



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE ORDINARIO DI MARSALA
Sezione Distaccata di Mazara del Vallo

Il Tribunale, nella persona del Giudice Unico dott. Giuseppe Bocarrato, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 105 del ruolo generale affari contenziosi dell'anno 2007, rimessa in decisione all'udienza del 14 luglio 2011, vertente tra:

██████████ e ██████████, elettivamente domiciliati in ██████████, presso lo studio ██████████, che li rappresenta e difende in forza di mandato alle liti a margine dell'atto di citazione;

attori

Azienda Sanitaria Provinciale ██████████, in persona del Direttore generale *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ██████████, presso lo studio ██████████, e rappresentata e difesa ██████████, del foro di CCCC, in forza di mandato in calce alla comparsa di costituzione del 22.7.2010 e, prim'ancora, di mandato in retro all'atto di citazione notificatole;

██████████, elettivamente domiciliato in ██████████, presso lo studio ██████████, che lo rappresenta e difende in forza di mandato alle liti in calce all'atto di citazione notificatogli;

convenuti

██████████, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ██████████, presso lo studio ██████████, che la rappresenta e difende unitamente e disgiuntamente ██████████ del foro di Roma, in forza di mandato alle liti in calce all'atto di citazione per chiamata in causa notificatole.

chiamata in causa

Oggetto: azione di risarcimento danni per responsabilità professionale

1. Svolgimento del processo e conclusioni delle parti.

Con atto di citazione notificato il 15.3.2007 AAAA e BBBB convenivano in giudizio la Azienda U.S.L. CCCC ed il dott. DDDD per vederli condannati al risarcimento dei danni patiti a cagione del loro *“inadempimento ... alle obbligazioni assunte nel contratto di opera intellettuale”* (cfr. conclusioni rassegnate in esito all’atto introduttivo di lite). Più precisamente, gli attori, nel precisare i motivi in fatto posti a fondamento della domanda, rappresentavano che, iniziato il percorso di gravidanza della AAAA, avevano deciso di *“affidarsi alle cure del reparto di ginecologia ed ostetricia dell’Ospedale [REDACTED], e in particolare ... del dott. DDDD, dirigente medico di I livello per seguire costantemente lo sviluppo della gravidanza, e accertare le condizioni del feto in modo da evitare, scongiurare, in qualsiasi modo impedire, il sorgere di gravi patologie. Nell’ipotesi contraria di essere messi nelle condizioni di poter intraprendere le terapie e quanto utile per intervenire in tempo o, quantomeno, assicurare la possibilità della madre di esercitare il suo diritto a una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza”* e che, tuttavia, pur a seguito di *“costante controllo e visite ecografiche”*, solo alla 31° settimana il dott. DDDD *“consigliava la consulenza presso il Centro di Diagnosi Prenatale dell’Ospedale Cervello di Palermo”*, all’esito del quale scoprivano che il feto era affetto da gravi patologie che ne determinavano il decesso subito dopo il parto. A logico esito di tale rappresentazione, dunque, chiedevano accertarsi la responsabilità del sanitario convenuto per *“non aver rilevato ed accertato le condizioni del feto”* e, dunque, non aver consentito ai coniugi attori di esercitare il già citato diritto ad una gravidanza cosciente, del caso interrompendola, e, per conseguenza, invocavano la condanna dei convenuti *“al risarcimento del danno, biologico e morale, in favore dei coniugi BBBB – AAAA, nella misura ... di € 500.000,00”* (cfr. conclusioni in citazione).

Con comparsa del 31.5.2007 si costituiva la AUSL CCCC che, nel chiedere di essere autorizzata a chiamare in causa la compagnia assicurativa garante per la responsabilità civile, FFFF (d’ora in avanti FFFF), contestava la domanda attrice rilevando, tra l’altro, come non fosse possibile rilevare la malformazione del feto (sia per la tempistica dei controlli, sia per l’indisponibilità, nella struttura sanitaria, delle attrezzature per l’ecografia morfologica).

Il 5.6.2007 si costituiva, ancora, DDDD che, nel chiedere anch’egli di essere autorizzato a chiamare in giudizio la FFFF, si opponeva alla domanda di lite rilevando l’inesistenza di un rapporto di natura contrattuale con gli attori (che, a suo dire, *“potè intercorrere ...*

solo in occasione delle sue visite”, cfr. pag. 3 della comparsa di costituzione) e, in ogni caso, la sua irresponsabilità per la mancata interruzione di gravidanza dato che *“la stessa gestante ha deciso di proseguire la gravidanza sotto il controllo di altri sanitari e al di fuori di qualsiasi protocollo di gestione raccomandato”*. Concludeva, dunque, chiedendo il rigetto della domanda con condanna degli attori ex art. 96 c.p.c. (poiché gli stessi avrebbero *“agito in mala fede”*) e, in subordine, la sua manleva in ragione della polizza FFFF n. 050080944.

Con comparsa di costituzione del 14.11.2007, infine, si costituiva la già citata compagnia assicurativa, chiamata in giudizio dai due convenuti, individuando nella polizza n. 050080944 il titolo di garanzia, evidenziando l’operatività di franchigia, eccependo in ogni caso l’infondatezza della pretesa attrice, invocando l’eventuale applicazione del diritto di regresso previsto dall’art. 26 delle condizioni generali di assicurazione e, non da ultimo, chiedendo che le spese legali venissero poste in capo alla stessa assicurata (per la previsione di cui all’art. 10 delle c.g.a.). Nelle conclusioni, inoltre, chiedeva *“accertare e dichiarare il grado di responsabilità ascrivibile a ciascuno dei convenuti e per l’effetto condannarli ciascuno per la propria quota di responsabilità, con esclusione del vincolo di solidarietà passiva”*.

Con le prime memorie ex art. 183, co. 6, c.p.c., gli attori precisavano le ragioni della quantificazione del risarcimento richiesto in citazione (pari ad € 70.000,00 per il danno biologico patito dall’AAAA, *“in considerazione del danno estetico residuo da cicatrice chirurgica post-taglio cesareo e di uno stato depressivo”*, € 230.000,00 per danno morale ed esistenziale ed € 200.000,00 per il danno esistenziale e morale patito dal coniuge).

Istruita la causa, tramite la produzione documentale delle parti e l’espletamento di una consulenza tecnica d’ufficio, le parti precisavano le conclusioni all’udienza del 14.7.2011 ed il giudice, concessi i termini ex art. 190 c.p.c., la tratteneva in decisione.

Parte attrice depositava la comparsa conclusionale il 25.10.2011 insistendo nella domanda e chiedendo anche il ristoro dei pregiudizi patiti dal concepito nel corso della gravidanza, modificando le conclusioni già rassegnate in atto di citazione (cfr. comparsa conclusionale, laddove per la prima volta si chiede la condanna *“al risarcimento del danno ... del feto nato vivo e deceduto dopo il parto”*, senza peraltro modificare la quantificazione della pretesa di lite).

La compagnia assicurativa depositava comparsa conclusionale il 28.10.2011 e, nell’insistere nelle eccezioni e deduzioni già formulate, rilevava, tra l’altro, che, in assenza di prova in ordine alla completa erosione della franchigia contrattuale, non

poteva darsi esecuzione alla garanzia assicurativa (cfr. pagg. 7, 8, 9 e 10 della comparsa conclusionale).

La A.S.P. CCCC (già A.U.S.L.), senza aver previamente depositato la comparsa conclusionale, versava in atti le memorie di replica allegando documentazione tesa a superare l'eccezione sollevata dalla compagnia assicurativa in ordine alla presunta inoperatività di polizza.

2. Motivi in fatto ed in diritto della decisione.

2.1. Così brevemente ricostruito il corso processuale, deve rilevarsi, *in limine* e prima di affrontare il merito della pretesa di lite, che, contrariamente a quanto rilevato dalla compagnia assicurativa con le memorie di replica ex art. 190 c.p.c., la memoria versata in atti dalla A.S.P. CCCC, per quanto non preceduta dal deposito delle comparse conclusionali, è utilizzabile in giudizio.

Al riguardo, appare invero sufficiente richiamare la recente pronuncia di legittimità n. 6439, del 17.3.2009, a mente della quale *“la memoria di replica prevista dall'art. 190 c.p.c. deve essere presa in considerazione dal giudice indipendentemente dalla circostanza che la controparte abbia o meno depositato una propria comparsa conclusionale”* (cfr. in senso conforme Cass. 25 marzo 2002 n. 4211, Cass. 10 agosto 1963 n. 2701 e Cass. 11 febbraio 1961 n. 312). Tale principio, non certo applicabile al caso di specie (nel quale si deduce l'inutilizzabilità della replica dell'A.S.P. non già per l'omesso deposito della comparsa conclusionale da parte del suo contraddittore di lite, ma in ragione del fatto che essa stessa non vi aveva provveduto), si pone in radicale contrasto con quella tesi dottrinale recepita dalla giurisprudenza di merito richiamata dalla compagnia assicurativa, secondo la quale la replica presuppone sempre lo scambio delle comparse conclusionali, e, perciò, di fatto impone di ritenere utilizzabili le repliche depositate dalla A.S.P..

Neppure, si nota per inciso, appaiono condivisibili le osservazioni formulate dalla FFFF in ordine alla presunta violazione del diritto di difesa arrecato con il deposito della sola memoria di replica, non concretamente configurabile in ragione della natura meramente illustrativa da ascrivere alle comparse ex art. 190 c.p.c., in alcun caso deputate ad introdurre nel *thema* di lite domande o eccezioni nuove, mai formulate in precedenza (cfr. Cass. 7 dicembre 2004, n. 22970 e, in senso conforme, la risalente Cass. n. 4039 del 1979).

2.2. Sempre al fine di perimetrare l'ambito del giudizio, deve ancora osservarsi come non meriti esame la domanda formulata dagli attori per la prima volta in seno alla

comparsa conclusionale, con la quale si chiede la condanna dei convenuti al risarcimento per i danni patiti dal figlio, morto subito dopo il parto.

Sul punto, è sufficiente ricordare che le comparse conclusionali ex art. 190 c.p.c., come visto, hanno la funzione di illustrare le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fondano le domande e le eccezioni già ritualmente proposte entro le cadenze di rito, sicché non possono contenere domande o eccezioni nuove che comportino un non più consentito ampliamento del *thema decidendum* (si veda, *ex plurimis*, Cass. 14 marzo 2006, n. 5478; Cass. 7 dicembre 2004, n. 22970; Cass. 16 luglio 2004, n. 13165 e Cass. 27 luglio 2004, n. 14121).

2.3. Ciò posto in punto di rito, deve quindi rilevarsi che, come stabilito dall'ormai cristallizzata ed incontrovertita giurisprudenza di legittimità, la fattispecie per cui è causa deve essere ricondotta entro l'alveo della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., sia con riguardo alla struttura sanitaria presso la quale è stata effettuata la diagnosi prenatale, in forza del principio enucleato dall'art. 1228 c.c. - secondo il quale il debitore che nell'adempimento di un'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro -, sia anche in relazione alla posizione del sanitario che, dipendente della stessa, abbia prestato l'opera professionale in favore dell'attrice, in ragione del cd. "*contatto sociale qualificato*" che viene ad instaurarsi tra le parti in ragione dell'affidamento che il privato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta, dal quale discendono specifiche *obligations de sécurité* ex artt. 1173, 1175, 1375 c.c. e art. 2 Cost. (o, secondo la tradizione germanica, dalla quale derivano, *Schutzpflichten*), la cui violazione vale a radicare, appunto, una responsabilità di tipo contrattuale (cfr. Cass. SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 577, la quale ha dato piena continuità ai principi già espressi da Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, stabilendo, tra l'altro, che "*tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c.*").

Da tale inquadramento sistematico, dunque, discende che, ai fini del riparto dell'onere probatorio ed in coerenza con i principi di *vicinitas* e persistenza del diritto di credito enunciati dal noto *dictum* della Suprema Corte n. 13533 del 2001, l'attore, paziente danneggiato, deve dare prova dell'esistenza del contratto (o del contatto sociale) e dell'insorgenza o dell'aggravamento della patologia, ben potendo limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato

ovvero che, pur esistendo, esso non ha spiegato effetto causale sul pregiudizio di causa (cfr. Cass. 11 novembre 2011 n. 23562; Cass. 26 gennaio 2010, n.1524 e la già richiamata Cass. SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 577).

2.4. Così tracciate le coordinate entro le quali sviluppare l'esame di causa, deve rilevarsi, in primo luogo, come l'esistenza del contratto (e, in altra prospettiva, del contatto sociale), non rientri tra le circostanze oggetto di specifica contestazione (non potendo assumere diverso rilievo quanto asserito dal sanitario convenuto, che infatti non contesta l'esistenza del rapporto, ma si limita ad escludere, apoditticamente, l'applicabilità dell'art. 1218 c.c., si veda quanto a pag. 3 della comparsa di costituzione e risposta), dal che venendone la conseguente *relevatio ab onere probandi* in favore di chi l'abbia allegato, in applicazione della regola già da tempo invalsa nell'interpretazione giurisprudenziale (cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1540, Cass. 5 marzo 2009, n. 5356 e Cass. 10 novembre 2010, n. 22837) e da ultimo approdata al diritto positivo con la riformulazione dell'art. 115 c.p.c. per opera della legge n. 69/09.

Riguardo all'altro versante d'esame, teso a verificare se, ed in quale misura, abbia effettivamente trovato corpo l'inadempimento allegato dagli attori, deve assumere peso decisivo quanto rilevato dalla consulenza tecnica d'ufficio redatta dalla dott.ssa [REDACTED], con l'ausilio del prof. [REDACTED] (debitamente autorizzato, vedasi verbale d'udienza del 2.10.2008). Secondo quanto rappresentato dal consulente d'ufficio, infatti, *“dalla lettura delle linee guida dettate dalla società italiana di ostetricia e ginecologia, si evince chiaramente che la grave malformazione encefalica di cui era affetto il feto rientra tra quelle rilevabili all'esame ecografico effettuato nel corso del secondo trimestre di gravidanza ... la oloprosencefalia è una malformazione facilmente identificabile ecograficamente a partire dalla 14°-16° settimana di età gestazionale. La mancata identificazione della malformazione ai vari controlli ecografici espletati sulla paziente in varie epoche gestazionali, pertanto, rappresenta una condotta professionale certamente censurabile per imperizia, negligenza ed imprudenza. [ed inoltre] dalla ecografia espletata in data 8 marzo 2006 alla 20,3° settimana venivano rilevati valori biometrici di 2-3 settimane inferiori rispetto all'epoca gestazionale e ciò, tenuto conto anche del fatto che si era ancora in una fase relativamente precoce della gestazione, doveva fortemente evocare nel sanitario il sospetto di una restrizione della crescita fetale dovuta alla presenza di anomalie cromosomiche e/o di anomalie congenite del feto. Inoltre, non risulta che in nessuna delle occasioni in cui il sanitario ha visitato la paziente la abbia informata della possibilità di eseguire lo screening prenatale delle patologie cromosomiche né della importanza della esecuzione della ecografia morfologica. ... L'errore*

diagnostico del sanitario convenuto ha comportato un notevole ritardo diagnostico della grave malformazione fetale che è stata evidenziata solamente in data 14 aprile 2006 alla 30° settimana di gestazione, cioè in epoca successiva al limite massimo previsto dalla legge per ricorrere alla interruzione volontaria della gravidanza (180 giorni). Le conseguenze dannose dell'errore professionale si concretizzano nello sviluppo e stabilizzazione di una sindrome ansioso-depressiva reattiva che ha necessitato e che necessita ancora oggi di terapia psicofarmacologica e di supporto psicologico costante con ripercussioni sulla vita sessuale della paziente e con blocco emotivo circa la progettualità futura di una ulteriore gravidanza. Tale condizione morbosa, ormai stabilizzata e cronicizzata, comporta un danno biologico permanente del 15%. Inoltre, nella ricostruzione della vicenda in esame, emerge un ulteriore errore diagnostico-terapeutico consistito nel ricorso immotivato al taglio cesareo la cui responsabilità va addebitata al sanitario che ha preso tale decisione e, comunque, alla struttura ospedaliera convenuta. ... Le conseguenze dannose di tale ulteriore errore comportano la sussistenza di una cicatrice iatrogena addominale che configura un ulteriore danno biologico del 03%".

Tali conclusioni, formulate all'esito di un'approfondita ricostruzione del quadro clinico dell'attrice, sulla base della documentazione medica in atti e della letteratura scientifica sul punto, risultano rigorosamente congruenti alle premesse e, pertanto, debbono intendersi integralmente condivise da questo Tribunale ai fini della decisione.

Risultano per converso carenti del necessario supporto probatorio le osservazioni formulate dai consulenti di parte, i quali si sono di fatto limitati a versare in atti un documento di studio peraltro in corso di pubblicazione, generico ed astratto, senza neppure chiarire i presunti profili di sua conferenza al caso di specie (ci si riferisce, com'è ovvio, alle note critiche del sanitario convenuto, il quale si limitava a chiedere il rinnovo della perizia "per tutte le ragioni di assoluta critica medico-scientifica contenute nell'indagine S.I.Di.P. richiamata alla quale si fa rimando pedissequo" e, comunque, a contestare la consulenza per il supporto medico di cui la dott.ssa Albano si era avvalsa, a suo dire non autorizzato) o, comunque, hanno richiamato fattori non decisivi al fine di confutare le risultanze di perizia (deducendo, ad esempio, l'obesità quale generico "fattore limitante dell'indagine ecografica", richiamando dati statistici difforni da quelli presi in esame dal c.t.u., non confortati dalla letteratura medica, secondo i quali "l'epoca gestazionale media all'atto della diagnosi è di circa 25 - 26 settimane", ritenendo che l'aborto terapeutico avrebbe potuto implicare "effetti collaterali" per l'uso di prostaglandine, e, in ogni caso, contestando l'esito della c.t.u. poiché "la diagnosi della malformazione oggetto

del ricorso non poteva essere effettuata precocemente nel corso del primo trimestre di gravidanza").

Dalla consulenza tecnica d'ufficio, come già premesso, si rilevano - in ordine alla diagnosi - tre significativi profili d'esame, nessuno dei quali compiutamente ed efficacemente confutato dalle note dei convenuti: dall'un lato, ed in chiave generale, si afferma che un test di screening, nel primo o secondo trimestre di gravidanza, avrebbe verosimilmente svelato un'elevata probabilità di rischio di patologia cromosomica, dal che ne sarebbe venuta la necessità di procedere ad un esame prenatale (quale l'esame del cariotipo fetale) che avrebbe rivelato la patologia cromosomica in atto; si rileva, poi, che secondo la maggioritaria letteratura medica, la oloprosencefalia è facilmente visibile e diagnosticabile ecograficamente a partire dalla 14° - 16° settimana di età gestazionale, talché la stessa era certo diagnosticabile in occasione dell'ecografia eseguita a 20,3 settimane; da ultimo, ma non certo per rilievo, si osserva che l'attrice non fu adeguatamente informata in ordine alla possibilità di eseguire lo screening prenatale delle patologie cromosomiche né della importanza della esecuzione della ecografia morfologica (come invece imposto dalla linee guida per gli screening ecografici in ostetricia e ginecologia).

Tali circostanze, dunque, valgono senza dubbio a radicare la responsabilità del sanitario convenuto, e, per esso, ex art. 1228 c.c., della A.S.P. CCCC, risultando dunque provata non solo la colpevole omessa diagnosi (quantomeno in occasione dell'ecografia alla settimana 20,3) ma anche una sua condotta difforme dalle linee guida e, dunque, non conformata alle migliori pratiche mediche.

A nulla rileva quanto eccepito dalla A.S.P. in comparsa, a dire della quale gli esami necessari alla diagnosi precoce non erano in concreto eseguibili per l'indisponibilità dei macchinari necessari, dato che, come ovvio e come comunque rilevato dal c.t.u., ciò in ogni caso non avrebbe potuto esentare il sanitario dall'avvisare la paziente della dell'opportunità di eseguire tali esami indicandole una diversa sede presso la quale effettuarlo (come in effetti avvenne in occasione del controllo del 13.4.2006).

2.5. Per quanto detto in ordine al titolo di responsabilità, non può trovare riscontro la domanda spiegata dalla compagnia assicurativa tesa ad *"accertare e dichiarare il grado di responsabilità ascrivibile a ciascuno dei convenuti ... con esclusione del vincolo di solidarietà passiva"* dato che, come visto, l'A.S.P. è chiamata a rispondere ex art. 1228 c.c., tal che non v'è margine per la richiesta graduazione ex art. 2055 c.c..

2.6. Sempre per quanto dedotto dalla compagnia assicurativa, deve ancora rilevarsi che, alla luce delle risultanze di c.t.u., la condotta del sanitario convenuto, per quanto imperita e non conforme alle linee guida di settore, non può essere intesa “*gravemente colposa*”, laddove si consideri, com’è d’obbligo, che il DDDD, non appena resosi conto del concreto rischio di malformazione, indirizzava l’attrice verso una diversa struttura ospedaliera al fine di eseguire i necessari esami.

Tale contegno, se certo non vale ad elidere la sua colpa, in ragione di quanto già esaminato, tuttavia non consente di qualificarla “*grave*” con le conseguenze ex art. 26 delle condizioni di generali di contratto.

3. Sulla quantificazione dei danni.

3.1. Spostando il fuoco d’analisi ai pregiudizi cagionati dall’imperita condotta del sanitario, si osserva che gli attori chiedono il ristoro sia del danno biologico patito a cagione dei fatti di causa - da intendere quale lesione dell’integrità psico-fisica (cfr. la risalente Cass. 6 giugno 1981, n. 3675, che per prima ha dato collocazione sistematica a tale figura di danno, e, più di recente, Cass. SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972) ed individuata, nel caso concreto, tanto nel disagio psicologico conseguente alla vicenda, tanto negli esiti cicatriziali del parto cesareo -, sia del danno conseguente al diritto alla procreazione cosciente e consapevole della madre, fatto confluire in citazione nella generale categoria di “*danno morale ed esistenziale*”.

Con riferimento al primo profilo d’esame, appare congrua la quantificazione del danno biologico operata dal c.t.u., secondo il quale i fatti di causa hanno determinato una “*sindrome ansioso-depressiva reattiva*” cronicizzata, quantificata in 15 punti tabellari, ed un esito cicatriziale iatrogeno da taglio cesareo, quantificato in 3 punti tabellari.

Non assume peso, par ovvio, l’indicazione resa dagli attori nella comparsa conclusionale e nella memoria di replica, laddove ritengono tal ultimo pregiudizio “*quantificabile nella misura di 0,3%*” (pag. 5 della comparsa e pag. 2 della memoria di replica), quasi fosse possibile liquidare una frazione di punto tabellare, chiaramente frutto di una malaccorta lettura della relazione peritale.

Ai fini della liquidazione del danno biologico, come di recente stabilito dalla Corte di Cassazione con la sentenza 7 giugno 2011, n. 12408, dovrà applicarsi il criterio del c.d. “*punto tabellare*” secondo i valori espressi dalle tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, già utilizzate dalla gran parte dei Tribunali d’Italia (e nelle quali è già ricompreso, in chiave unitaria e standardizzata, un importo a titolo di danno morale. Si veda, più nello specifico, il successivo capo 3.4). Andrà quindi riconosciuta, a titolo di

danno biologico, una somma complessiva pari ad € 43.083,00 per la sindrome psichiatrica e ad € 4.013,00 per l'esito cicatriziale, valori risultanti dalla combinazione dei punti percentuali di danno biologico riconosciuti in c.t.u. (rispettivamente del 15% e del 3%) e dell'età dell'attrice alla data del parto, all'epoca ventottenne.

3.2. Gli attori, come premesso, allegano anche la lesione del diritto alla procreazione cosciente e consapevole della madre, riconosciuto dall'indirizzo giurisprudenziale inaugurato da Cass. 10 maggio 2002 n. 6735 e portato a compiuta e più ragionata enucleazione con Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, a mente della quale *"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. Ne consegue che la possibilità per la madre di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza assume rilievo sotto il profilo del nesso di causalità, e non anche come criterio di selezione dei (tipi di) danni risarcibili; e che non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano"* (in senso conforme, Cass. 8 agosto 2005 n. 16683 e Cass. 20 ottobre 2005 n. 20320).

Il tema introduce la problematica questione dell'impropriamente detto diritto all'aborto ed ai limiti imposti dalla norma nell'esercizio di tale potere.

In primo luogo, ed in conformità all'unanime giurisprudenza e dottrina, deve ribadirsi che il nostro ordinamento non ammette il cd. aborto eugenetico, talché non è configurabile, in senso proprio, un diritto della madre ad interrompere la gravidanza.

Tale considerazione muove, in chiave positiva, dall'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194, il quale stabilisce che *"per l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o la previsione di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico... o ad una struttura pubblica..."*. Espletato il

procedimento di cui all'art. 5 l. n. 194/1978, la gestante può ottenere l'interruzione della gravidanza presso una delle sedi autorizzate. L'art. 6 della cit.l. statuisce, inoltre, che *"l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"*. Come rilevato dalla richiamata sentenza di legittimità, dunque, *"viene consentito il sacrificio del concepito, la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell'art. 1, considerando preminente la tutela della salute fisica o psichica della madre"* (già prima Cass. 8 luglio 1994, n. 6464 e Cass.1 dicembre 1998, n. 12195).

Viene dunque in evidenza, dalla lettura della norma, che le eventuali malformazioni o anomalie del feto assumono rilievo, ai fini di legge, solo nei termini e limiti in cui possano cagionare il danno alla salute della gestante e non in sé considerate, con riferimento al nascituro.

Ora, va ovviamente da sé che, in termini astratti, intanto può oggi riconoscersi la lesione del diritto alla consapevole e cosciente procreazione, in quanto la diagnosi, allora, poteva effettivamente consentire alla madre di interrompere la gravidanza (cfr. Cass. 2 febbraio 2010 n. 2354).

In altri termini, cioè, il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per la lesione all'invocato diritto passa necessariamente per la verifica dell'astratta sussumibilità del caso di specie entro la previsione di cui agli artt. 4 o 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, da effettuare in chiave di valutazione prognostica in termini di probabilità secondo le nozioni della scienza medica.

In tale prospettiva, assume peso decisivo quanto rilevato dal consulente tecnico d'ufficio che, come premesso, ha ritenuto che, laddove il sanitario avesse conformato la propria condotta alle linee guida di settore ed alla prudenza imposta dagli esami richiestigli, la malformazione del feto poteva essere diagnosticata già nel primo o secondo trimestre di gravidanza.

Alla luce di tanto, e come già stabilito da Cass. 10 maggio 2002 n. 6735 e Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, deve ritenersi che *"la circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende*

legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà". Le allegazioni di parte attrice, in uno con lo stesso fatto che la gestante si sia rivolta al professionista appunto per esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, con ciò palesando un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, ove il feto avesse presentato gravi malformazioni, inducono dunque a ritenere concretamente lesa, nel caso di specie, il diritto della madre alla cosciente e consapevole procreazione. Solo per completezza, pare opportuno evidenziare che difficilmente avrebbe condotto a diversa conclusione l'eventuale inapplicabilità dell'art. 4 della citata norma, dato che, in considerazione del danno biologico patito dall'attrice (riconosciuto dalla c.t.u. in termini di "*sindrome ansioso-depressiva reattiva*") sussistono adeguati elementi prognostici per dire sarebbe stato in ogni caso possibile dare applicazione alla previsione di cui all'art. 6.

3.3. Non può esservi dubbio che, al pari della madre, anche il padre sia legittimato ad agire in giudizio per il ristoro dei pregiudizi patiti a cagione della condotta colposa del sanitario.

E' infatti la già richiamata normativa in tema di interruzione di gravidanza, in uno con la disciplina della Carta Costituzionale in tema di rapporti tra coniugi e di obblighi dei genitori verso i figli (si vedano gli artt. 29 e 30 Cost. e, in chiave attuativa, artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.), ad imporre che anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto e nei confronti del quale la prestazione del medico è dovuta.

Sebbene, come prima rilevato, la decisione di interrompere o meno la gravidanza, nel ricorso dei requisiti di legge, compete solo alla madre, senza che il padre possa intervenire in tale determinazione (cfr. Corte Cost. ordinanza 31 marzo 1988, n. 389 e, in parte, Corte Cost. 5 maggio 1994, n. 171), non può certo esservi dubbio che lo stesso subisca un danno dalla condotta imperita del sanitario, a causa della quale diventa o meno padre del bambino.

E' per tali motivi che, secondo la più avvertita giurisprudenza di legittimità, il contratto di prestazione di opera professionale di cui è parte il sanitario spiega effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, talché il danno provocato da inadempimento del sanitario costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale, è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c. (cfr. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488 e Cass. 2 febbraio 2010, n. 2354).

3.4. Ciò posto, si impone ricomporre a sistema la ricostruzione sinora offerta e dare collocazione alle citate voci di danno in compatibilità con le richieste rassegnate dagli attori (tese, si rammenta, al risarcimento dei danni biologici, morali ed esistenziali).

In tale prospettiva, appare utile rammentare come, prima delle note pronunce rese dalla Cassazione a Sezioni Unite l'11.11.2008, nn. 26972 e 26975, veniva generalmente affermata l'autonomia ontologica e categoriale delle richieste voci di danno, conseguentemente liquidate in via equitativa in misura proporzionale a quanto riconosciuto con riferimento al danno biologico. Col citato *revirement*, invece, la Suprema Corte, nel proporre una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quale norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) e, in tal chiave, ha stabilito che *"il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., identificandosi con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione"*.

Se tale ricostruzione è certo condivisibile circa il cd. danno esistenziale, la stessa presenta punti di attrito con il contesto normativo *medio tempore* consolidatosi in tema di danno morale, laddove si consideri, com'è d'obbligo, che il legislatore, all'art. 5 del D.P.R. n. 37 del 3 marzo 2009 (*"Regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali, a norma dell'articolo 2, commi 78 e 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244"*), ha espressamente tenuto tale voce distinta dal danno biologico. Sebbene in una materia peculiare, dunque, il legislatore ha stabilito che il danno morale va calcolato, in aggiunta al biologico, caso per caso, tenendo conto della entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione alla dignità della persona, connessi ed in rapporto all'evento dannoso, in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico. Parallelamente, ai fini della liquidazione del danno biologico, il legislatore,

sempre al citato art. 5, richiama espressamente gli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni private, con ciò manifestando la volontà di introdurre un sistema risarcitorio del danno biologico unitario, di cui l'interprete non può non tener conto.

A fronte di tale quadro, tuttavia, pare potersi individuare un punto di coerenza tra la citata normativa e la giurisprudenza della Corte di nomofilachia nel richiamo da questa effettuata alla necessaria personalizzazione del danno, tale da tener in debita considerazione non solo il pregiudizio patito all'integrità psico-fisica, ma ogni altra lesione di diritti costituzionalmente garantiti. Sebbene, quindi, non sia più possibile – al di là delle specifiche ipotesi di Legge – individuare un'autonomia categoria di "danno morale", nella liquidazione dell'omnicomprensiva voce di danno non patrimoniale non può non valutarsi anche quello che un tempo veniva inteso quale *pretium doloris*, in quanto lesione all'integrità morale, massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 Cost. in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona.

Va da sé che la liquidazione di tale sofferenza, necessariamente ispirata a criteri di pura equità, debba essere effettuata in coerenza con i dettami imposti da Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, nell'ottica di scongiurare frammentazioni dell'unico danno non patrimoniale e non consentite duplicazioni (si veda la recente Cass. 26 maggio 2011, n. 11609, a mente della quale *"in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, il giudice nel procedere alla quantificazione ed alla liquidazione deve evitare duplicazioni risarcitorie, mediante l'attribuzione di somme separate e diverse in relazione alle diverse voci (sofferenza morale, danno alla salute, danno estetico, ecc), ma deve comunque tenere conto dei diversi aspetti in cui il danno si atteggia nel caso concreto"*).

Per tale motivo, questo Tribunale ritiene di dover quantificare il danno morale (peraltro già riconosciuto, senza personalizzazione, con la cd. liquidazione unitaria di cui alle tabelle meneghine) in uno con il danno arrecato dalla lesione del diritto inviolabile della gestante che non sia stata posta in condizione, per errore diagnostico, di decidere se interrompere la gravidanza (peraltro, si noti, espressamente richiamato dalla citata Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972 nel novero dei danni non patrimoniali individuati dalla giurisprudenza di legittimità tramite l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., e quindi ricompresa tra *"quei tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), rispondenti ad esigenze descrittive, ma non implicanti il riconoscimento di distinte categorie di danno"*), da misurare in chiave equitativa e, per le peculiarità del

caso, non in misura proporzionale al danno biologico, come invece predicato dal D.P.R. n. 37/09 e da Cass. sez. III 19 gennaio 2010, n. 702 e Cass. sez. III, 13 luglio 2011, n. 15373 relativamente al danno morale conseguente alla lesione dell'integrità fisiopsichica, quale turbamento d'animo o intimo dolore da questa cagionato.

Nel caso in esame, come già precisato, la condotta colpevole del sanitario ha leso due diversi diritti, quello all'integrità fisiopsichica della madre, dal quale deriva il danno biologico e, in parte, il cd. danno morale (quale conseguente *pretium doloris*), e quello che tutela la gravidanza consapevole e cosciente della madre, dal quale è fatto discendere un pregiudizio non patrimoniale ex art. 2059 c.c.. A fronte di tanto, se, da un lato, non appare conforme ai principi stabiliti dalla Suprema Corte col già richiamato arresto provvedere prima alla liquidazione personalizzata del danno morale conseguente alla lesione del diritto alla salute e poi alla liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto della madre ad una gravidanza cosciente, pena la sostanziale duplicazione dei danni, neppure appare consentito misurare l'intero danno non patrimoniale in una frazione del danno biologico, non foss'altro perché relativo alla sfera della sola madre mentre, come visto, anche il padre ha patito un pregiudizio non patrimoniale risarcibile.

E dunque, nonostante una recente pronuncia in senso contrario (Cass. sez. lav. 30 dicembre 2011, n. 30668), si ritiene necessario liquidare il danno non patrimoniale ulteriore e diverso dal danno biologico in chiave unitaria e secondo i criteri equitativi ex art. 1226 c.c. (analogamente, di recente, la Suprema Corte, in tema diverso ma sviluppando gli stessi principi, ha chiarito che *"nel caso di danno parentale, il danno morale del parente ed il danno per la perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita al momento in cui la perdita è percepita è quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita, altro non sono che la componente del complesso pregiudizio, che va interamente risarcito"*, cfr. Cass. 31 agosto 2011 n. 17871).

Per quanto sopra, in funzione di personalizzazione del danno, alla luce delle allegazioni delle parti, dei pregiudizi arrecati alla salute della madre, della gravidanza che è stata costretta a proseguire nonostante il tragico e previsto esito, si ritiene di dover riconoscere, a titolo di danno non patrimoniale ed oltre quanto già liquidato, un ulteriore risarcimento in favore della madre di € 40.000,00 e, nei confronti del padre, di € 20.000,00.

3.5. Sulle somme così individuate vanno liquidati gli interessi da *"ritardato pagamento"* o interessi compensativi.

Ed infatti, per quanto le somme finora liquidate in relazione al danno da risarcimento siano espresse in valori attuali, e costituiscono l'adeguato equivalente pecuniario della compromissione di beni giuridicamente protetti, tuttavia esse non comprendono l'ulteriore e diverso danno rappresentato dalla mancata disponibilità della somma dovuta, provocata dal ritardo con cui viene liquidato al creditore danneggiato l'equivalente in denaro del bene leso. Nei debiti di valore, come in quelli di risarcimento da fatto illecito, vanno pertanto corrisposti interessi per il cui calcolo non si deve utilizzare necessariamente il tasso legale, ma un valore tale da rimpiazzare il mancato godimento delle utilità che avrebbe potuto dare il bene perduto. Tale interesse va, tuttavia, applicato non già alla somma rivalutata in un'unica soluzione alla data della sentenza, bensì, conformemente al noto principio enunciato dalle S.U. della Suprema Corte con sentenza 17 febbraio 1995 n. 1712, sulla somma capitale rivalutata di anno in anno.

Pertanto a AAAA, sulle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno (per complessivi € 87.096,00) devalutate (€ 77.647,47 alla data del parto), sono dovuti gli interessi al tasso legale sin dal 20.6.2006, pari ad € 9.861,22.

Analogamente, BBBB avrà diritto all'ulteriore somma di € 2.264,44.

L'importo oggetto di condanna, dunque, ammonterà, in favore di AAAA, ad € 96.957,22. e in favore di BBBB, ad € 22.264,44.

4. Sulla garanzia assicurativa e sulla ripartizione delle spese.

4.1. La condanna al risarcimento dei danni, da pronunciare in solido nei confronti di entrambi i convenuti ex art. 1228 c.c., porta con sé la condanna della compagnia assicurativa a manlevarli di quanto gli stessi saranno tenuti a pagare.

Sul punto, tuttavia, la FFFF non manca di evidenziare, sin dall'atto di costituzione, che tale condanna andrà contenuta entro i limiti imposti dalla franchigia, per poi rilevare, in comparsa conclusionale, che, in mancanza di prova in ordine alla completa erosione della franchigia, non potrebbe darsi luogo alla condanna nei suoi confronti per non aver gli assicurati fornito la prova dell'operatività della garanzia.

Al riguardo, appare invero sufficiente rilevare che: 1) il limite di franchigia è introdotto in lite alla stregua di un'eccezione, talché sarebbe stato onere delle FFFF dare prova della sua mancata erosione; 2) tale limite, peraltro, si presenta mobile, in quanto "aggregato annuo" (da verificare, dunque, in relazione ai "sinistri che colpiscono la polizza nel corso del periodo di assicurazione annuo"), talché risulta misurabile solo alla data delle effettive liquidazioni e, dunque, non anche in corso del processo (risultando di dubbia

compatibilità il corso procedimentale, scandito da preclusioni e rigide scadenze, con le liquidazioni dei singoli sinistri che, come nel caso di specie, potrebbero aver luogo dopo anni dagli stessi); 3) soprattutto, la previsione contrattuale non subordina la copertura assicurativa alla erosione della franchigia, riconoscendo solo il diritto alla ripetizione di quanto coperto dalla stessa (cfr. *“la Società provvederà all’integrale liquidazione del danno a favore dell’avente diritto recuperando poi successivamente con scadenze trimestrali le somme a carico dell’Azienda a titolo della suddetta franchigia”* cfr. art. 11 delle c.g.a.).

Per tali motivi, ed a prescindere da ogni esame circa la sua ammissibilità, deve ritenersi che, in mancanza di prova circa l’erosione della franchigia, neppure potrà trovare accoglimento la domanda formulata in comparsa, al punto e), con la quale, nel ripetere la formula contrattuale, si chiede *“accertare e dichiarare che, nel caso in cui la franchigia aggregata annua non sia stata completamente erosa, la FFFF avrà diritto a recuperare dall’Assicurata l’indennizzo corrisposto all’avente diritto, rimanendo a carico della Compagnia solo la quota eventualmente eccedente la franchigia aggregata”*.

4.2. Le spese di lite sostenute dagli attori, in applicazione del principio di causalità ex art. 91 c.p.c., debbono essere poste a carico delle parti soccombenti.

Le spese relative ai rapporti accessori, invece, considerata la loro secondaria rilevanza nella conformazione concreta del giudizio, la natura delle questioni involte, la previsione contrattuale ex art. 10 c.g.a. (in ragione della quale era rimesso alla compagnia assicurativa designare il legale) e le reciproche domande formulate (non ultima quella tesa alla condanna ex art. 96 c.p.c. degli attori, formulata dal convenuto DDDD), debbono essere compensate.

In ordine alla liquidazione, si rileva che, pur a seguito dell’abrogazione delle tariffe forensi operata dall’art. 9 del d.l. 1/2012, queste debbono essere assunte a parametro di liquidazione per il Giudice ex artt. 2225 e 2233 c.c. e 36 Cost.

Da ultimo, in tale chiave di lettura, deve tuttavia osservarsi che *“ai fini del rimborso delle spese di lite a carico della parte soccombente, il valore della controversia va fissato - in armonia con il principio generale di proporzionalità ed adeguatezza degli onorari di avvocato nell’opera professionale effettivamente prestata, quale desumibile dall’interpretazione sistematica dell’art. 6, commi 1 e 2, della Tariffa per le prestazioni giudiziali in materia civile, amministrativa e tributaria, contenuta nella delibera del Consiglio nazionale forense del 12 giugno 1993, approvata con d.m. 5 ottobre 1994 n. 585 del Ministro di grazia e giustizia, avente natura subprimaria regolamentare e quindi soggetta al sindacato di legittimità ex art. 360, comma 1, n.*

3, c.p.c. - sulla base del criterio del *disputatum* (ossia di quanto richiesto nell'atto introduttivo del giudizio ovvero nell'atto di impugnazione parziale della sentenza), tenendo però conto che, in caso di accoglimento solo in parte della domanda ovvero di parziale accoglimento dell'impugnazione, il giudice deve considerare il contenuto effettivo della sua decisione (criterio del *decisum*), salvo che la riduzione della somma o del bene attribuito non consegua ad un adempimento intervenuto, nel corso del processo, ad opera della parte debitrice, convenuta in giudizio, nel quale caso il giudice, richiestone dalla parte interessata, terrà conto non di meno del *disputatum*, ove riconosca la fondatezza dell'intera pretesa" (cfr. Cassazione civile sezioni unite, 11 settembre 2007, n. 19014).

In applicazione di tale principio, dunque, le spese legali andranno computate non già sulla base del valore della controversia indicato ai fini del contributo unificato (per € 500.000,00), ma sulla base di quanto effettivamente liquidato a titolo di condanna.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva tra le parti a norma dell'art. 282 c.p.c.

P.Q.M.

Il Tribunale di Marsala, Sezione distaccata di Mazara del Vallo, definitivamente pronunciando sulla causa civile iscritta al R.G. n. 105/07 e vertente tra le parti indicate in epigrafe, ogni altre domanda ed istanza rigettata, così provvede:

- condanna DDDD e la A.S.P. CCCC, in persona del suo legale rapp.te *pro tempore*, a pagare in favore di AAAA a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito per i fatti di causa, € 96.957,22 e in favore di BBBB, per lo stesso titolo, € 22.264,44;
- condanna DDDD e la A.S.P. di CCCC, in persona del suo legale rapp.te *pro tempore*, a rifondere gli attori delle spese di lite, liquidate cumulativamente nei confronti di entrambi in € 5.500,00, di cui € 975,00 per spese, € 2.500,00 per diritti ed € 2.025,00 per onorari, oltre i.v.a. e c.p.a., e delle spese di c.t.u., già liquidate in € 1.085,54 oltre accessori di legge;
- condanna la FFFF, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, a manlevare i convenuti dalle superiori condanne per la parte eccedente la franchigia aggregata annua di polizza;
- compensa le spese di lite tra la FFFF ed i convenuti.

Sentenza provvisoriamente esecutiva per Legge.

Così deciso in Marsala il 22 febbraio 2012.

Il Giudice Unico
dott. Giuseppe Boccarato