

2798 / 23

ORIGINALE



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE**

Art. 13

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

GIACOMO TRAVAGLINO

Presidente

CHIARA GRAZIOSI

Consigliere

ANTONELLA PELLECCIA

Consigliere - Rel.

PAOLO PORRECA

Consigliere

MARILENA GORGONI

Consigliere

RESPONSABILITA'
SANITARIA

Ud. 04/10/2022 PU

Cron. 2798

R.G.N. 833/2020

SENTENZA

sul ricorso 833/2020 proposto da:

Massetti Eugenio, Massetti Greta, Rodella Nicoletta, elettivamente domiciliati in Roma Via G.G. Belli N. 96 presso lo studio dell'avvocato Mereu Paolo che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Fassio Mario Walter, Saviozzi Alberto;

-ricorrente -

contro

Azienda Ospedaliera Di Desenzano Del Garda oggi Azienda Socio Sanitaria Territoriale Del Garda;

- intimata -

nonchè contro

Groupama Assicurazioni Spa in persona Amministratore Delegato e Legale Rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in

2022

1638

Roma Via XX settembre 118 presso lo studio dell'avvocato Plantade
Francoise Marie che la rappresenta e difende;

-controricorrente -

nonchè da

Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda già Azienda
Ospedaliera Di Desenzano Del Garda, in persona del Direttore
Generale, elettivamente domiciliata in Roma Via P.G. Da Palestrina,
47 presso lo studio dell'avvocato D'auria Jacopo che la rappresenta e
difende unitamente all'avvocato Luppi Alberto;

-controricorrente
incidentale -

contro

Groupama Assicurazioni S.p.a.;

- intimata -

nonchè contro

Massetti Eugenio, Massetti Greta, Rodella Nicoletta, elettivamente
domiciliati in Roma Via G.G. Belli 96 presso lo studio dell'avvocato
Mereu Paolo che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato
Fassio Mario Walter, Saviozzi Alberto;

-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1758/2018 della CORTE D'APPELLO di
BRESCIA, depositata il 19/11/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
04/10/2022 da PELLECCCHIA ANTONELLA;

udito l'Avvocato Fassio Paolo Emanuele per delega orale;

udito l'Avvocato D'Auria Jacopo;

udito l'Avvocato Plantade Françoise Marie;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale PEPE
ALESSANDRO che ha chiesto l'inammissibilità o rigetto del ricorso
principale, assorbito il ricorso incidentale condizionato;

Fatti di causa

1. Nel 2005, Eugenio Massetti e Nicoletta Rodella, in proprio e quali esercenti la responsabilità genitoriale sulla figlia minore Greta Massetti, convennero in giudizio, innanzi al Tribunale di Brescia, la Regione Lombardia e il Commissario Liquidatore della disciolta USSL 19 di Leno, di cui faceva parte il presidio ospedaliero di Orzinuovi (USSL 42), al fine di ottenere il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, determinati dall'omessa individuazione, durante la gravidanza della Rodella, della gravissima malformazione (spina bifida) da cui era affetto il feto, con conseguente impedimento alla scelta di procedere all'aborto terapeutico, possibile se si fosse data tempestiva comunicazione della malformazione.

Esposero gli attori che la figlia Greta era nata il 6 luglio 1995, affetta da mielomeningocele localizzato in regione lombosacrale e che nel corso della gravidanza, nello specifico tra la diciannovesima e la ventunesima settimana di gravidanza, la gestante si era sottoposta a controlli ginecologici ed esami ecografici presso la USSL 42, senza che i sanitari riscontrassero la grave malformazione.

Si costituirono in giudizio la Regione Lombardia, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, e l'Azienda Ospedaliera, la quale contestò il fondamento della domanda e chiese l'autorizzazione a chiamare in causa le proprie compagnie assicuratrici della r.c., Gan Italia S.p.a. e Phoenix -- Soleil S.p.a. (ora Groupama Assicurazioni S.p.a.), nonché dei sanitari avvicendatisi nel caso della signora Rodella, da cui chiese di essere manlevata nell'ipotesi di condanna.

Si costituì in giudizio la Compagnia assicuratrice, contestando la responsabilità dell'Azienda ospedaliera e il danno, nonché eccependo la limitata entità del proprio massimale. Si costituirono infine i medici chiamati in causa, per eccepire la carenza di giurisdizione del giudice

ordinario, a fronte della competenza esclusiva della Corte dei Conti ex art. 52 R.D. 1214/34 e dell'art. 103 Cost.

Con sentenza ex art. 281 sexies c.p.c. n. 369/2008, il Tribunale dichiarò l'estinzione del rapporto processuale tra gli attori e la Regione Lombardia, per intervenuta rinuncia agli atti del giudizio nei confronti della stessa Regione da parte degli attori, nonché la carenza di giurisdizione per il giudizio di regresso promosso dall'Azienda Ospedaliera nei confronti dei medici.

La causa fu istruita mediante ctu medico legale per l'accertamento della responsabilità dei sanitari, poi oggetto di un successivo approfondimento da parte di un altro perito. La prima ctu affermò che, in astratto, la patologia di cui era risultata affetta la minore poteva essere diagnosticata durante la gravidanza attraverso l'esame ecografico e che il periodo in cui erano state effettuate le indagini ecografiche, compreso tra la diciannovesima e la ventiduesima settimana, era l'epoca migliore per lo studio della colonna, raggiungendo l'esame, se condotto con la dovuta perizia, una sensibilità diagnostica del 90%.

La seconda ctu ritenne che, in mancanza delle registrazioni delle operazioni eseguite, non era possibile procedere ad una valutazione dell'operato dei sanitari nel caso concreto (che dipendeva non solo dal grado tecnologico del macchinario ma anche dall'estensione dell'indagine e dal tempo dedicato all'esame) e concluse che, sulla base dei dati statistici ricavabili in letteratura, la possibilità di rilevare la malformazione del feto erano percentualmente uguali alla possibilità di non rilevarla.

Il Tribunale adito, con la sentenza n. 1758/2018, dichiarato il difetto di legittimazione attiva di Greta Massetti, rigettò nel merito la domanda promossa in proprio dai genitori della minore, accertando la correttezza dell'operato professionale dei medici.

2. La Corte d'appello di Brescia con la sentenza n. 1758/2018, depositata il 19 novembre 2018, ha confermato il rigetto della domanda risarcitoria, pur sulla scorta di una diversa motivazione.

Diversamente dal Tribunale, la Corte territoriale ha ritenuto che, essendo possibile nel 50% dei casi la percezione tramite ecografia della malformazione da cui era affetta Greta, era onere della ASI, provare di aver fatto il possibile per adempiere alla prestazione. Nel caso di specie, i sanitari non avrebbero fornito una simile prova, mancando sia la registrazione delle specifiche attività seguite dai sanitari sia la prova della congruità delle immagini acquisite durante lo svolgimento delle ecografie. Né sarebbe stata rilevante la circostanza che il centro dove erano state eseguite le ecografie era di primo livello, essendo la struttura sanitaria ed il medico obbligati a informare la paziente della possibilità di ricorrere a centri di più elevata specializzazione. L'omessa indicazione dell'esigenza di un ulteriore esame in un centro di più elevata specializzazione avrebbe generato nella paziente la ragionevole convinzione della sufficienza delle indagini espletate.

Tuttavia la Corte ha evidenziato che era onere degli attori provare la sussistenza delle condizioni per l'esercizio dell'aborto terapeutico, ovvero, da un lato, che la conoscenza delle effettive condizioni del feto avrebbe determinato l'insorgenza di un pericolo di grave danno alla salute della donna (tale da giustificare l'interruzione di gravidanza) e, dall'altro lato, che la donna, ove informata, avrebbe effettivamente esercitato l'aborto.

I giudici dell'appello hanno ritenuto provato, supporre in via indiziaria, il primo requisito, avendo il CTU accertato ex post un danno biologico del 15% a carico della Rodella come conseguenza della nascita di Greta ed essendo molto più probabile che non che tale danno si sarebbe anticipato se la comunicazione della malformazione fosse stata tempestivamente data.

La Corte di Brescia ha invece ritenuto che non fosse stata data la prova del secondo requisito, non essendo possibile dedurre che, all'informazione sulla gravità della malattia sarebbe, come conseguenza automatica, seguita la decisione di abortire.

Al riguardo, i giudici di secondo grado hanno evidenziato che gli attori non avevano fornito alcun elemento indiziario tale da far ritenere che l'interruzione di gravidanza sarebbe stata la scelta concretamente fatta dalla Rodella se avesse tempestivamente saputo. Infatti le indagini eseguite dall'appellante non erano specificamente dirette a conoscere eventuali malformazioni del feto, ma indagini di routine. Né vi erano prove circa la manifestazione, da parte della Rodella, della volontà di abortire in caso di accertamento di gravi malformazioni del feto, non essendo state riproposte in appello le istanze di prova testimoniale dirette a provare tale circostanza. Neppure era stato dedotto un precario stato di salute psichico della signora durante la gravidanza.

In assenza di allegazioni di fatti o dichiarazioni da cui inferire la volontà abortiva della Rodella alla conoscenza della malformazione (questione che in appello non era neppure stata trattata) non sarebbe stata ammissibile una consulenza tecnica diretta ad accertare una simile volontà ipotetica, la quale, senza tali elementi, non avrebbe potuto in alcun modo indicare quale sarebbe stata la scelta.

Secondo la Corte la complessità delle reazioni umane di fronte ad eventi anche drammatici, oltre che il rifiuto di logiche eugenetiche, non consente di fare ricorso ad alcun automatismo, che finirebbe per porre a carico di singoli sanitari, anziché della collettività, l'assistenza di coloro che per una qualsiasi ragione non sono nati sani.

3. Avverso tale sentenza propongono ricorso per cassazione, sulla base di tre motivi, i signori Eugenio Massetti, Nicoletta Rodella e Greta Massetta.

3.1. Resistono con controricorso l'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda, la quale propone ricorso incidentale condizionato basato su tre motivi, e la Groupama Assicurazioni S.p.a.

3.2. Tutte le parti hanno depositato memoria.

Ragioni della decisione

4. Ricorso principale.

4.1. Con il primo motivo di ricorso, i ricorrenti principali lamentano, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la nullità della sentenza in relazione all'art. 115 c.p.c., al principio di non contestazione, definitivamente recepito nell'ordinamento per effetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 761 del 2002, nonché agli artt. 167 comma 1 e 116 c.p.c.

La Corte d'appello avrebbe illegittimamente affermato il mancato assolvimento dell'onere di provare il fatto psichico consistente nella volontà dell'attrice di abortire alla notizia della grave malformazione fetale.

Al riguardo, i giudici di secondo grado avrebbero omesso di considerare che la convenuta non aveva specificamente e tempestivamente contestato la sussistenza di tale volontà, la quale aveva formato oggetto di espressa allegazione nell'atto di citazione e su cui erano stati anche articolati due capitoli di prova orale.

Solo con la comparsa conclusionale, l'Azienda ospedaliera avrebbe per la prima volta eccepito che l'attrice doveva fornire la prova del fatto che essa, ove informata, avrebbe effettivamente optato per l'interruzione della gravidanza. Tale eccezione sarebbe fondata su allegazioni e argomenti addotti oltre i termini di preclusione e quindi inammissibile, con la conseguenza che sopravviverebbe la sostanziale non contestazione, da parte della Azienda sanitaria convenuta, della sussistenza della volontà dell'attrice di interrompere la gravidanza nel caso di notizie di malformazioni del nascituro.

Nell'atto di appello la questione non sarebbe stata trattata (e i pertinenti capitoli di prova non sarebbero stati riproposti) in quanto ritenuta implicitamente superata dalla sentenza del Tribunale. Infatti poiché tale questione aveva natura pregiudiziale - come riconosciuto anche dall'Azienda sanitaria convenuta che, sull'assenza di prova dell'effettiva volontà di abortire nella situazione data, aveva formulato eccezione di inammissibilità della domanda per mancanza dei presupposti - il Giudice di primo grado, essendosi pronunciato sulla condotta medica, doveva aver previamente ed implicitamente ritenuto sussistenti tutti i presupposti della domanda risarcitoria.

In ogni caso, in sede di risposta all'appello incidentale formulato sul punto dall'Azienda ospedaliera, gli odierni ricorrenti avevano richiamato le allegazioni formulate in primo grado, sottolineando che le stesse non erano state contestate da parte convenuta

La Corte d'appello avrebbe inoltre omesso di considerare che dalla prima ctu emergeva la ferma volontà del padre di ricorrere all'aborto terapeutico, e che quindi non sarebbe stato pensabile, in mancanza di specifici argomenti contrari, che la madre avrebbe comunque voluto proseguire la gravidanza nonostante il sentimento contrario del marito convivente.

Infine, la Corte di merito avrebbe pure tralasciato la relazione peritale di parte, richiamata anche nella prima ctu, dalla quale sarebbe emersa la certezza dell'opzione abortiva nel caso di conoscenza della malformazione del feto.

4.1.1. Il motivo è infondato,

Occorre premettere che, benché l'art. 115 c.p.c., comma 2, non trovi applicazione ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009 - come il presente giudizio, instaurato con atto di citazione notificato il 30 dicembre 2005 - il principio di non contestazione è applicabile anche ai giudizi antecedenti alla L. n. 69, avendo questa recepito

il previgente principio giurisprudenziale in forza del quale la non contestazione determina effetti vincolanti per il giudice, il quale deve ritenere sussistenti i fatti non contestati, astenendosi da qualsivoglia controllo probatorio in merito agli stessi (Cass. civ., Sez. III, 20/12/2021, n. 40756; Cass. civ. 27 febbraio 2020, n. 5429).

Trattandosi di giudizio instaurato prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione, resta peraltro ferma l'acquisizione della giurisprudenza nel senso che la mancata contestazione dei fatti costitutivi della domanda vincola il giudice a ritenerli sussistenti soltanto se si tratti di fatti primari (cioè costitutivi, modificativi, impeditivi od estintivi del diritto fatto valere in giudizio dall'attore o dal convenuto che agisca in riconvenzionale), mentre i fatti secondari - vale a dire quelli dedotti in mera funzione probatoria - possono essere contestati in ogni momento e dunque anche per la prima volta nel giudizio di appello, alla stessa stregua delle eccezioni in senso lato (cfr. Cass. Sez. Un. n. 761 del 2002 e, ex multis, Cass. civ. n. 2040 del 2019 e Cass. civ. n. 32403 del 2019).

La giurisprudenza ha poi precisato che l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte e dedotti nel processo, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass. civ., Sez. Lavoro, ord. n. 2174 del 1 febbraio 2021; Cass. civ., Sez. Lavoro, n. 87 del 4 gennaio 2019; Cass. civ., Sez. III, n. 3576 del 13 febbraio 2013; Cass. civ., Sez. III, n. 14652 del 18 luglio 2016).

Nel caso in esame risulta evidente che l'allegazione della ricorrente relativa al fatto che la Rondella, ove messa a conoscenza della malformazione del feto, avrebbe certamente optato per l'interruzione della gravidanza, non rientrava nella sfera di conoscibilità della struttura sanitaria e della compagnia assicuratrice di quest'ultima, con la conseguenza che non si

poteva imporre loro di assumere una specifica posizione sulla predetta allegazione.

Allo stesso modo, sia l'Azienda sanitaria convenuta, sia la compagnia assicuratrice non avrebbero potuto contestare specificamente le circostanze dedotte dai ricorrenti al fine di provare l'esistenza della volontà della Rodella di abortire, consistenti nelle confidenze fatte da quest'ultima ad amici e familiari.

Si tratta di fatti secondari, come tali non soggetti, secondo l'orientamento sopra riportato, all'obbligo di tempestiva contestazione.

Pertanto, non essendo applicabile il principio di non contestazione, non poteva ritenersi pacifica, e avrebbe dovuto formare oggetto di prova, la circostanza che la Rodella, laddove informata dell'esistenza di malformazioni del feto, avrebbe effettivamente esercitato l'opzione abortiva.

Correttamente quindi la sentenza impugnata ha rigettato la domanda risarcitoria del danno da nascita indesiderata, rilevando la mancanza di prova in ordine ad uno degli elementi costitutivi della fattispecie.

Né tale prova poteva desumersi, come sostengono i ricorrenti, dalle relazioni peritali richiamate (la prima ctu e la perizia di parte a cui la Rodella si era sottoposta prima dell'inizio del giudizio), che si limitano a descrivere lo stato psichico dei coniugi Massetti dopo la nascita della bambina, ma non chiariscono (e non potrebbe essere diversamente) quale sarebbe stata la loro scelta nel caso in cui fossero stati messi a conoscenza della malformazione del feto.

4.2. Con il secondo motivo del ricorso principale, si lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la nullità della sentenza in relazione agli artt. 343 e 346 c.p.c., 112 e 345 c.p.c., nonché 342, comma 1, nn.1 e 2 c.p.c.

L'appello incidentale proposto dall'Azienda sanitaria sarebbe stato viziato, difettando del requisito essenziale, previsto dall'art. 342 comma 1, n. 1 c.p.c., della indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado.

Pertanto, essendosi il giudice pronunciato implicitamente sulla sussistenza, nel caso di specie, di tutti i requisiti per l'esercizio dell'aborto terapeutico e mancando una valida impugnazione sul punto, risulterebbe definitivamente accertato il requisito della sicura volontà abortiva della Rodella nell'ipotesi di conoscenza di malformazioni del nascituro.

Né la Corte avrebbe potuto rilevare d'ufficio la mancanza di tale requisito, in mancanza di specifiche allegazioni e produzioni documentali tempestivamente introdotte in giudizio da parte della convenuta.

4.2.1. Il motivo sarebbe inammissibile per difetto di autosufficienza, in quanto i ricorrenti non indicano in quale sede, nel giudizio di secondo grado, avrebbero eccepito l'inammissibilità dell'appello ex art. 342, comma 1, n. 1 c.p.c.

Ma ove si potesse passare all'esame del motivo ^{eno} sarebbe comunque infondato. In primo luogo, diversamente da quel che sostengono i ricorrenti, sull'esistenza dei requisiti legittimanti l'aborto terapeutico non si era formato alcun giudicato. Infatti il Tribunale si era limitato a rigettare la domanda risarcitoria da nascita indesiderata sulla scorta dell'assenza del diverso e concorrente presupposto della colpa dei sanitari, senza che ciò implicasse alcuna pronuncia implicita sulla effettiva possibilità e volontà da parte della Rodella di interrompere la gravidanza a fronte della conoscenza di malformazioni del feto.

Inoltre, l'appello incidentale era privo dei vizi (tardivamente) dedotti, potendosi da esso evincere sia le censure mosse alla sentenza (l'omessa pronuncia sull'esistenza dei presupposti per l'esercizio dell'aborto

terapeutico) sia la decisione che si voleva ottenere dalla Corte d'appello (il rigetto della domanda risarcitoria del danno da nascita indesiderato).

In ogni caso, anche se l'appello incidentale fosse stato inammissibile, il giudice, nell'esercizio della sua *potestas decidendi*, avrebbe comunque dovuto rilevare, indipendentemente dall'iniziativa della controparte, la presenza o la mancanza degli elementi caratterizzanti l'efficacia costitutiva della pretesa risarcitoria, ciò attenendo all'obbligo di esatta applicazione della legge (Cass. 20/08/2003, n. 12265; Cass. 22/03/2007 n. 6945).

4.3. Con il terzo motivo del ricorso principale, si eccepisce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la nullità della sentenza in relazione all'art. 112 c.p.c., 2043 2049, 2059 c.c., per non aver provveduto in ordine alla domanda di risarcimento dei danni derivanti agli attori dalla violazione dell'obbligo di corretta e tempestiva informazione sulle risultanze dell'ecografia, nonché dalla lesione del diritto della Rodella all'autodeterminazione, con relativa ripercussione negativa sulla persona del marito.

Il danno da nascita desiderata avrebbe rappresentato solo una parte della domanda risarcitoria dei coniugi Massetti, avendo gli stessi prospettato anche il danno da mancata corretta informazione in ordine alle malformazioni del feto. Tale danno si sarebbe risolto, oltre che nella devastante sorpresa della grave condizione invalidante di Greta, anche in un danno di natura psichica di entrambi i genitori, con rilevanti aspetti negativi sulla vita anche relazionale degli stessi, che costituivano ulteriore e diversa conseguenza rispetto a quella dell'impedimento all'interruzione della gravidanza.

4.3.1. Il motivo è fondato.

Questa corte intende dar seguito all'orientamento ormai consolidato che ha riconosciuto l'autonoma rilevanza ai fini della eventuale responsabilità risarcitoria della mancata prestazione del consenso da parte del paziente,

e che ha espressamente ritenuto, che la violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente, può causare due diversi tipi di danno: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione in se stesso, il quale sussiste quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale diverso dalla lesione del diritto alla salute.

Ciò è a dirsi nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso che la nostra Costituzione sancisce il rispetto della persona umana in qualsiasi momento della sua vita e nell'integrità della sua essenza psicofisica, in considerazione del fascio di convinzioni morali, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ad una corretta e compiuta informazione consegua, difatti:

- a) Il diritto, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;
- b) la facoltà di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari;
- c) la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrono maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle conseguenze post operatorie;
- d) il diritto di rifiutare l'intervento o la terapia e/o di decidere consapevolmente di interromperla;

e) la facoltà di predisporre ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano post operatorio riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze, prevedibili (per il medico) quanto inaspettate (per il paziente) a causa dell'omessa informazione (Cass. 7248/2018).

Il danno da lesione dell'autodeterminazione è stato riconosciuto come danno risarcibile in via autonoma rispetto a quello biologico con riferimento a fattispecie di omessa tempestiva diagnosi di patologie ad esito comunque infausto.

In presenza, dunque, di colpevoli ritardi nella diagnosi di patologie ad esito infausto, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, ma include la perdita di un "ventaglio" di opzioni, con le quali affrontare la prospettiva della fine ormai prossima, ovvero "non solo l'eventuale scelta di procedere (in tempi più celere possibili) all'attivazione di una strategia terapeutica, o la determinazione per la possibile ricerca di alternative d'indole meramente palliativa, ma anche la stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico in attesa della fine".

Tali principi, *mutatis mutandis*, possono ritenersi in astratto applicabili anche quando l'omessa diagnosi non riguarda una patologia ad esito infausto, bensì, come nella specie, una malformazione del feto.

In questo caso, i danni risarcibili potrebbero consistere nella perdita della possibilità di optare per l'interruzione della gravidanza (sussistendone i presupposti legittimanti), ma anche nell'impossibilità di assumere una serie di altre scelte finalizzate a prepararsi ad affrontare l'evento temuto (la nascita del bambino affetto dalla malformazione), come ad esempio il ricorso per tempo ad una psicoterapia o la tempestiva organizzazione della vita in modo compatibile alle future esigenze di cura del figlio.

In tema di responsabilità del medico chirurgo, la diligenza nell'adempimento della prestazione professionale deve essere valutata assumendo a parametro non la condotta del buon padre di famiglia, ma quella del debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, comma 2 c.c., con la conseguenza che, in presenza di paziente con sintomi aspecifici, il sanitario è tenuto a prenderne in considerazione tutti i possibili significati ed a segnalare le alternative ipotesi diagnostiche (Cfr. Cass. 30999/2018).

Inoltre in tema di responsabilità medica, il sanitario che formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali che non ne hanno consentito, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo d'informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, in vista dell'esercizio del diritto della gestante di interrompere la gravidanza, ricorrendone i presupposti (Cass. 30727/2019).

Al riguardo la prova, pur se incombente sulla parte attrice, lamentandosi la mancata informazione da parte del medico, non può che essere di natura presuntiva quanto al grave pericolo per la salute psichica della donna che costituisce la condizione richiesta dalla legge per l'interruzione di gravidanza (Cass. 15386/2011).

Ad una corretta informazione consegue la facoltà di predisporre ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano post operatorio riabilitativo, particolarmente gravoso e foriere di sofferenze prevedibili quanto inaspettate per il paziente a causa dell'omessa informazione.

La Corte territoriale ha omissa di applicare i predetti principi nella sentenza impugnata nonostante i ricorrenti abbiano sollevato la questione relativa alla violazione del consenso informato e del diritto all'autodeterminazione (*cfr.* pag. 39 ricorso principale). Inoltre, lo

sconvolgimento emotivo al momento della nascita~~x~~ e' provato dal riconoscimento di un danno biologico del 15% (insorto *post partum*) della madre, che e' stata privata del diritto non di abortire, ma anche di prepararsi consapevolmente ad una nascita malformata con violazione del diritto di autodeterminazione.

Pertanto il giudice in sede di rinvio applicherà al caso di specie i predetti principi.

5. Ricorso incidentale condizionato.

5.1. Con il primo motivo del ricorso incidentale, l'Azienda socio-sanitaria lamenta, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., la violazione degli artt- 1218, 1167 e 2697 c.c., nonché, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la violazione dell'art. 132 c.p.c.

La Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere che, essendovi secondo i ctu, il 50% di possibilità di cogliere la malformazione tramite l'esame ecografico, allora la Azienda sanitaria avrebbe dovuto provare di aver fatto il possibile.

Il giudice di secondo grado avrebbe omesso di considerare che il Tribunale, sulla scorta delle risultanze delle ctu, aveva accertato la prova positiva del proprio adempimento e che pertanto l'Azienda sanitaria non aveva alcun onere di dimostrare la non imputabilità dell'evento.

Inoltre sarebbe apoditticamente e illogicamente motivata la sentenza nella parte in cui afferma che la struttura ospedaliera richiesta di un esame ecografico sul feto sarebbe sempre e comunque tenuta a indirizzare la gestante verso centri specializzati. In realtà, la giurisprudenza riconosce un tale obbligo da parte della struttura sanitaria solo nel caso in cui essa assuma una prestazione diagnostica pur non disponendo di attrezzature all'uopo adeguate.

Inoltre, nel caso di specie, l'attrice non aveva lamentato di essere affetta da particolari patologie e di essersi rivolta all'Azienda sanitaria per una prestazione diagnostica specialistica, in relazione alle quali le attrezzature utilizzate si sarebbero rilevate inadeguate, ma ha solo allegato di aver svolto prestazioni diagnostiche di routine durante la gravidanza.

5.2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, si lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., la violazione degli artt. 6-7 della L. 194/1978.

La Corte d'appello avrebbe errato nel riconoscere provata la sussistenza di un pericolo di danno grave alla salute della donna, quale presupposto legittimante dell'esercizio dell'aborto terapeutico.

Innanzitutto, secondo la ricorrente incidentale, il danno biologico riscontrato ex post dal ctu sulla Rondella (pari al 12-13%) sarebbe di modesta entità.

In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che la verifica dell'esistenza – all'epoca dell'assunto diritto all'interruzione di gravidanza – del grave pericolo per la salute della donna va condotta ex ante, mentre il danno che si è effettivamente verificato successivamente non può avere valore decisivo, ma solo indiziario.

Nel caso di specie, invece, i giudici dell'appello avrebbero attribuito valore decisivo al danno biologico accertato ex post dal ctu, in assenza di altri elementi indiziari, mai neppure allegati dalla controparte.

5.3. Con il terzo motivo di ricorso incidentale, si lamenta la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c. per violazione dell'art. 132 c.p.c.

L'assunto secondo cui le risultanze della c.t.u. confermerebbero ex post il grave danno alla salute della donna sarebbe motivato in modo del tutto illogico ed incoerente sì da integrare una motivazione apodittica ed illogica.

Contrariamente a quanto affermato dalla Corte d'appello, la Corte di cassazione non avrebbe mai avallato, al fine di accertare il requisito della sussistenza del grave pericolo alla salute della donna, il ricorso alla situazione accertata successivamente alla nascita del bambino malformato. Il precedente richiamato dalla sentenza impugnata si limiterebbe infatti ad affermare che l'onere di prova di tale requisito può essere assolto tramite presunzioni.

Inoltre l'affermazione per cui il danno biologico accertato ex post "si sarebbe semplicemente anticipato se la comunicazione della malformazione fosse stata tempestivamente data" appare del tutto arbitraria e basata su una mera opinione del giudice.

6. I primi due motivi sono assorbiti dal rigetto del primo e secondo motivo del ricorso principale.

6.1. Il terzo motivo del ricorso incidentale è inammissibile.

Si richiede infatti una rivalutazione dei dati fattuali e in particolare probatori, il cui giudizio rimane nella piena discrezionalità del giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità.

7. Pertanto, la Corte rigetta i primi due motivi del ricorso principale, accoglie il terzo motivo, cassa in relazione la sentenza impugnata come in motivazione e rinvia, anche per le spese di questo giudizio, alla Corte d'Appello di Brescia in diversa composizione personale. Dichiaro inammissibile il ricorso incidentale.

7.1. Infine, poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013, sussistono i presupposti processuali (a tanto limitandosi la declaratoria di questa Corte: Cass. Sez. U. 20/02/2020, n. 4315) per dare atto - ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, che ha aggiunto il comma 1-quater all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. n. 115 del 2002 (e mancando la possibilità di valutazioni discrezionali: tra le prime: Cass. 14/03/2014, n. 5955; tra le innumerevoli altre successive:

Cass. Sez. U. 27/11/2015, n. 24245) - della sussistenza dell'obbligo di versamento, in capo a parte ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per la stessa impugnazione.

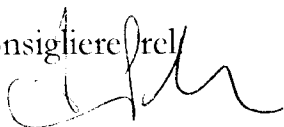
P.Q.M.

la Corte rigetta i primi due motivi del ricorso principale, accoglie il terzo motivo, cassa in relazione la sentenza impugnata come in motivazione e rinvia, anche per le spese di questo giudizio, alla Corte d'Appello di Brescia in diversa composizione personale. Dichiaro inammissibile il ricorso incidentale.

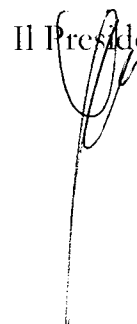
Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del **ricorrente incidentale**, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma del comma 1-*bis* del citato art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte suprema di Cassazione in data 4 ottobre 2022.

Il Consigliere rel.



Il Presidente



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Simone Fantini

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

OCCORRENZA 31 GEN. 2023

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Dott. Simone Fantini