

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
**SEZIONE TERZA CIVILE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MORELLI Mario Rosario

- Presidente -

Dott. AMATUCCI Alfonso

- rel. Consigliere -

Dott. URBAN Giancarlo

- Consigliere -

Dott. AMENDOLA Adelaide

- Consigliere -

Dott. LANZILLO Raffaella

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza sul ricorso 6679-2006 proposto da:

D.F., (OMISSIS), R.A.,

(OMISSIS), in proprio nella qualità di genitori e D.S., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA SCANDRIGLIA 7, presso lo studio dell'avvocato BUCCARELLI MARIA PIA, rappresentati e difesi dall'avvocato RIVIERA PLACIDO giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

ASSITALIA SPA, (OMISSIS), in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE FERRARI 35, presso lo studio dell'avvocato VINCENTI MARCO, rappresentata e difesa dall'avvocato GENTILE CARMELO giusta delega a margine del controricorso;

P.C., (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE LIBIA 167, presso lo studio dell'avvocato BORRELLI GIOVANNI, rappresentato e difeso dall'avvocato PUSTORINO FRANCESCO giusta delega in calce al controricorso; UNIVERSITA' STUDI MESSINA, in persona del Rettore pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso gli Uffici dell'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, da cui è difesa per legge;

BERNESE ASSICURAZIONI SPA, (OMISSIS), in persona dell'Amministratore Delegato Rag. T.P., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MASSIMI 94, presso lo studio dell'avvocato PIGNATARO FRANCESCO PAOLO, che la rappresenta e difende giusta delega in calce al controricorso;

- controricorrenti -

e contro

F.A.A., DU.CO.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 215/2005 della CORTE D'APPELLO di MESSINA, Sezione Promiscua, emessa il 10/03/2005, depositata il 11/04/2005;

R.G.N. 894/01, 967/01, 1127/01.

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 22/10/2010 dal Consigliere Dott.

ALFONSO AMATUCCI;

udito l'Avvocato Carmelo GENTILE;

udito l'Avvocato Antonella PUSTORINO per delega Franco PUSTORINO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

RUSSO LIBERTINO ALBERTO che ha concluso per il rigetto.

## Svolgimento del processo

1. L'(OMISSIS), nella Clinica ostetrica e ginecologica del Policlinico universitario di (OMISSIS), nacque un bambino affetto da una gravissima malformazione ("mielomeningocele lombo sacrale ed idrocefalia", comportante un'invalidità permanente del 100%), non diagnosticata a seguito dei controlli ecografici cui la madre s'era sottoposta presso lo stesso reparto sanitario a partire dalla sedicesima settimana di gravidanza. Nel 1989 i genitori del bambino, in proprio ed in rappresentanza del minore, agirono giudizialmente nei confronti dei due medici ecografisti F. e Du. che avevano eseguito gli esami, del direttore della Clinica Clemente P. e dell'Università, domandandone la condanna solidale al risarcimento dei danni.

Sostennero che, per non essere stata informata della malformazione del feto, la madre non era stata posta in condizione di interrompere la gravidanza.

I convenuti resistettero. Resistettero anche le società assicuratrici Bernese e Assitalia, chiamate rispettivamente in causa dagli assicurati Du. e Università di Messina.

Acquisita la documentazione prodotta dalle parti, con sentenza del 9.6.2001 il tribunale di Messina condannò tutti i convenuti al pagamento di complessive L. 1.450.000.000.

2. La decisione fu appellata da tutte le parti e totalmente riformata dalla corte d'appello di Messina, che con sentenza n. 215 del 2005 ha rigettato la domanda dei coniugi R.A. e D.F..

3. I soccombenti ricorrono per cassazione, affidandosi a cinque motivi cui resistono con distinti controricorsi l'Università, il P. e le società assicuratrici Assitalia e Bernese.

Gli intimati F. e Du. non hanno svolto attività difensiva.

## Motivi della decisione

1. La corte d'appello ha ritenuto che mancasse la prova della violazione dell'obbligo di informazione da parte dei medici ecografisti, la quale presuppone la diagnosticabilità della malformazione e la colpa dei medici per non averla rilevata. E tanto ha nella specie escluso sulla scorta delle seguenti considerazioni, che si leggono a pagina 18 della sentenza: "secondo quanto rilevato dalle difese dei convenuti e non contraddetto specificamente dalla difesa degli attori, al tempo dei fatti (anni 1986-1987) la tecnologia degli ultrasuoni non era progredita; le apparecchiature ecografiche utilizzate al tempo nel Policlinico erano all'avanguardia per l'epoca ma non certo sofisticate quanto quelle attuali; ancora oggi, secondo quanto si evince nei testi scientifici richiamati nelle comparse F. e Du., un'apprezzabile percentuale (circa il 39%) delle malformazioni fetali sfugge alla diagnosi prenatale; a volte, l'accertamento è impedito dalla posizione del feto nell'utero, che determina l'impossibilità di evidenziare alcuni organi (all'atto dell'accertamento da parte della F., il feto si presentava in posizione podalica aggravata dal dorso posteriore)".

Ha poi affermato che, "in ogni caso, e preclusivamente, non ricorrevano le condizioni previste dalla L. n. 194 del 1978 perchè la R. potesse interrompere legittimamente la gravidanza".

Questo perchè, pur essendo difettata la prova da parte dei medici della possibilità di vita autonoma del feto, la quale avrebbe comunque precluso alla madre la possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza (ex art. 7, comma 3, L. cit.), gli attori non avevano nè dedotto nè provato - così la sentenza, a pagina 21 - il "grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna", in difetto del quale l'interruzione volontaria della gravidanza non è consentita dopo il novantesimo giorno dal concepimento (ex art. 6, lett. b, l. cit.), come sarebbe stato nel caso di specie.

2.1. Il primo motivo di ricorso investe la sentenza per aver addossato il difetto di prova della colpa del medico al paziente, che è creditore di una prestazione ritenuta di, natura negoziale, sicchè la prova della mancanza di colpa per gli esiti dannosi derivatigli doveva essere fornita dal medico; con l'ulteriore conseguenza, che l'eventuale situazione di incertezza era destinata a ridondare a vantaggio del paziente-creditore e non del medico- debitore.

2.2. Il secondo motivo censura la decisione - per violazione degli artt. 112 e 167 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4, - per la mancata considerazione di quanto dai medici stessi dedotto in appello, a propria esimente, circa l'inaffidabilità delle apparecchiature diagnostiche (invece tecnologicamente più avanzati

presso altri centri), dei cui limiti gli operatori avrebbero dovuto informare i pazienti, secondo quanto reiteratamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità.

Si afferma inoltre che il prof. Du. aveva effettuato “ben tre esami ecografie (il (OMISSIS), come da produzione di primo grado, doc. 2)” e non uno, come indicato in sentenza.

**2.3.** Col terzo motivo i ricorrenti alternativamente si dolgono che, una volta ritenutosi dalla corte d'appello che le macchine ecografiche in uso presso il Policlinico di Messina fossero “all'avanguardia”, non si sia allora concluso nel senso della sussistenza della colpa dei medici, che la malformazione non avevano comunque rilevato.

**2.4.** Col quarto si attacca la motivazione in punto di omessa diagnosi per ipotetica posizione del feto. E si afferma che, quand'anche il feto si fosse presentato in posizione tale da impedire momentaneamente di verificare la presenza e lo stato di taluni organi (e, quindi di diagnosticare la “spina bifida” nella specie esistente), sarebbe stato allora evidente che non era stato eseguito un accertamento completo ed esaustivo, che era appunto finalizzato alla verifica dell'assenza di eventuali malformazioni.

Si deduce, conseguentemente, anche violazione di legge, per non avere la corte d'appello dato rilievo all'inadempimento.

**2.5.** Col quinto motivo si deducono violazione di norme di diritto e vizio della motivazione sul punto decisivo costituito dal nesso di causalità tra omessa rilevazione (e correlativa comunicazione alla paziente) della malformazione del feto e mancato esercizio, da parte della madre, della facoltà di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza.

Vi si afferma che la L. n. 194 del 1978, art. 7 individua il momento dell'accertamento del grave pericolo per la salute della donna in quello della conoscenza da parte sua delle malformazioni del nascituro; conoscenza che è ovviamente presupposta e che era mancata.

Sarebbe stato dunque necessario accertare se l'informazione sulla malformazione avrebbe determinato nella gestante un vero e proprio processo patologico suscettibile di risolversi in un grave pericolo per la sua salute, anche alla luce della rappresentazione della sua vita futura, connotata da “quotidiane sofferenze, patimenti, angosce, aggravate dalla povertà economica e culturale”; tanto in relazione ad una situazione del figlio destinata a risolversi in un “calvario di interventi chirurgici e riabilitativi che durano tutta la vita”, anche in ragione dell'incontinenza sfinterica e dell'uso del cateterismo vescicale intermittente per cinque o sei volte al giorno.

E lo si sarebbe dovuto fare alla luce dei principi enunciati in più occasioni dalla corte di cassazione.

**3.** Va preliminarmente esaminato tale ultimo motivo, concernente una ratio decidendi che la corte d'appello ha considerato “preclusiva” in ragione del fatto che la donna nulla aveva provato circa il pericolo per la salute cui si sarebbe trovata esposta se della malformazione fosse stata informata. Ha aggiunto la corte di merito che la prova non era stata neppure dedotta, essendosi gli attori limitati ad evidenziare in citazione il carattere invalidante, totale e permanente, della malformazione del neonato (cfr. la sentenza impugnata, alle pagine 18 e 19). Nella stessa sentenza (a pagina 6) è peraltro affermato che gli attori, in atto di citazione, avevano dichiarato che la gravidanza sarebbe stata interrotta se l'informazione fosse stata data.

E tanto è da ritenersi sufficiente, giacché il fatto stesso che una donna sostenga che si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere volontariamente la gravidanza se fosse stata informata della grave malformazione del feto presuppone l'implicita affermazione della sussistenza ipotetica delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali si annovera, dopo il novantesimo giorno di gestazione, la qualificabilità come pericolo per la salute fisica o psichica del trauma connesso all'acquisizione della notizia. Il fatto è dunque da ritenersi implicitamente allegato per ciò solo che la domanda sia stata proposta nei termini sopra riferiti.

L'esigenza di provarlo insorge se sia contestato: se cioè il convenuto neghi che la donna si sarebbe determinata all'interruzione volontaria della gravidanza, o che avrebbe potuto farlo se lo avesse deciso. Se tanto non sia avvenuto, l'esigenza probatoria non sorge, non essendovi bisogno di provare il fatto non contestato.

Se lo sia - e nella parte narrativa della sentenza impugnata non si afferma che tempestivamente lo sia

stato - occorre che il fatto sia accertato. Ma si deve allora considerare che esso consiste non in un evento storicamente verificatosi, ma nel possibile sviluppo di un ipotetico processo patologico della gestante, che si sarebbe potuto innescare a seguito di un'informazione che doveva esserle data dal medico e che, tuttavia, non le era stata fornita per fatto imputabile allo stesso debitore della prestazione.

Si tratterà allora, in sostanza, di stabilire se sarebbe o no insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute (fisica o) psichica della donna, con l'avvertenza che la circostanza che esso si sia o non si sia in concreto verificato dopo la nascita del bambino malformato non può essere considerata sintomaticamente determinante, giacchè quella valutazione va fatta in relazione all'epoca in cui il medico omise la corretta informazione (cfr. Cass., n. 12195/98, in motivazione), dunque in relazione ad un momento che sarebbe caduto durante la gravidanza e non dopo il suo termine.

In siffatto contesto il giudice è, a ben vedere, chiamato ad una valutazione probabilistica, il più delle volte a non altro sostanzialmente correlata che alla gravità della malformazione ormai compiutamente nota, sicchè l'apprezzamento della sussistenza di nesso causale tra l'omessa informazione e la nascita indesiderata (Cass., nn. 6735/02 e 14488/04) è suscettibile di essere effettuata, ai fini della valutazione di cui all'ultima parte della L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b), ("rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"), in base all'ormai consolidato criterio del più "probabile che non" (cfr., da ultimo, Cass., n. 2354/10), alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali (Cass., n. 22022/10). E costituisce in proposito un imprescindibile dato che è, bassissima la frequenza di esito negativo dell'accertamento - da compiersi ex art. 7, comma 1, della legge citata - sul pericolo per la salute della donna in casi di gravissime malformazioni del feto; ed è, correlativamente, altissima quella delle interruzioni cd. terapeutiche della gravidanza che per tale ragione siano domandate.

Da tali principi la sentenza s'è discostata. Il motivo è dunque fondato.

**4.** Vanno esaminati gli altri quattro motivi.

**4.1.** Il secondo è infondato in relazione ai parametri di riferimento invocati. L'omessa considerazione, da parte della corte d'appello, di quanto si afferma essere stato dagli stessi convenuti riconosciuto evidentemente non integra un vizio di omessa pronuncia, configurabile solo in ordine ad una domanda o ad un'eccezione in senso proprio.

**4.2.** Il primo, il terzo ed il quarto, che possono essere congiuntamente esaminati per la connessione che li connota, sono fondati nei sensi che seguono.

Non v'è dubbio che, essendo la gestante creditrice della prestazione, la prova della conformità al programma negoziale del comportamento del medico di cui ella abbia sostenuto l'inadempimento (omessa diagnosi di malformazione) vada data dal debitore della prestazione e dunque dal medico.

La corte d'appello non indica da quali elementi abbia dedotto che le apparecchiature in uso presso il policlinico fossero, nel (OMISSIS), all'avanguardia ed al contempo non consentissero la diagnosi della malformazione da cui il feto era affetto; non spiega la potenziale, intrinseca contraddittorietà fra i due assunti agli effetti dell'assoluzione da responsabilità di tutti i convenuti; non chiarisce quale tipo di malformazioni non fossero, neppure all'epoca della sentenza di secondo grado, accertabili in sede ecografica e se nell'indicata percentuale (39%) rientrassero anche quelle del tipo nella specie risultato dopo la nascita; attribuisce rilievo alla posizione del feto ed alla difficoltà di accertamento senza farsi carico dell'indagine sull'addebitabilità al medico che non abbia potuto esattamente eseguire un esame ecografico con esiti appaganti (per la posizione podalica del feto o per altre ragioni) di ripeterlo a brevissima distanza di tempo, di informarne compiutamente la paziente, di segnalarle eventualmente dove e come l'indagine possa essere ripetuta con più elevate probabilità di successo; non afferma, d'altronde, che la posizione podalica è costante durante la gravidanza e che lo sia stata in tutte le ecografie eseguite, che i ricorrenti affermano essere di misura superiore alle due delle quali la corte d'appello da conto.

La motivazione è, sotto tutti tali profili, gravemente carente, risolvendosi in affermazioni apodittiche, prive di ogni supporto tecnico (non risulta in particolare effettuata una consulenza che ne suffragasse

l'attendibilità); ed è anche contraddittoria laddove ritiene gli strumenti all'avanguardia e tuttavia non in grado di consentire una diagnosi adeguata (di "spina bifida").

**5.** Rigettato il secondo motivo ed accolti gli altri, la sentenza va dunque cassata con rinvio ad altra corte d'appello, che si indica in quella di Catania, che procederà ad un rinnovato apprezzamento dei fatti in relazione agli appelli proposti e che deciderà nel rispetto dei principi enunciati a conclusione dello scrutinio del quinto motivo (sub 3.).

Il giudice del rinvio regolerà anche le spese del giudizio di cassazione.

### **P.Q.M.**

LA CORTE DI CASSAZIONE accoglie il primo, il terzo, il quarto ed il quinto motivo del ricorso, rigetta il secondo, cassa in relazione alle censure accolte e rinvia, anche per le spese, alla corte d'appello di Catania. Così deciso in Roma, il 22 ottobre 2010.