsabilità medica

Come noto, il medico risponde sulla base delle regole della responsabilità contrattuale, e ciò, quand'anche, come nel caso di specie, difetti un vero e proprio contratto quale momento genetico del rapporto professionista-paziente.

Ciò, in virtù del c.d. contatto sociale che s'instaura tra il paziente ed il medico, chiamato ad adempiere nei confronti del primo la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria.

In tale contatto rinviene la propria fonte un rapporto il cui contenuto non consiste nella «protezione» del paziente, bensì in una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale e alla quale il medico è tenuto, in virtù dell'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente ospedaliero.

Ne consegue che, data l'assenza di un contratto formale, il paziente non può invero pretendere la prestazione sanitaria dal medico. Nondimeno, qualora il medico in qualche modo intervenga (ad es., in quanto al riguardo tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero), l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente, nei contenuti, da quella che abbia

<sup>1</sup> Cass., civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320,.

come fonte un comune contratto tra paziente e medico (v. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589).

Peraltro, il suindicato principio può essere esteso a qualunque soggetto che eserciti una professione c.d. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato), specie, quando l'esercizio della stessa incida su beni costituzionalmente garantiti, come accade in relazione all'attività medica, che incide sul bene "salute" tutelato ex art. 32 Cost..

Nell'ipotesi del contatto sociale, deve escludersi la configurabilità di una responsabilità di tipo aquiliano, prefigurandosi, invece, una responsabilità di tipo contrattuale. Infatti, la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero derivano eziologicamente dall'inadempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c. .

Quanto alla diligenza cui è tenuto il professionista, dal combinato disposto di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2236 c.c. si desume che "la diligenza richiesta è non già quella ordinaria, del buon padre di famiglia (cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583) bensì quella ordinaria del buon professionista (v. Cass., 31 maggio 2006, n. 12995), e cioè la diligenza normalmente adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione" (2).

Viene, dunque, in rilievo un modello standard di condotta che implica (al di là della veste specifica del professionista) il ricorso ad un adeguato sforzo tecnico, con conseguente impiego di tutte quelle energie e di quei mezzi abitualmente ed obiettivamente necessari o, anche solo semplicemente utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata; ciò, al duplice fine di soddisfare l'interesse creditorio e di evitare possibili eventi dannosi.

Quanto ai limiti operativi di tale responsabilità, operano quelli tipici della responsabilità contrattuale (3), essendo sufficiente al fine del riconoscimento della stessa, anche la colpa lieve del debitore, ovvero il difetto dell'ordinaria diligenza. Infatti, la limitazione di responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. opera limitatamente alle ipotesi che presentano problemi

tecnici di particolare difficoltà, in ogni caso attenendo esclusivamente all'imperizia e non anche all'imprudenza e alla negligenza.

Quanto al grado di diligenza esigibile dallo specialista, quali devono considerarsi, nel caso di specie, i medici che hanno eseguito e che hanno avuto modo di prendere visione dell'esame diagnostico "va esaminata non già con minore ma semmai al contrario con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendo aversi riguardo alla peculiare specializzazione e alla necessità di adeguare la condotta alla natura e al livello di pericolosità della prestazione (cfr., con riferimento al medico sportivo, Cass., 8 gennaio 2003, n. 85), implicante scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale (cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583)" (4).

Peraltro, nel caso di specie, è in atti la documentazione ecografica, eseguita dai medici convenuti nel corso della gravidanza della sig.ra L., da cui - avuto riguardo allo standard di diligenza esigibile da uno specialista di tale ambito professionale - sarebbe stata evincibile la grave malformazione da cui era affetto il nascituro.

In tal senso, sono richiamabili le conclusioni del nominato C.t.u.: "Si ravvisa una responsabilità dei sanitari che hanno avuto in cura la sig.ra L. durante la gestazione in particolare rilevando imperizia dell'operatore che esegui l'ecografia.....imprudenza e negligenza per non aver disposto approfondimento strumentale di II° livello ..... la patologia da cui era affetto il bambino poteva essere diagnosticata alla 21 ° settimana ..... le risultanze strumentali giustificano il riconoscimento di minore in situazione di handicap grave; il quadro clinico patologico accertato potrà sfavorevolmente ripercuotersi sulle condizioni di vita future del bambino."

Deve, altresì, ritenersi accertata la mancanza di ogni comunicazione da parte dei sanitari interessati alla G. circa le malformazioni del feto e ciò, pur in presenza di concrete ed effettive possibilità di conoscenza; così come la gravità della malformazione.

Le medesime considerazioni sono, per contro, estendibili alla prova della lesione della facoltà per l'attrice - madre di determinarsi per

<sup>2</sup> Cass., civ., ult. cit.

<sup>3</sup> Si veda Cass., civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

<sup>4</sup> Cass., civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

l'interruzione della gravidanza in virtù della suddetta mancata informativa.

Al riguardo, giova precisare come la Corte di Cassazione, con recente decisione, oltre a precisare tutte le voci di danno, abbia affermato non costituire oggetto di prova la determinazione della madre all'interruzione della gravidanza perché la scelta della madre d'interrompere la gravidanza in presenza di riscontrata malformazione rientrerebbe in un sistema di regolarità causale (Cass. CI v. 4/1/2010 n. 13).

Questo Giudice ritiene che tale orientamento non sia condivisibile nella misura in cui si pretenda di far discendere dalla presenza di una malformazione una presunzione, anche solo iuris tantum, di determinazione della donna per l'intervento abortivo. E ciò, in considerazione della pluralità culturale e di pensiero del Paese, nell'ambito del quale è indubbio che la fede cristiana ed, in particolare, cattolica, assuma un ruolo decisivo nella formazione delle coscienze. In ogni caso, parte attrice ha fornito idonea dimostrazione di quale sarebbe stato l'intendimento della sig.ra L. se fosse stata adeguatamente informata.

Infatti, in virtù delle risultanze dell'espletata istruttoria, può considerarsi, raggiunta la prova della circostanza che la madre, laddove informata in ordine alle malformazioni da cui era affetto il feto, si sarebbe determinata per l'aborto, e ciò con una probabilità superiore al 50 per cento; limite che costituisce la soglia probabilistica rilevante ai fini dell'indagine del nesso di causalità in sede civile.

Nondimeno, per quanto possa dirsi acclarato che l'attrice si sarebbe orientata ad interrompere la gravidanza, deve verificarsi se la stessa, in considerazione dello stadio della gravidanza, potesse considerarsi titolare, illo tempore, del diritto di abortire quale conformato dal legislatore.

Infatti, la L. n. 194 del 1978, dispone che, dopo i primi novanta giorni, l'interruzione volontaria della gravidanza può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 6 lett. a). In questo caso e solo in questo l'interruzione può essere praticata anche se sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, ma allora il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardarla

(art. 7, comma 3); b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, ma, come si è visto, in tale ipotesi, l'interruzione non può essere praticata, se per il feto sussiste la possibilità di vita autonoma.

Ciò premesso, al momento della ecografia l'attrice era ben oltre il 90<sup>o</sup> giorno e, dunque, la scelta abortiva non poteva considerarsi affidata alla libera autodeterminazione della donna, ma al preventivo accertamento delle suddette specifiche e rigorose condizioni.

Orbene, come evincibile dallo stesso riferimento dell'art. 6 cit. alle "rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro", il grave pericolo per la salute - e non per la vita della donna - può interessare anche il solo profilo della sua salute psichica ed è indubbio che questo pericolo possa derivare alla donna da un processo patologico innescato dall'avvenuta consapevolezza ad opera del medico che il figlio concepito presenta, e perciò nascerebbe, con rilevanti anomalie o malformazioni.

Dunque, come ha avuto modo di precisare la Suprema Corte, nella sentenza 1 dicembre 1998 n. 12195 e 10 maggio 2002 n. 6735 - quante volte si deve stabilire cosa la donna avrebbe deciso ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro, non si deve già accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico.

Orbene, nel caso di specie, sulla base di una valutazione ex ante, si deve ritenere che la conoscenza della grave patologia dalla quale il feto era affetto avrebbe determinato il pericolo di una reazione depressiva e, dunque, avrebbe posto a repentaglio la salute psichica della donna.

D'altronde, può trarsi indiretta conferma a tale ragionamento presuntivo dai postumi permanenti, pur lievi, dai quale risulta attualmente affetta la G..

Infatti, se, a distanza di un apprezzabile lasso di tempo dalla nascita, permane un'invalidità di carattere psichico, è ragionevole ritenere che

la conoscenza della malformazione del feto avrebbe innescato nell'attrice un grave processo depressivo.

Parimenti, si deve ritenere che la stessa avrebbe ottenuto il consenso medico alla interruzione della gravidanza, qualora fosse stata correttamente informata dal professionista sulle malformazioni del feto. In ultimo, si deve ritenere che, alla data dell'indagine ecografica compiuta dal D. (21° settimana), il feto non avesse possibilità di vita autonoma, da intendersi come quel grado di maturità del feto che gli consentirebbe, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dall'ambiente materno (Cass. 10 maggio 2002 n. 6735).

Quanto alla posizione dei singoli convenuti, in sede di interrogatorio formale, la Sig.ra L. ha riferito "Ho fatto presso l'ospedale di Ceglie Messapico cinque o sei radiografie in data 04 giugno 2001 (ottava settimana), in data 16 luglio 2001 (quindicesima settimana), in data 27 agosto (ventunesima settimana), in data 05 novembre 2001 (trentunesima settimana), in data 13 dicembre 2001 (trentaseiesima settimana)..." Ricordo che alla trentunesima settimana e trentaseiesima settimana l'ecografia fu eseguita dal Dott. G. mentre le altre furono eseguite dal Dott. D. La signora L. specifica che le ecografie a firma (?) del Dott. D. e cioè le prime tre sono state seguite dal Dott. D. senza la presenza del Dott. G. e le altre dallo stesso Dott. G. senza la presenza del Dott. D."

Inoltre, nella relazione peritale del CTU, Dott....., depositata il 12.03.07, si afferma, in maniera specifica: "Verrebbe pertanto a configurarsi imperizia da parte dell'operatore che in 21 ^ settimana non accertò alcuna delle gravi e complesse anomalie di sviluppo del cuore...in particolare rilevando imperizia dell'operatore (firma illeggibile) che eseguì l'ecografia il 20.08.01...per avere refertato 4 cavità cardiache non evidenti alle immagini ecografiche alla scansione a 4 camere prevista per analoga epoca gestazionale e mirata per l'appunto all'esame morfologico ecografico di primo livello... la patologia da cui era affetto il bambino poteva essere diagnosticata in 21^ settimana, epoca gestazionale tale da consentire ai genitori di avvalersi dell'interruzione terapeutica di gravidanza..."

Orbene, in primis, deve ritenersi che l'autore dell'ecografia il 20.08.01, sia proprio il D., dovendosi riconoscere rilievo indiziario alla circostanza che, a fronte delle dichiarazioni circostanziate e univoche rese dall'attrice, non sia stata fornito dal convenuto alcun elemento volto a far ritenere la non riferibilità alla propria persona del reperto ecografico de quo, mediante, ad esempio l'indicazione di altri specialisti di turno per il giorno in cui l'esame de quo è stato effettuato.

Dunque, entrambi i medici convenuti sono censurabili per negligenza e imperizia per il non aver riscontrato le anomalie da cui era affetto il feto, esaminando le eseguite ecografie, e per non aver disposto ulteriori e più approfondite indagini.

Nondimeno, deve ritenersi che solo la condotta del dott. D. sia rilevante sotto il profilo risarcitorio, ponendosi quale condizione dotata di efficienza causale rispetto al mancato esercizio del diritto all'aborto dell'attrice.

Le medesime considerazioni non sono estendibili, invece, al Di G. la cui negligente condotta può, al più, assumere rilievo ai fini della regolazione delle spese di giudizio.

Infatti, proprio in virtù di quanto previsto dalla lett. b) dell'art.6, deve ritenersi che al momento del compimento dell'esame ecografico da parte del Di G., l'interruzione non potesse essere praticata, ricorrendo, verosimilmente, per il feto la possibilità di vita autonoma.

Alla condanna degli eredi del D., consegue quella della Compagnia F.-SAI s.p.a. a tenere indenni i primi di tutte quelle somme che sono tenuti a pagare in favore degli attori, a qualunque titolo.

Per contro, al rigetto della domanda attorea nei riguardi del Di G., consegue il rigetto di quella proposta da tal ultimo nei riguardi della propria compagnia assicurativa.

3. L'inadempimento della struttura e la natura contrattuale della responsabilità.

In primis, quanto alla natura giuridica della responsabilità de qua, quella dell'ente convenuto è da ascrivere al paradigma contrattuale, in quanto "l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, compor-

ta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dalla L. n. 132 del 1968, art. 2, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere" (cfr. Cass., civ., 19 ottobre 2006, n. 22390; Cass., civ., 24 maggio 2006, n. 12362). Ciò premesso, la responsabilità dell'ente ospedaliero ricorre 1) sia, ex art. 1218 c.c., in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero), 2) sia, ex art. 1228 c.c., per quanto concerne il comportamento specifico dei medici dipendenti, dal momento che il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, per quanto non siano alle proprie dipendenze.

Ovviamente, si tratta di una responsabilità per fatto dell'ausiliario o preposto dalle caratteristiche peculiari in quanto "prescinde dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, laddove fondamentale rilevanza assume viceversa la circostanza che dell'opera del terzo il debitore originario comunque si avvalga nell'attuazione del rapporto obbligatorio" (Cass., civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.).

Da ciò la configurabilità di una responsabilità contrattuale della struttura per il fatto non solo del personale medico, dipendente, ma anche di quello meramente ausiliario.

Ciò spiega l'abituale richiamo del principio generale – tipico della responsabilità delle strutture organizzative – cuius commoda eius etiam incommoda; la responsabilità dell'ente traendo origine non già da un profilo di colpa nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza, bensì dal rischio insito nell'utilizzazione di terzi,

nell'adempimento delle obbligazioni, gravanti sulla propria sfera giuridica (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 30 dicembre 1971, n. 3776. Si veda anche Cass., civ., 4 aprile 2003, n. 5329).

Né la responsabilità dell'ente incontra il limite del fatto doloso del soggetto agente, quale fatto idoneo a interrompere il rapporto in base al quale l'ente è chiamato a rispondere, dal momento che, ai fini della responsabilità dell'ente, non si richiede un nesso di causalità in senso stretto, ma è sufficiente una mera occasionalità necessaria (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 15 febbraio 2000, n. 1682).

In origine, la responsabilità della struttura ospedaliera era modulata su quella del medico-paziente, ragione per cui si considerava indefettibile presupposto della stessa l'accertamento di un comportamento, imputabile (colposo o doloso), del medico operante presso la stessa.

Più recentemente, invece, il rapporto intercorrente fra il paziente e la struttura ospedaliera è stato ricostruito, in via autonoma, da quello paziente-medico, individuandosi il fondamento giustificativo dello stesso, in un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (il già menzionato contratto di ospedalità, in virtù del quale, la struttura deve fornire al paziente una prestazione "articolata", definita genericamente di "assistenza sanitaria", ricomprensiva, oltre che della prestazione principale medica, anche di una serie di obblighi di protezione ed accessori che rinvengono, nella buona fede oggettiva, ex artt. 1375-1175 c.c., la propria ragione di essere).

Da ciò l'affermarsi di un modello di responsabilità che prescinde dall'accertamento di un condotta negligente dei singoli operatori e che trova, invece, la propria fonte, nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

Questo revirement interpretativo ha trovato un autorevole avallo nella citata sentenza delle Sezioni Unite (1.7.2002 n. 9556, seguita poi da altre delle sezioni semplici: Cass. 571 del 2005; Cass. n. 1698 del 2006).

Ricostruita in termini contrattuali la responsabilità della struttura sanitaria, nel rapporto con il paziente, il riparto dell'onere probatorio risponde ai criteri, enucleati al riguardo dalle

Sezioni Unite, con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento (vedasi anche SS.UU. 28.07.2005, n. 15781), secondo cui, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale e per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Ciò premesso, l'inadempimento rilevante ai fini dell'azione risarcitoria, almeno in relazione alle obbligazioni c.d. di mezzo, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno; competerà poi al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Nel caso de quo, gli attori hanno provato l'esistenza di un contratto di assistenza sanitaria (o di spedalità) e l'inadempimento della struttura che risponde per il fatto dei suoi ausiliari o dipendenti, nonché del D..

4. Il danno non patrimoniale da contratto

La risarcibilità del danno non patrimoniale, correlato all'inadempimento di un'obbligazione, ha costituito profilo controverso fino alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, per quanto talune pronunce, ad esse anteriori, avessero lasciato un margine di apertura all'ammissibilità del suddetto danno.

In particolare, Cass., civ., 9 novembre 2006, n. 23918, aveva tendenzialmente escluso il risarcimento del danno non patrimoniale, con riferimento all'ambito della responsabilità contrattuale, indicando l'art. 2087 c.c., in materia di lavoro subordinato, quale eccezione alla suddetta regola.

Ciò anche in considerazione della mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c. dettato in materia di fatti illeciti.

Peraltro, venendo in rilievo la lesione di beni di dignità costituzionale, quali quelli di cui agli artt. 2, 32, 13 Cost., si prefigurava l'applicazione, in aggiunta al regime dell'inadempimento contrattuale, della disciplina in materia di illecito aquiliano, secondo il principio del cumulo dei titoli di responsabilità.

Orbene, le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, in armonia con le conclusioni in materia di danno non patrimoniale – ricostruito quale un'unica grande categoria di cui il danno esistenziale rappresenterebbe una mera variante descrittiva – pervengono alla soluzione diametralmente opposta.

La Suprema Corte, ripercorrendo l'iter evolutivo in materia, ricorda come, al fine di superare l'ostacolo dato dall'assenza, nell'ambito della materia contrattuale di una norma di contenuto analogo all'art. 2059 c.c., la giurisprudenza (avesse) elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale (sent. n. 2975/1968, seguita dalla n. 8656/1996, nel caso del trasportato che abbia subito lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; sent. n. 8331/2001, in materia di tutela del lavoratore).

Nondimeno, il cumulo non era idoneo a giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale, al di fuori delle ipotesi di espressa tipizzazione dello stesso in virtù dei ristretti limiti desumibili dal combinato disposto degli artt. 2059 e 185 c.p., per cui il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo.

Ciò premesso, secondo le Sezioni Unite, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consentirebbe di sostenere che "anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali". A tal riguardo, la pronuncia richiama il principio dell'indefettibilità del riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, di quella tutela, minima, costituita dal risarcimento; tutela che, quando questi siano stati lesi, dovrebbe essere assicurata, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o

extracontrattuale”. Ne consegue che è ammissibile far rifluire il danno non patrimoniale “nell’azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all’espedito del cumulo di azioni.

D’altronde, nonostante la mancanza di un’espressa previsione di risarcibilità del danno non patrimoniale in materia contrattuale, è richiamabile, pur sempre, la previsione dell’art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

Dalla suddetta norma, è deducibile “la libera deducibilità nell’ambito di un regolamento contrattuale di valori non strettamente patrimoniali, ma afferenti la persona”.

Inoltre, l’inerenza al programma contrattuale, per quanto non espressamente dedotti, di interessi a contenuto non patrimoniale discenderebbe anche dall’applicazione della c.d. causa concreta del negozio “da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006)”.

□ Dunque, le Sezioni Unite aderiscono alla più recente ricostruzione dogmatica della causa del contratto (intesa quale finalità pratica in concreto perseguita) ed “elaborata al fine di riconoscere tutela agli interessi effettivamente perseguiti dalle parti con l’adozione di un certo modello contrattuale, il cui schema normativo, dunque, non è più idoneo a delimitare, in via esclusiva, l’ambito degli interessi suscettibili di tutela per il tramite dello strumento contrattuale”.

Inoltre, esiste un legame inscindibile fra la c.d. causa in concreto e la fattispecie dei “c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario”.

Poiché la causa concretamente perseguita attraverso i contratti “sanitari” consiste “nell’attuazione della tutela della sfera della salute in senso ampio”, l’inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del medico è idoneo a ledere “diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali”.

#### 4. I danni risarcibili

Peraltro, è ovvio che dovendo il danno non patrimoniale essere sempre oggetto di accertamento, seppur in via presuntiva, ad essere risarcibile nel caso di specie non è la mera violazione del diritto inviolabile all’autodeterminazione dell’attrice, ma solo il pregiudizio areddituale, riconducibile etiologicamente a tale mancata scelta.

Ciò premesso, è noto come le Sezioni Unite dell’11.11.2008 abbiano degradato il danno biologico a mera componente descrittiva della più ampia categoria del danno non patrimoniale.

Esso va inteso come menomazione dell’integrità psico-fisica in sé e per sé considerata, in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione.

Tale voce di danno, come precisato dalla Corte Costituzionale, n. 184/’86, non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza del danneggiato, con il conseguente paradosso, al contempo, dell’irrisarcibilità del danno biologico, subito da chi sia sprovvisto di un’attività lavorativa e della commisurazione del danno all’occupazione del soggetto o, persino - secondo un’inammissibile visione della società, rigidamente ripartita per classi - dei genitori.

Come espressamente affermato anche dall’art. 139 del Codice delle Assicurazioni, per danno biologico deve, invece intendersi “la lesione temporanea o permanente all’integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un’incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito”.

Ciò premesso, il danno biologico consistente nella violazione dell’integrità psico-fisica della persona va considerato ai fini della determinazione del risarcimento, sia nel suo aspetto statico (diminuzione del bene primario dell’integrità psico-fisica in sé e per sé considerata) sia nel suo aspetto dinamico (manifestazione o espressione quotidiana del bene salute).

Orbene, l’espletata consulenza medico-legale, ha consentito di acclarare la entità delle lesioni riportate dall’attrice.

Il Ctù ha accertato che, in conseguenza dell’inadempimento de quo, sub specie di omessa informativa, l’attrice ha subito lesioni permanenti nella misura del 7-9%.



Le conclusioni del medico legale sul danno non patrimoniale di tipo biologico, sono condivise dal Tribunale, in quanto basate su un completo esame anamnestico e su un obiettivo, approfondito e coerente studio della documentazione medica prodotta, valutata con criteri medico-legali immuni da errori e vizi logici.

Quanto all'ulteriore figura descrittiva di danno non patrimoniale del danno morale - dalla stessa pronuncia dalle Sezioni Unite del 2008 disancorato dal dato temporale, con conseguente abbandono dello schematismo concettuale per cui il danno morale deve essere necessariamente transeunte - giovino le seguenti considerazioni.

In primis, non può accedersi alla tesi, frutto di un'interpretazione riduttiva delle Sezioni Unite, secondo cui il danno morale, nell'ipotesi di una sua derivazione "biologica" non sarebbe voce autonomamente risarcibile, rispondendo le due figure descrittive alla tutela di beni giuridici distinti, come, peraltro, evincibile anche dalle scelte della legislazione speciale. Tal ultima, spesso, (si pensi, ad esempio, al Decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2009, n. 181 che introduce un Regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'individualità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'articolo 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206) non solo continua a distinguere le due categorie di danno ma contiene una nozione legale di danno morale. Ciò premesso, e affermata l'astratta risarcibilità del danno morale anche quando sia ravvisabile un pregiudizio all'integrità psico-fisica, nel caso concreto nulla può essere riconosciuto a titolo di danno morale.

Non può, infatti, obliterarsi come secondo le Sezioni Unite del 2008, una delle ipotesi in cui il danno non patrimoniale è considerato risarcibile, al di là della lesione di un diritto costituzionalmente garantito, è proprio quella del danno morale da reato (quali sono le lesioni colpose, derivanti da un sinistro stradale). In tale circostanza è risarcibile qualunque pregiudizio reddituale (e, quindi, anche la sofferenza derivante eziologicamente dal non poter più fare), anche se derivante dalla lesione di un interesse privo di rilievo costituzionale, purché suscettibile di superare il generale vaglio di

meritevolezza ex art. 2043 c.c.. Infatti, la tipicità, in questo caso - affermano le Sezioni Unite - non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma dalla stessa scelta del legislatore di considerare risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione della rilevanza dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale. Nell'ipotesi di reato assume dignità risarcitoria l'impossibilità (totale o parziale) di svolgere una qualunque delle attività realizzatrici della persona, quand'anche non ne sia possibile un ancoramento costituzionale (attività ludiche, sportive, ricreative.....).

Ciò premesso, nel caso di specie, non è ravvisabile una fattispecie di reato e, dunque, si riassume il generale principio della necessaria rilevanza costituzionale del diritto leso, quale condizione di risarcibilità del danno non patrimoniale di tipo morale.

Tale diritto non è stato né allegato, né oggetto di prova di parte attrice.

Si ritiene opportuno applicare, al caso di specie, ai fini della valutazione del danno individuato dal CTU, le tabelle di Milano, in quanto strutturate e concepite - diversamente dalle attuali Tabelle di Lecce - in funzione del nuovo inquadramento concettuale del danno non patrimoniale, quale categoria unitaria, cui sono approdate le Sezioni Unite dell'11.11. 2008. Né la maggiore o minore diffusione delle stesse presso i tribunali locali - a fronte della prevalenza statistica delle tabelle milanesi sul territorio nazionale - può costituire ragione sufficiente ad impedirne l'applicazione nel caso di specie.

D'altronde, come affermato dalla Suprema Corte, con la sentenza del 2011, n. 12408, alle tabelle milanesi deve riconoscersi "una sorta di vocazione nazionale", anche perché, coi valori da esse tabellati, esprimono il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità'.

Ciò, al punto che l'applicazione delle suddette tabelle sarebbe oggetto di un vero e proprio uso normativo.

Le nuove Tabelle - approvate il 28 aprile 2009 e aggiornate nel 2011 - presentano profili di

innovatività rispetto alle precedenti tabelle quanto alla liquidazione del danno permanente da lesione all'integrità psico-fisica. Infatti, esse individuano il nuovo valore del c.d. "punto" muovendo dal valore del "punto" delle Tabelle precedenti (connesso alla sola componente di danno non patrimoniale anatomo-funzionale, c.d. danno biologico permanente), aumentato in riferimento all'inserimento nel valore di liquidazione "medio" anche della componente di danno non patrimoniale relativa alla "sofferenza soggettiva" di una percentuale ponderata (dall'1 al 9% di invalidità l'aumento è del 25% fisso, dal 10 al 34 % di invalidità l'aumento è progressivo per punto dal 26% al 50%, dal 35 al 100% di invalidità l'aumento torna ad essere fisso al 50%), e prevedendo inoltre percentuali massime di aumento da utilizzarsi in via di c.d. personalizzazione.

Applicando le predette tabelle, il danno da invalidità permanente subito dall'attrice deve essere quantificato in euro:

- € 18.835,00 (che discendono dal valore del "punto", relativo al danno non patrimoniale ovvero € 2.405,50, moltiplicato per il numero dei punti di invalidità (9), applicato il demoltiplicatore correlato all'età, al momento dell'evento lesivo, pari a 27 anni).

Essendo stato il danno liquidato alla stregua di criteri e valori aggiornati al 2011, non va accordata la rivalutazione, altrimenti, avendosi un'indebita duplicazione del risarcimento.

Devono, invece, computarsi gli interessi legali con decorrenza dal giorno dell'evento lesivo, che deve essere ravvisato nel giorno del compimento dell'esame ecografico e dell'omessa diagnosi della malformazione de qua e dell'informativa della madre, e, quindi, nel 27 agosto 2001.

5. Il danno economico della madre da perdita della capacità lavorativa specifico Orbene, nel caso de quo, dalla relazione del Dott. M., consta che, "a cagione di tale disturbo (ovvero dei rilevati postumi permanenti) è ostacolata con riferimento all'attività lavorativa della sig.ra L., sia l'attività di baby sitter perché impone soprattutto lo spostamento da casa e la paura che accada qualcosa di piacevole al piccolo Emanuele, che lo svolgere lezioni private come doposcuola per le limitazioni intrinseche

connesse allo stato ansioso depressivo che, sebbene lieve, può comportare un certo calo di attenzione, di stanchezza, di demotivazione e quant'altro può inficiare l'efficienza lavorativa, nonché la vita di relazione".

Tali affermazioni, per la loro genericità, non consentono di acclarare, con sufficiente certezza, il grado di compromissione della capacità lavorativa specifica dell'attrice. Da ciò, la necessità di rimettere la causa sul ruolo, limitatamente a questo profilo specifico.

6. La posizione del padre

Invero, non sono censurabili le valutazioni espresse con riguardo all'insussistenza di pregiudizi di natura psico-fisica per il padre, essendo notorio che i soggetti di sesso maschile possono, in determinate condizioni, affrontare gli eventi traumatici, anche di particolare intensità, con maggiore forza, così impedendo il consolidarsi di postumi permanenti.

Tale principio è valevole anche nel caso di specie non essendo, solitamente, il padre, diversamente dalla madre - e a parità di intensità del vincolo affettivo - avvinto da quel legame "viscerale" che connota il rapporto madre - figlio.

7. Il danno patrimoniale futuro sub specie del rimborso delle spese mediche

Per quanto concerne il rimborso delle spese mediche, il Dott. Marra ne ha affermato la non risarcibilità degli accertamenti e degli interventi cui sarà, eventualmente, sottoposto il minore, perché in regime di convenzione con il Servizio Sanitario nazionale.

Peraltro, la ctu Paladini ha evidenziato come, per quanto concerne il figlio degli attori, il medesimo avrà necessità di ulteriori cure cardiologiche e presumibilmente cardiocirurgiche, che - nondimeno - "non si possono definire sin d'ora in relazione pure ai continui sviluppi della medicina e della chirurgia".

Orbene, in considerazione dell'inesistenza di idonei parametri di commisurazione di tale voce di danno, non può essere pronunciata una condanna dei convenuti a tale titolo, se non in via generica e pro futuro. Dunque, l'ASL BR1, nonché gli eredi del D. Francesco devono essere condannati alla refusione, in favore degli attori, degli esborsi che dovessero essere sostenuti dagli attori per la cura, se ed in quanto

conseguenziali alla patologia da cui é affetto il figlio e sempre che gli stessi non siano coperti dal Servizio Sanitario.

Le spese saranno liquidate in sede di definizione dell'intero giudizio.

PQM

Il Tribunale, parzialmente pronunciando sulla domanda proposta da G.F. e L. A., nei confronti della A.S.L. BR/1, in persona del rappresentante pro tempore nonché di G. G., M. M., di D. M., A. G. S.p.a. nonché di F. Sai, in persona del loro legale rappresentante pro tempore, così provvede:

1) condanna l'ASL BR1, gli eredi del D. Francesco, in solido, al pagamento in favore della L., a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, di euro 18.835,00 oltre interessi legali con decorrenza dal giorno dell'evento lesivo, ovvero dal 27 agosto 2001; nonché alla refusione degli esborsi che dovessero essere sostenuti dagli attori per la cura del figlio, se conseguenti alla patologia da cui é affetto il figlio e sempre che gli stessi non siano coperti dal Servizio Sanitario;

2) in accoglimento della domanda spiegata dal convenuto D. nei riguardi della F.-Sai S.P.A., dichiara tal ultima tenuta a tenere indenne gli eredi del convenuto degli eventuali esborsi conseguenti alla condanna, e, per l'effetto, condanna la società de qua al pagamento del relativo importo;

3) dispone, con separata ordinanza, ai fini del proseguo del giudizio relativamente al solo danno patrimoniale da perdita della capacità lavorativa;

4) spese in sede di definizione dell'intero giudizio.

Francavilla Fontana, 26.6.2012

\*