



Criteri di personalizzazione del danno non patrimoniale

Danno morale e danno psichico

Le c.d. micropermanenti
e macropermanenti

Handicap e danni
da malformazione del feto
e da nascita indesiderata

Danni agli occhi, all'apparato
uditivo, agli arti

Ruolo delle allegazioni
e delle presunzioni

Danno da lesione del rapporto
parentale

di Massimiliano Fabiani

Sommario

1. La liquidazione del danno non patrimoniale: San Martino, Pavese e (forse) Baudelaire	pag. 5	1.9. L'handicap e i danni conseguenti a malformazioni del feto e a nascita indesiderata	pag. 62
1.1. Il danno all'integrità psicofisica	pag. 11	1.10. I danni agli arti	pag. 74
1.2. Il danno morale	pag. 17	1.11. I danni subiti dagli esposti all'amianto	pag. 78
1.3. Il danno da lesione del rapporto parentale	pag. 22	2. La consulenza medico legale	pag. 84
1.4. Le c.d. micropermanenti	pag. 37	3. Il ruolo delle presunzioni	pag. 88
1.5. Le macropermanenti	pag. 41	4. L'importanza delle allegazioni	pag. 96
1.6. Il danno psichico	pag. 49	5. Considerazioni finali	pag. 100
1.7. I danni agli occhi	pag. 58		
1.8. I danni all'apparato uditivo	pag. 61		

L'AUTORE

Fabiani Massimiliano Avvocato in Bologna, Studio Mazzucato Matassa & Tonioni. Si occupa di contenzioso giudiziale nell'ambito della responsabilità civile, diritto di famiglia e processo di esecuzione. Collabora con la Fondazione Forense Bolognese.

L'art. 78, trentesimo comma del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, allorché il legislatore ha voluto escludere dal diritto alla rendita ogni condizione che non interessi la funzione dell'organo. Si consideri che il tasso soglia medio per le frequenze di voce è stato fissato in 25 db. Come segnalato da Rossi in un articolo su www.otorinolaringoiatria.org «dal 10 gennaio 1980 i compiti dell'Ispettorato del Lavoro, in materia di prevenzione e di controllo sullo stato di salute dei lavoratori, sono stati trasferiti a funzionari delle AUSL, cui sono state attribuite funzioni di ufficiale di polizia giudiziaria. Ne deriva pertanto che la trasmissione del referto al Servizio di Igiene e Sicurezza del Lavoro dell'AUSL costituisce adempimento sia degli obblighi previsti dall'art. 365 del Codice Penale (referto n.d.r.) sia in quelli contemplati dal D.M. 18 aprile 1973 (denuncia all'ispettorato del Lavoro n.d.r.). Sulla base delle segnalazioni del medico che ha accertato l'esistenza di una ipoacusia professionale, il datore di lavoro entro 5 giorni deve denunciare il caso all'Istituto Nazionale Assicurazioni Infortuni sul Lavoro (INAIL), cui spetta l'accertamento definitivo della malattia e la corresponsione di una rendita quando l'invalidità lavorativa generica sia superiore al 10%. La segnalazione all'INAIL, avendo esclusivamente finalità assicurative, dovrebbe essere limitata ai casi verificatisi nell'esercizio ed a causa delle lavorazioni indicate al punto 44 dell'allegato 4 al D.P.R. 9 giugno 1975, n. 482 (tab. XXXVII). Questa segnalazione dovrebbe essere eseguita, in ossequio alla risalente sentenza della Corte di Cass., Sez. II, 26 ottobre 1972, n. 3288, recepita dall'INAIL con lettera circolare n. 111 dell'11 dicembre 1973, anche nei confronti dei lavoratori "che abbiano contratto l'otopatia anche se addetti a lavorazioni accessorie o complementari delle lavorazioni tabellate, purché svolte nello stesso ambiente in cui vengono effettuate le lavorazioni principali e in presenza quindi dello specifico rischio professionale di cui trattasi" (così detto "rischio ambientale")». La Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, con riferimento ad intervento routinario di settorinoplastica effettuato in struttura sanitaria pubblica, ha cassato la sentenza della Corte d'appello, che, pur dando atto esserne conseguito un esito di "inalterazione" – e quindi di sostanziale "insuccesso" – non aveva poi provveduto a risarcire il danno patito dal lavoratore sotto il profilo del pieno recupero psicofisico, contravvenendo così al precetto costituzionale di piena tutela del diritto alla salute.

La recente sentenza emessa da Cass. civ., Sez. lav., 30 marzo 2011, n. 7272 è inerente un caso in cui un lavoratore, dipendente di una società, aveva promosso

nell'anno 2000 ricorso innanzi al Giudice di prime cure al fine di richiedere e ottenere il risarcimento da parte del datore di lavoro per il danno all'udito conseguente alla rumorosità dell'ambiente di lavoro. Il Tribunale aveva rigettato la domanda per eccepta intervenuta prescrizione (secondo la difesa del datore di lavoro, il dipendente aveva avuto conoscenza della sua malattia e della sua origine professionale nel 1977 onde doveva ritenere decorsa la prescrizione decennale del diritto al risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo, imposto al datore di lavoro dall'art. 2087 c.c., di tutelare la salute del dipendente. Anche la Corte di Appello aveva confermato la decisione di primo grado). Il ricorso in Cassazione proposto dal dipendente è stato invece accolto e la Suprema Corte (Sezione Lavoro n. 7272 del 30 marzo 2011, Presidente dott. Roselli, Relatore dott. Di Cerbo) ha accolto il ricorso e ha cassato la sentenza impugnata con rinvio ad altro giudice, il quale dovrà applicare il seguente principio di diritto: "In tema domanda di risarcimento del danno subito dal lavoratore per effetto della mancata tutela da parte del datore delle condizioni di lavoro, domanda quindi basata sulla responsabilità del datore di lavoro derivante dall'inadempimento degli obblighi allo stesso imposti dall'art. 2087 c.c., la prescrizione decennale, applicabile a tale fattispecie, decorre dal momento in cui il danno si è manifestato, divenendo, oggettivamente percepibile e riconoscibile e non dal momento di un successivo aggravamento che non sia dovuto ad una causa autonoma, dotata di propria efficienza casuale. Ove peraltro il suddetto inadempimento da parte del datore di lavoro si sia protratto oltre il momento come sopra individuato, il termine prescrizione inizia a decorrere al momento della definitiva cessazione della condotta inadempiente".

1.9. L'handicap e i danni conseguenti a malformazioni del feto e a nascita indesiderata

Nella classificazione dell'OMS ICIDH (*International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps*, classificazione internazionale delle menomazioni, disabilità e handicap) del 1980 si definiva con il termine "handicap" lo svantaggio sociale della persona con disabilità. Quest'ultimo termine si riferiva invece alla menomazione alla base dell'handicap. Questo documento è ora superato dall'*International Classification of Functioning Disability and Health (ICF)*, classificazione internazionale del funzionamento, disabilità e salute) del 2001, dove il termine disabilità comprende le difficoltà sia a livello personale che sociale,

mentre il termine handicap viene sostituito dal concetto di restrizione della partecipazione sociale.

In genere **la disabilità che causa l'handicap è rappresentata da difficoltà sensoriali o legate alla mobilità o alle relazioni con il prossimo.**

ESEMPIO

In merito all'handicap fisico si può pensare alla sordità (si veda il paragrafo 1.8) e alla cecità (si veda il paragrafo 1.7), ma si può far riferimento anche alla paraplegia, alla distrofia muscolare, alla paralisi cerebrale infantile (detta anche paresi spastica). In campo psichiatrico possono essere persone affette da schizofrenia, ritardo mentale, autismo, sindrome di Down.

Il termine "handicappato" nel linguaggio corrente viene usato come sinonimo di disabile, che prevale ad esempio nel linguaggio burocratico, ma è forse ritenuto troppo crudo (per via del prefisso *dis-*) per essere usato altrove; recentemente persino il termine "handicappato" è stato oggetto di contestazione e se ne è proposta la sostituzione con "diversamente abile" o "diversabile". Storia dell'inserimento sociale in Italia. Il problema dell'inserimento sociale dei portatori di handicap si è posto nel nostro Paese a partire dagli anni '60. In particolare la problematica maggiore non era quella fisica (ciò che sarà esplicitato poi nella Legge sull'abolizione delle barriere architettoniche), quanto il problema dell'handicap psichico, che ha avuto come precursore Franco Basaglia, che si è battuto per la chiusura e abolizione dei manicomi. La legislazione in materia a tutela delle persone portatrici di handicap è molto variegata. Tra le più importanti, segnaliamo: la Legge 13 maggio 1978 n. 180 in tema di "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori", nota anche come "Legge Basaglia"; la Legge 9 gennaio 1989, n. 13 inerente le "Disposizioni per favorire il superamento e l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici privati"; la Legge 5 febbraio 1992, n. 104 "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate", punto di riferimento per l'integrazione scolastica; la Legge 12 marzo 1999, n. 68, su le "Norme per il diritto al lavoro dei disabili" che ha riformato il collocamento obbligatorio e, da ultimo il Decreto presidente della Repubblica 24 luglio 1996, n. 503 recante "Regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici". Anche se non dettata in materia, ma inerente la problematica dell'handicap/malforma-

zione sotto altro profilo (libertà di scelta e di autodecisione da parte della gestante) è la Legge 22 maggio 1978, n. 194 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, 22 maggio, n. 140), disciplinante le "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", che all'art. 4 testualmente dispone: "Per l'interruzione volontaria 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 o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'art. 2, lettera a), della Legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia. L'inciso che interessa ai fini del presente paragrafo e del riconoscimento al ristoro del danno non patrimoniale sia dei genitori sia del concepito è "previsioni di anomalie o malformazioni del concepito".

Analizziamo la giurisprudenza sotto il profilo della responsabilità del medico e/o della struttura ospedaliera e sotto quello del riconoscimento e della liquidazione del danno non patrimoniale. Il Tribunale Bari, Sez. II, 13 ottobre 2009 n. 3032, dopo aver accertato la colpevole inadempienza del medico e dell'azienda ospedaliera in relazione al dovere di compiuta informazione della paziente titolare del diritto di interrompere la gravidanza nei primi novanta giorni, ha escluso la risarcibilità del danno non patrimoniale e patrimoniale, non avendo la stessa fornito prova dell'insorgenza di un effettivo pregiudizio alla sua salute fisiopsichica, conseguente al fallito intervento ovvero alla nascita indesiderata.

Sempre la giurisprudenza di merito pugliese, con sentenza quasi contemporanea del 1 settembre 2009, emessa questa volta dal Tribunale di Brindisi, ha ritenuto che, poiché il diritto all'interruzione della gravidanza è riconosciuto solo in ragione della tutela della salute della donna, in caso di accertata responsabilità del sanitario per la mancata interruzione della gravidanza, il risarcimento del danno potrà essere riconosciuto alla donna non per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligazione che il sanitario era tenuto ad adempiere ma se sia anche provata la sussistenza della messa in pericolo o di un danno effettivo alla salute fisica o psichica della madre.

Il Tribunale di Lecco, Sez. II, con sentenza del 9 novembre 2009, ha ritenuto che spetta il risarcimento

integrale dei danni, e dunque anche di quello non patrimoniale, alla madre che non ha potuto sottoporsi all'aborto terapeutico a causa dell'inadempimento dei medici: non avendo i sanitari rilevato le gravi malformazioni del feto, hanno contravvenuto al dovere di informare la paziente. Compete alla donna (danneggiata n.d.r.), tuttavia, dimostrare la sussistenza del diritto a interrompere la gravidanza ex art. 6 lett. b) l. n. 194 del 1978.

Da ultimo, la Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741. Le problematiche e i profili in tema di responsabilità del medico, del diritto di autodeterminazione, della prova in carico alla gestante e dei diritti del nascituro sono trattati in modo così esaustivo che meritano di essere portati all'esame degli operatori del diritto. Il caso attiene ad una coppia che, dopo che non era riuscita ad avere figli in quanto la moglie aveva problemi di "annidamento", si era rivolta ad un centro specializzato. Alla donna veniva prescritto un medicinale denominato "Clomid" e, dopo alcuni mesi, era rimasta in stato interessante. A seguito di ciò, il medico sospendeva la cura a base di Clomid e prescriveva altra terapia a base di Progesteronum. Durante la terapia, la gestante veniva sottoposta ad indagini ed accertamenti, senza però il rilascio di relativa certificazione medica. La paziente partoriva presso detto Centro un bambino, il quale presentava gravissime malformazioni (consistenti in ectrodattilia del tipo *monodactylus* agli arti superiori, *lobster* olge agli arti inferiori, ipospadia ed atresia anale). Gli accertamenti avevano escluso che dette malformazioni fossero di origine ereditaria e che, pertanto, le stesse erano dipese dalla somministrazione dei suddetti medicinali e non erano state rilevate nel periodo di gravidanza e di sviluppo del feto, con grave responsabilità dei medici curanti. I genitori, in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale del minore, convenivano in giudizio il Centro specializzato nonché i dottori per sentirli dichiarare responsabili dei fatti in questione, con condanna al risarcimento di tutti i danni patiti. Si costituiva il Centro specializzato, deducendo di non avere alcuna responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei confronti della signora (che si era affidata alle cure degli altri convenuti e non aveva partorito nel Centro). La difesa dei convenuti sosteneva inoltre che, presso detto Centro, la signora era stata solo in alcune occasioni visitata da uno dei medici convenuti, al quale era permesso di ricevere i pazienti nella sola giornata di sabato, usando però ricettali suoi personali.

Si costituivano altresì gli altri medici che svolsero le rispettive difese sui seguenti punti:

- il di loro ruolo era stato solo quello di meri esecutori delle direttive del Centro e del tutto privi di autonomia terapeutica;
- la gestante non aveva avuto problemi di annidamento bensì di ovulazione (con conseguente prescrizione del Clomid, sospeso dopo l'inizio della gravidanza);
- sia il Clomid che il Progesteronum non avevano natura teratogena e, comunque, le denunciate malformazioni non potevano essere accertate, mediante ecografia, prima del quinto mese di gravidanza.

Il Tribunale aveva disposto due consulenze medico legali, aveva assunto prove testimoniali e, in giudizio, erano state prodotte dagli attori copiose documentazioni comprovanti gli assunti sostenuti. Il Tribunale dichiarava la esclusiva responsabilità del Centro, condannandolo al pagamento, in favore dei genitori, nell'interesse del minore della somma di € 1.111.621,82 (all'epoca dei fatti £. 2.152.400.000), nonché in favore della madre in proprio della somma di € 40.302,74 (£. 78.037.000) e del padre in proprio della somma di € 21.437,09 (£. 41.508.000), oltre interessi e spese di lite. Riteneva invece non provata la responsabilità dei due medici e, pertanto rigettava la domanda attorea. Proponeva appello il Centro, il quale contestava che vi fosse prova della prescrizione alla paziente di due cicli di Clomid, come ritenuto dal Tribunale, e deduceva che l'unica prescrizione di tale farmaco risultava in data antecedente a quella erroneamente ritenuta dal Giudice di prime cure (per cui la relativa assunzione era avvenuta in epoca lontana dalla gravidanza) e che non era necessario in proposito richiedere alcun "consenso informato". La difesa dell'appellante precisava altresì che il Clomid era privo di effetti teratogeni e che essendo stato prescritto in epoca in cui non vi era gravidanza non era possibile prevedere eventuali malformazioni del feto, teoricamente rilevabili in epoca in cui non si poteva più procedere all'aborto terapeutico. Censurava, infine, la mancata declaratoria di responsabilità dei dottori convenuti in primo grado. Si costituivano i due medici, che contestavano la natura teratogena del Clomid ed affermavano nuovamente che le malformazioni non potevano essere rilevate in tempo utile per praticare un aborto terapeutico. La Corte d'Appello, con sentenza n. 995/20004, così statuiva: "in parziale accoglimento dell'appello principale, nonché dell'appello incidentale dei coniugi, dichiara anche uno dei dottori responsabile dei danni subiti dai predetti coniugi e dal loro figlio e lo condanna, in solido

con il Centro, al pagamento, in favore dei coniugi in proprio e nella qualità, delle somme già liquidate dal Tribunale a titolo di danni, con detrazione degli importi già ricevuti dai danneggiati, nonché alle rifusione delle spese di lite di primo grado già liquidate in favore degli attori". Avverso detta pronuncia hanno proposto ricorso sia il Centro, in persona del dottore legale rappresentante sia il medico condannato in secondo grado. Si sottolinea che, oltre i genitori che hanno resistito con controricorso, si è costituito autonomamente il figlio divenuto nel frattempo maggiorenne. Analizziamo, *more solito*, solamente i motivi che interessano perché attinenti al tema della sussunzione di responsabilità e al profilo quantitativo, procedendo a enucleare i due ricorsi separatamente:

1) quanto al ricorso proposto dal Centro:

- con il primo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2043, 1223 e 2056 del Codice civile, nonché dei principi in materia di rapporto di causalità; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione. Si censurano due profili argomentativi della Corte territoriale, in ordine al disposto risarcimento dei danni: A) la violazione dell'obbligo informativo nei confronti della madre da parte dei medici curanti, "che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto"; B) l'assunzione da parte della madre di clomifene (contenuto nel Clomid), causa delle malformazioni del figlio. Si afferma che "la conclusione è infondata. La Corte napoletana non imputa ai medici di aver prescritto un farmaco erraneo, cioè incapace di curare la sterilità, ma di aver violato il dovere informativo circa i rischi di esso. L'obbligazione di curare è stata esattamente e diligentemente adempiuta. I medici non hanno prescritto un farmaco erraneo, e dunque, sotto questo riguardo, non sono responsabili né verso i genitori né verso il minore".
- Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 115, e 191 e seguenti del Codice di rito e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia. Si afferma che, in ordine alla ritenuta somministrazione del Clomid in due cicli (uno anteriore alla gravidanza, l'altro "più prossimo"), gli attori non hanno fornito alcuna prova (al di fuori della sola dichiarazione resa dalla gestante al consulente tecnico d'ufficio).
- Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 32 della Costituzione, art. 5 del Codice civile, nonché dei principi della

Legge n. 197/1978 (c.d. "Legge sull'aborto.") e omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia. Si deduce che "la sentenza impugnata omette di motivare intorno al titolo di risarcimento accordato al minore. Posto che esso non è riconducibile all'inadempimento del dovere informativo, è altresì da escludere che discenda da violazione del diritto a non nascere".

2) Quanto al ricorso incidentale promosso dal medico:

- tralasciamo il primo motivo;
- con il secondo il medico ricorrente ha dedotto la violazione dell'artt. 1228, 1299, 2055 e 2232 del Codice civile, in quanto "del tutto illegittimamente la Corte d'Appello di Napoli ha condannato il medico al risarcimento dei danni nei confronti degli attori senza considerare che, essendosi formato il giudicato sulla circostanza che il contratto d'opera professionale era sorto direttamente tra la madre ed il dottore legale rappresentante del Centro nonché in ordine alla sussistenza di un rapporto di collaborazione retribuita tra quest'ultimo e il medico ricorrente, la fattispecie rientrava nella previsione dell'art. 2232 del Codice civile, con la conseguente non configurabilità di una responsabilità diretta dei collaboratori nei confronti dei clienti del professionista, dovendo essi rispondere soltanto in sede di eventuale rivalsa esercitata dal professionista titolare, ove ne sussistano le condizioni di legge".
- Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 e 2056 del Codice civile per la determinazione dei danni. Quanto all'omessa motivazione, si afferma che "la Corte d'Appello è incorsa in un'ulteriore grave violazione nel punto in cui, condannando il medico al risarcimento dei danni liquidati dal Tribunale, ne ha condiviso

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 2055 C.C.

RESPONSABILITÀ SOLIDALE.

1. Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.

2. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate.

3. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali.

l'errore, consistente nell'inammissibile superamento, per di più senza la benché minima motivazione, delle indicazioni quantitative fornite dagli attori in ordine al danno biologico ed al danno morale".

- Con il quarto motivo si deducono sempre la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1228, 2043, 2232 e 2236 del c.c. nonché degli artt. 113, 115, 116 e 132 del Codice di rito, nonché dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione al Codice di procedura civile, concernenti norme di legge su procedimento e sulla valutazione delle prove per superamento delle risultanze processuali e omessa motivazione in quanto si afferma che "manca agli atti il benché minimo elemento per ritenere che il medico non avesse provveduto ad informare la paziente in ordine ai rischi potenziali dell'utilizzazione del farmaco e, stante la natura extracontrattuale dell'asserita responsabilità verso gli attori di tale medico collaboratore del dottore legale rappresentante del Centro l'onere della prova incombeva ai coniugi".

- Con il quinto motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1225, 2043, 2056 e 2697 del Codice civile. Violazione degli artt. 112, 115, 116 e 132 del Codice di procedura civile nonché 118 delle disposizioni di attuazione al Codice di procedura civile, concernenti norme di legge sul procedimento e sulla valutazione delle prove, Omessa motivazione perché si afferma che "in ogni caso, la sentenza impugnata è palesemente illegittima là dove la Corte d'Appello, pur individuando la fonte della responsabilità dei medici unicamente nell'asserita omissione dell'informativa alla paziente sui rischi dell'utilizzazione del farmaco, ha poi disposto la condanna al risarcimento anche in favore del minore per le malformazioni con cui è nato, quasi che le stesse potessero ritenersi cagionate dall'omessa informativa".

La Corte, dopo aver disposto la riunione dei procedimenti ex art. 335 del Codice di procedura civile, ha ritenuto che, in relazione al ricorso principale il primo motivo presenta profili, da un lato, di inammissibilità e, dall'altro, di infondatezza.

Sub 1) inammissibilità: detta doglianza non individua la *ratio decidendi* dell'impugnata decisione sul punto perché, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, il Giudice di secondo grado non si limita a ritenere violato il dovere informativo in ordine ai rischi connessi all'assunzione, da parte della madre, di clomifene ma imputa ai medici anche la prescrizione, ai fini dell'ovulazione, di detto farmaco con proprietà

teratogene, sulla base di quanto specificamente asserito in una delle espletate consulenze tecniche di ufficio e dei dati statistici in essa indicati. Ciò risulta in modo evidente dalla motivazione della pronuncia in esame in cui, dopo aver premesso non rispondere al

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 112 C.P.C.

CORRISPONDENZA TRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO.

Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte solo dalle parti.

ART. 113 C.P.C.

PRONUNCIA SECONDO DIRITTO.

1. Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.

2. Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile.

ART. 115 C.P.C.

DISPONIBILITÀ DELLE PROVE.

1. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.

2. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.

ART. 116 C.P.C.

VALUTAZIONE DELLE PROVE.

1. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti.

2. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinato e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.

vero "che l'unica prescrizione del Clomid alla paziente sia stata fatta in epoca lontana dall'ovulazione", si afferma che il consulente "ha descritto una casistica di malformazioni su nati da donne, che avevano assunto il clomifene; in particolare il CTU ha riportato che, su 2269 gravidanze associate con somministrazione di tale farmaco, si sono avuti 58 prodotti del concepimento malformati ed ha descritto le malformazioni riscontrate, fra le quali ci sono anche quelle di cui è affetto il minore, l'ipospadia, la sindattilia e le lesioni congenite intestinali. Ha aggiunto che, in otto madri del gruppo di 58, il farmaco fu assunto durante le prime 6 settimane di gravidanza. Ha evidenziato, inoltre, che nei primi 42 mesi di commerciabilità della sostanza si era avuta notizia di 7 infanti malformati su 7 gravidanze. Tali dati statistici sono incontrovertibili e, come ha assunto il primo ausiliario, la considerazione della scarsa frequenza della teratogenicità non giustifica certo la nescienza sulla pericolosità del farmaco, già evidenziata dalla letteratura all'epoca dell'assunzione da parte della madre, né l'aver trascurato, da parte dei medici, le precauzioni necessarie per la somministrazione. Si noti a tale ultimo proposito che anche il secondo ausiliario, che pure ha assunto una posizione più cauta sulla capacità teratogena del Clomid, non l'ha negata reciprocamente ...". Ed è proprio sulla ritenuta, in premessa, potenzialità dannosa del farmaco in questione, che la Corte di merito configura la sussistenza di colpevolezza in ordine al mancato esercizio di una corretta informazione, sostenendo che "da tutto quanto osservato discende innanzitutto la considerazione che i medici curanti, che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto per la presenza di studi scientifici in proposito anche all'epoca della prescrizione, sono colpevoli in quanto non hanno reso edotta la donna di tali rischi, anche se non frequenti; la conoscenza di essi avrebbe consentito ai coniugi di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno a tale farmaco per indurre l'ovulazione, ben consapevoli delle possibilità, a cui andavano incontro, di insorgenza di malformazioni nel feto".

Sub 2) infondatezza: il primo motivo è infondato là dove prospetta che la mancata corretta informazione in questione ha inciso esclusivamente sul "potere di scelta" spettante ai genitori sul "se assumere o non assumere il farmaco" per cui "la violazione del dovere informativo può dar luogo a risarcimento del danno soltanto in favore dei genitori, nel senso che "la condotta

emissiva dei medici determina la perdita del potere di scelta ma non presenta alcun rapporto di causalità con le menomazioni del bambino. Altro è non informare, non trasmettere dati conoscitivi, che consentirebbero una scelta consapevole; altro, determinare un danno fisico a soggetto diverso dalle parti negoziali". Tale tesi non può assolutamente essere condivisa: ritiene, infatti, la Corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro, e, in via consequenziale, il nesso di causalità tra il comportamento dei medici (di omessa informazione e di prescrizione dei farmaci dannosi) e le malformazioni dello stesso nascituro che, con la nascita, acquista l'ulteriore diritto patrimoniale al risarcimento. L'asserzione della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico comporta lo sviluppo di due ineludibili premesse argomentative:

- l'attuale modo di essere e di strutturarsi del nostro ordinamento, in particolare civilistico, quale basato su una pluralità di fonti, con conseguente attuazione di principi di decodificazione e depatrimonializzazione
- la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto.

È bene leggere con attenzione questi passaggi di storia del diritto e di diritto comparato tra diversi ordinamenti al fine di individuare norme transnazionali direttamente applicabili nel nostro ordinamento (si veda l'art. 10 della Carta Costituzionale), in modo da offrire piena tutela a tutte le forme di manifestazione della personalità dell'individuo. È indubbio **che il vigente codice civile**, contrariamente alle sue origini stanche sulla scia delle codificazioni europee ottocentesche che videro nel *Code napoleon* la più evidente manifestazione, non rappresenta oggi più l'unica fonte di riferimento per l'interprete in un ordinamento caratterizzato da più fonti, tra cui una posizione preminente spetta alla Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), oltre alla legislazione ordinaria (finalizzata anche all'adeguamento del testo codicistico ai principi costituzionali), alla normativa comunitaria, ed alla stessa giurisprudenza normativa; tale pluralità di fonti (civilistiche) ha determinato i due suddetti fenomeni, tra loro connessi, della decodificazione e della depatrimonializzazione.

DECODIFICAZIONE

Venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, a seguito del subentrare di altre fonti

DEPATRIMONIALIZZAZIONE

Attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) di una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32)

In tale assetto ordinamentale, il ruolo della giurisprudenza, in specie di legittimità nell'espletamento della funzione di "nomofilachia" (vale a dire di indirizzo ai fini di un'uniforme interpretazione delle norme) della Corte di Cassazione, assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti in linea con la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema ordinamentale che, pur essendo di *civil law* e, quindi, non basato su soli principi generati come avviene nei paesi di *common law* (Inghilterra, Stati Uniti ed altri), caratterizzati dal vincolo che una determinata pronuncia giurisprudenziale assume per le decisioni successive, si configura come semi-aperto perché fondata non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su c.d. clausole generati, e cioè su indicazioni di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà, funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi. In tal modo, con evidente applicazione del modello ermeneutico tipico della "*interessenjurisprudenz*" (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla "*begriffsjurisprudenz*" o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico) si evita sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcun spazio di autonomia per l'interprete), del mancato, immediato adeguamento all'evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il c.d. sistema aperto, che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.), la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata. La funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti, la sua *vis expansiva* sono, dunque, funzionalmente

collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal *Rule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice. Pertanto, proprio in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona, **si addiviene a ritenere il nascituro soggetto giuridico.**

Tale tesi trova conforto in numerose disposizioni di legge, oltre che in precedenti giurisprudenziali di questa Corte e della Corte Costituzionale:

- la Legge n. 40/2004, all'art. 1, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita statuisce la tutela dei diritti "di tutti i soggetti coinvolti compreso il concepito" (tra l'altro, la Corte costituzionale ha dichiarato con sentenza n. 45/2005 inammissibile la richiesta di sottoporre a referendum abrogativo detta intera legge perché "costituzionalmente necessaria" in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di Oviedo del 4-4-1997);
- la Legge n. 194/1978, art. 1 prevede testualmente che "lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio";
- l'art. 254 primo comma del Codice civile prevede che il riconoscimento del figlio naturale può effettuarsi non solo a favore di chi è già nato ma anche dopo il solo concepimento;
- la Legge n. 405 del 1975, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del "prodotto del concepimento";
- l'art. 32 della Costituzione (che oltre a prevedere come fondamentale il diritto alla salute e che ha costituito norma primaria di riferimento per l'interprete in relazione all'evoluzione dei diritti della persona), riferendosi all'individuo quale destinatario della relativa tutela, contempla implicitamente la

protezione del nascituro; "il diritto alla vita", quale spettante ad "ogni individuo", è esplicitamente previsto non solo dall'art. 3 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 novembre 1948) ma anche dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente Trattato di Lisbona (con il quale in data 13 dicembre 2007 i capi dei governi europei hanno deciso di dotare l'Unione europea di nuovo assetto istituzionale) ha riconosciuto l'efficacia, negli ordinamenti degli Stati-membri, propria dei Trattati dell'Unione europea;

- la Corte Costituzionale con la sentenza n. 35/1997 attribuisce al concepito il diritto alla vita, dando atto che il principio della tutela della vita umana è stato oggetto anche di un riconoscimento nella Dichiarazione sui diritti del fanciullo (approvata dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York e nel cui preambolo è previsto che "il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita"). Deve, quindi, oggi intendersi per soggettività giuridica una nozione senz'altro più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche (che si acquista con la nascita ex art. 1, primo comma del Codice civile), con conseguente non assoluta coincidenza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica (con riferimento agli enti riconosciuti, dotati conseguentemente di autonomia "perfetta" sul piano patrimoniale): sono soggetti giuridici, infatti, i titolari di interessi protetti, a vario titolo, anche sul piano personale, nonché gli enti non riconosciuti (che pur dotati di autonomia patrimoniale "imperfetta" sono idonei a essere titolari di diritti ed a esercitarli a mezzo dei propri organi rappresentativi; sul punto, Cass. civ., n. 8239/2000). In tale contesto, **il nascituro o concepito risulta comunque dotato di autonoma soggettività giuridica** (specifica, speciale, attenuata, provvisoria o parziale che dir si voglia) perché **titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale**, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita ex art. 1 secondo comma del Codice civile (sulla base dei due presupposti della fuoriuscita del feto dall'alveo materno ed il compimento di un atto

respiratorio, fatta eccezione per la rilevanza giuridica del concepito, anche sul piano patrimoniale, in relazione alla successione *mortis causa* ex art. 462 del Codice civile ed alla donazione ex art. 784 del Codice civile) è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio a fini risarcitori. Su tale punto non può non rilevarsi come la questione della soggettività del concepito sia stata già posta più volte all'attenzione del legislatore italiano con alcuni disegni e proposte di legge (tra cui in particolare il disegno di Legge n. 436 del 1996, di iniziativa di alcuni senatori e la proposta di L. n. 2965 del 1997 di iniziativa di alcuni deputati). Ne deriva che, se da un lato, per quanto esposto, appaiono condivisibili le asserzioni già in precedenza espresse dalla Corte di Cassazione e di cui alla sentenza n. 11503/1993 (poi pedissequamente fatte proprie dalla sentenza n. 14488/2004) secondo cui "lo stesso diritto alla salute che trova fondamento nell'art. 32 Costituzione, per il quale la tutela della salute è garantita come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che interesse della collettività, non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionate, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli per l'integrità del nascituro nel periodo che la precedono.

Numerose norme prevedono del resto forme di assistenza sanitaria alle gestanti non al solo fine di garantire la salute della donna ma altresì al fine di assicurare il miglior sviluppo e la salute stessa del nascituro", non altrettanto può dirsi, dall'altro lato, in ordine alle ulteriori affermazioni (sempre in dette sentenze) secondo cui "attraverso tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute". Ciò in quanto, a parte la considerazione che attualmente l'espressione "personalità giuridica" ha acquisito uno specifico significato tecnico (come sopra già detto) con riferimento alla sola categoria degli enti riconosciuti (perché è proprio il riconoscimento che attribuisce personalità, ma non soggettività, e con essa un particolare regime di responsabilità patrimoniale), non si può riconoscere all'individuo-concepito la titolarità di un interesse protetto senza attribuirgli soggettività. Con specifico riferimento al *thema decidendum* in esame il nascituro ha, dunque, il diritto a nascer sano, in virtù, in particolare, degli artt. 2 e 32 Costituzione (senza dimenticare l'art. 3 detta citata Dichiarazione di Diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicita-

mente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psicofisica). Su tale aspetto, la relativa lesione in questione a carico del figlio risulta correttamente affermata e motivata sulla base dell'inadempimento detto specifico obbligo a carico sia del Centro, nella qualità, che del dottore di non somministrare medicinali potenzialmente dannosi, anche dal punto di vista teratogeno nonché dell'obbligo di corretta informazione, ai fini del consenso, nei confronti della madre in ordine ai rischi della terapia adottata (obbligo, quest'ultimo, che "si riflette" anche nei confronti del figlio, quale terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al rapporto madre-medico).

La Corte territoriale, infatti, sulla base delle risultanze processuali e della discrezionale valutazione dei dati delle esplesate consulenze tecniche d'ufficio, non ulteriormente esaminabili nella presente sede di legittimità, dopo aver premesso che "il dottore legale rappresentante del Centro ha dichiarato nel suo atto di appello di non impugnare la sentenza, nella parte in cui ha riconosciuto che la gestante si rivolse al suo studio (e non al medico) per la cura della sua sterilità ed ha, conseguentemente, dichiarato resistenza di un rapporto contrattuale tra l'appellante e la donna, da cui è derivata la responsabilità del detto medico per le malformazioni del minore", ha statuito che "da tutto quanto osservato discende innanzitutto la considerazione che **i medici curanti, che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto per la presenza di studi scientifici in proposito anche all'epoca della prescrizione, sono colpevoli in quanto non hanno reso edotta la donna di tali rischi**, anche se non frequenti; la conoscenza di essi avrebbe consentito ai coniugi di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno a tale farmaco per indurre l'ovulazione, ben consapevoli delle possibilità, a cui andavano incontro, di insorgenza di malformazioni nel feto. In secondo luogo, considerato che non può escludersi la capacità teratogena del clomifene, la sua presenza in circolo all'epoca del concepimento, l'assenza di aberrazioni cromosomiche nei genitori del piccolo e di altre cause scatenanti, nonché il verificarsi proprio di alcune di quelle malformazioni evidenziate dalla letteratura scientifica e dalla stessa casa farmaceutica produttrice della sostanza, deve riconoscersi che le malformazioni da cui è affetto il minore fin dalla nascita vadano ascritte alla assunzione, da parte della madre, di clomifene". Detto argomentare evidenzia che il comportamento posto in essere dal Centro e dal medico ha riguardato, provocando i danni per cui è causa, il minore oggi maggiorenne, dopo il suo con-

cepimento (questione di fatto non ulteriormente valutabile da questa Corte) e risulta in linea con quanto già asserito dalla giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità medica nei confronti del nascituro in ordine alla somministrazione di farmaci anche potenzialmente dannosi per la salute, e indipendentemente da una corretta informazione ai fini del consenso.

Deve premettersi, in generale che, sia il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di ulteriori effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. civ., n. 14488/2004, n. 698 del 2006, n. 13953/2007 e n. 20320/2005). Ciò in quanto, con specifico riferimento al tema in esame, l'efficacia del contratto, che si determina in base alla regola generale *ex art. 1372* del Codice civile ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 del Codice civile, in virtù della lettura costituzionale dell'intera normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, per cui tale strumento negoziale non può essere considerato al di fuori della visione sociale (e non individuale) del nostro ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona. Se, in tale prospettiva, causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, quale fonte dei c.d. effetti essenziali che lo stesso produce, non può negarsi all'accordo negoziale che intercorre tra una paziente-gestante, una struttura sanitaria ed i medici l'idoneità a dar luogo a conseguenze giuridiche riguardo al soggetto nascituro e all'altro genitore, nella sua qualità di componente familiare; detto accordo, infatti, "si proietta" nei confronti del destinatario "finale" del negozio (il concepito che poi viene ad esistenza) come anche nei confronti di chi (genitore), insieme alla madre, ha i diritti ed i doveri nei confronti dei figli di cui all'art. 30 della Costituzione ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria. Come bene messo in evidenza nella decisione impugnata, nella vicenda in esame la mancata osservanza dell'obbligo dei salutari del consenso informato ha riguardato esclusivamente la somministrazione a fini terapeutici di medicinali poi rivelatisi dannosi per il concepito e non l'eventuale esercizio del diritto all'interruzione di gravidanza. In proposito il Giudice del merito ha affermato che "non appare rilevante la censura dell'appello principale riguardante l'omessa rilevazione e comunicazione alla gestante delle malformazioni del feto, onde consentirle di ricorrere al-

l'aborto terapeutico ... non potrebbe, a prescindere dalla sussistenza o meno di tali requisiti, comunque riconoscersi un risarcimento a tale titolo, poiché la donna non ha dimostrato che essa avrebbe effettivamente esercitato il diritto all'interruzione di gravidanza, se fosse stata esattamente informata dal medico sulle malformazioni del feto": è dunque evidente che detta mancanza di consenso (ai fini della terapia e non dell'interruzione di gravidanza), in relazione anche agli effetti nei confronti del nascituro, ha determinato l'obbligo a carico del responsabile al risarcimento del danno. Non sfugge, infatti, a questo Collegio che **la mancanza di consenso informato, nella diversa fattispecie da quella in esame con riguardo alla interruzione volontaria di gravidanza (e non in relazione alla sola effettuazione di una terapia), non può dar luogo a risarcimento anche nei confronti del nascituro poi nato con malformazioni, oltre che nei confronti della gestante-madre**; ciò perché, in base alla condivisibile giurisprudenza di questa Corte (sul punto, tra le altre, la già citata sentenza n. 14488 del 2004, la n. 6735/2002 e la n. 16123/2006) non è configurabile nel nostro ordinamento un diritto "a non nascere se non sano" perché, in base alla Legge n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli artt. 4 e 6 nonché all'art. 7, comma 3, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi in cui la sua prosecuzione o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, deve escludersi nel nostro ordinamento il ed. aborto eugenetico. Pertanto **il concepito, poi nato, non potrà avvalersi del risarcimento del danno perché la madre non è stata posta nella condizione di praticare l'aborto; tale circostanza non è in contrasto con la tutela riconosciuta al nascituro**, quale soggetto giuridico, ed ai suoi interessi e non prospetta profili di incostituzionalità per quanto affermato anche dalla Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 27/1975 (anche se antecedente alla legge sulla interruzione volontaria di gravidanza), secondo cui, pur sussistendo una tutela costituzionale del concepito, deducibile dall'art. 31 della Costituzione, comma due, e dall'art. 2 sempre della Carta Costituzionale, gli interessi dello stesso possono venire in collisione con altri beni anch'essi costituzionalmente tutelati (come, nel caso di specie, la salute della madre).

Del pari entrambi i Giudici del merito hanno ritenuto la responsabilità dei medici curanti in ordine alla somministrazione di un farmaco dannoso, e ciò sulla base di una valutazione in fatto non ulteriormente censurabile

nella presente sede di legittimità; ha affermato in proposito detta Corte: "né può il dottore legale rappresentante del Centro asserire che, poiché il parto fu preso dai soli dottori Tizio e Caio, ogni responsabilità sia da ascrivere esclusivamente ai detti medici. Invero, innanzitutto è dimostrato con i testi e la documentazione delta camere di commercio che il reparto della Clinica, ove partorì la donna, è riservato alle partorienti in cura presso il Centro e che il dottore legale rappresentante è azionista della detta Clinica; in secondo luogo, le malformazioni al minore non sono derivante da una cattiva conduzione del parto, bensì dalla somministrazione del clomifene, avvenuta durante il periodo in cui la gestante era in cura presso il Centro ed affidata al dottore. Deve, dunque, ritenersi la responsabilità concorrente di entrambi i dottori per i danni causati agli attori".

Altresì infondata è l'ulteriore censura, sempre espressa nel primo motivo, in ordine alla dedotta violazione "dei principi in materia di rapporto di causalità". Sul punto, deve ribadirsi quanto già statuito da questa Corte, secondo cui la valutazione del nesso di causalità (materiale), in sede civile, pur ispirandosi ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 del Codice penale (per cui un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non può verificarsi in assenza del secondo), fatte salve alcune peculiarità, presenta una rilevante differenza in relazione ai parametri probatori. Infatti, stante la diversità dei valori in gioco tra la responsabilità penale (in cui principale punto di riferimento per il legislatore è l'autore del reato, in relazione a fattispecie tipiche) e quella civile (in cui il legislatore è di regola equidistante dalle parti contendenti, con particolari situazioni di tutela del danneggiato, e vige, per l'illecito aquiliano, la regola generale del *neminem laedere*), nel primo caso occorre che sia fornita la prova "oltre ogni ragionevole dubbio" (in tal senso l'ormai consolidato indirizzo della giurisprudenza penale di questa Corte), mentre in materia civile vige il diverso principio del "più probabile che non", ovvero della prevalenza probabilistica, rispetto alla (quasi) certezza (sul punto, di recente Cass. civ., Sez. Un., n. 576/2008 nonché Cass. civ., n. 21619/2007). Deve aggiungersi, poi, che in tema è responsabilità contrattuale (o da "contatto sociale", spesso configurabile, sulla base della giurisprudenza di questa Corte, in caso di attività medico-chirurgica nell'ambito di strutture sanitarie), come nel caso in esame, rileva in particolar modo l'oggettiva "inesattezza" dell'adempimento da parte del debitore da compararsi al soggettivo criterio di valutazione del suo operato in base alla diligenza media o "rafforzata"

di cui, rispettivamente, all'art. 1176 primo e secondo comma del Codice civile.

In definitiva, diversi sono i criteri di indagine in ordine alla responsabilità penale ed alla responsabilità civile, perché, con riferimento a quest'ultima, l'illecito extracontrattuale è "sanzionato" con il risarcimento del danno ove il fatto sia oggettivamente probabile e soggettivamente prevedibile, mentre la responsabilità contrattuale, anch'essa fonte *in primis* dell'obbligo risarcitorio, sussiste se la prestazione eseguita non corrisponde a quanto pattuito (per qualità, quantità, vizi, ritardo ed altro) in stretta connessione con il grado di diligenza richiesto nel caso di specie.

Ciò premesso, nella vicenda in esame, risultando comunque l'accertamento della sussistenza del nesso di causalità come *quaestio facti*, è da rilevare che logica e sufficiente è la motivazione sul punto:

- sia il dottore direttore del Centro che il medico sono stati ritenuti responsabili contrattualmente perché, da un lato, non hanno informato compiutamente la madre in relazione alla pericolosità dei farmaci prescritti, con ciò venendo meno allo specifico dovere di comportamento sopra richiamato (sul rapporto di causalità in tema di obbligo informativo, Cass. civ., n. 14638) e;
- dall'altro, hanno "inesattamente" adempiuto la prestazione a loro carico, in modo non diligente ai sensi dell'art. 1176, comma due del Codice civile prescrivendo un farmaco dannoso per il nascituro (sul tema, Cass. civ., n. 11316/2003).

In entrambe dette ipotesi è evidente la sussistenza del nesso di causalità: il comportamento omissivo ha impedito alla gestante di acconsentire al trattamento (o di negarlo) in piena consapevolezza dei rischi connessi; la prescrizione del Clomid, sulla base di un'evidente e grave negligenza (per quanto accertato dalla Corte territoriale), ha determinato le lesioni e le malformazioni in oggetto. In relazione a tale ultimo punto in ordine alla diligenza professionale del medico-chirurgo, la sentenza in esame risulta in linea con quanto più volte affermato di recente dalla Corte di Cassazione (tra le altre, Cass. civ., n. 12273/2004), secondo cui, in linea con la decisione della Consulta n. 1667/1973, deve affermarsi che la limitazione stabilita dall'art. 2236 del Codice civile, della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, configurabile nel caso di mancata applicazione delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, è applicabile soltanto per la colpa da imperizia nei casi di prestazioni particolarmente difficili. Non possono invece mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, nel medico gli

obblighi di diligenza del professionista che è un debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma del Codice civile, e di prudenza, che pertanto, pur in casi di particolare difficoltà, risponde per colpa lieve. In parte infondato e in parte inammissibile è il secondo motivo (del ricorso principale) in ordine alla prova "offerta" dagli attori, con specifico riferimento alla "duplice" somministrazione del farmaco, nonché in ordine all'accoglimento "acritico" da parte della Corte del merito del contenuto della relazione tecnica. Infondata è la censura sul regime probatorio nella controversia in esame: in proposito deve ribadirsi quanto già statuito in modo consolidato da questa Corte di Cassazione (tra le altre Cass. civ., n. 9471/2004) che, dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché la struttura sanitaria) e paziente ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato su solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218 del Codice civile compete non già al paziente "allegarne" e provarne la sussistenza, ma al medico ed alla struttura sanitaria dimostrarne la mancanza; il paziente ha l'onere di "allegare" l'inesattezza dell'adempimento non la colpa né tanto meno la gravità della colpa. Per il resto detto secondo motivo è inammissibile là dove tende ad un non consentito riesame delle risultanze di causa (modalità di somministrazione del Clomid) o dei dati della consulenza di ufficio, discrezionalmente valutabili dal giudice di merito. Va detto che la Corte di Appello, al fine di ritenere sussistente la responsabilità del medico, ha compiuto un approfondito esame delle risultanze processuali e con ampia e logica motivazione ha dedotto che: il medico "seguì la donna nell'ambito della struttura del Centro per tutto il periodo della gravidanza e quello precedente, le prescrisse i farmaci e gli esami necessari e la operò al momento del parto, avvenuto con taglio cesareo ... egli non ha dimostrato la assunta imposizione del protocollo da seguire e dei farmaci da prescrivere da parte del dottore direttore del Centro; ... dagli atti di causa è emerso che egli collaborava con il Centro da alcuni anni come assistente del titolare, era inserito nella struttura e veniva retribuito regolarmente per l'opera professionale prestata in favore delle pazienti del Centro (cfr. deposizioni dei testi di parte attrice e dei medici convenuti, nonché ricevute di pagamento degli emolumenti prodotti dal medico.). Ma l'inserimento di un medico in una struttura pubblica o privata non lo esime certamente da responsabilità personale per l'opera professionale prestata ai pazienti, in considerazione del fatto che è proprio il medico che valuta il caso del paziente, decide il programma terapeutico da attuare e ne controllo l'evolversi nel

tempo". In conclusione, deve affermarsi, stante la soggettività giuridica del figlio sul piano personale (nei limiti indicati), quale concepito, il suo diritto a nascere sano ed il corrispondente obbligo di detti sanitari di risarcirlo (diritto al risarcimento che per il nascituro, avente carattere patrimoniale, è condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita ex art. 1, comma due del Codice civile, ed azionabile dagli esercenti la potestà genitoriale) per mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine alla terapia prescritta alla madre (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti pro-

tettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. Non avrebbe invece quest'ultimo avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato necessitasse ai fini dell'interruzione di gravidanza (e non della mera prescrizione di farmaci), stante la non configurabilità del diritto a non nascere (se non sano). Ancora, e sempre sulla base del nesso di causalità quale prospettabile nella vicenda in esame ai sensi dell'art. 1218 c.c. e dell'art. 1176, secondo comma del Codice civile, risulta dovuto, come stabilito nella sentenza impugnata, il risarcimento in questione nei confronti dei coniugi.

Giurisprudenza Rilevante

MALFORMAZIONI - OBBLIGHI DI INFORMAZIONE

Trib. Novara 25.10.2010, n.984, «Giur. merito» 2011, 5, 1276

Il sanitario curante che accerti l'esistenza, a carico della gestante, di una patologia tale da poter determinare l'insorgenza di gravi malformazioni a carico del nascituro, è tenuto ad informare la donna di tale situazione e della possibilità di svolgere indagini prenatali, benché rischiose per la sopravvivenza del

feto, onde consentire l'esercizio della facoltà di procedere all'interruzione della gravidanza; ove, peraltro, siano decorsi più di novanta giorni dall'inizio della gravidanza per ottenere il risarcimento del danno conseguente alla violazione di tale diritto, la donna è tenuta a dimostrare – con riguardo alla sua concreta situazione e secondo la regola causale del più "probabile che non" – che l'accertamento dell'esistenza di rilevanti anomalie o malformazioni del feto avrebbe generato uno stato patologico tale da mettere in pericolo la sua salute fisica o psichica.

