

Sentenza n. 264/2015 pubbl. il 25/02/2015

RG n. 3651/2011

N. R.G. 3651/2011

Repert. n. 637/2015 del 25/02/2015



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SEZIONE SECONDA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Simona Boiardi
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 3651/2011 promossa da:

patrocinio dell'

l'avv.

con il patrocinio dell'avv.

ATTORI

contro

con il patrocinio dell'avv.

CONVENUTA

Oggetto: responsabilità professionale

Conclusioni: come in atti

Coincisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della decisione

Con atto di citazione in riassunzione i sig.ri [redacted] in proprio e,
nella loro qualità di eredi del figlio [redacted], convenivano in giudizio, innanzi al

GIURE.IT



Tribunale di Reggio Emilia, l'Azienda Sanitaria Locale [redacted] 37/2015 del 25/02/2015

[redacted] fine di accertare la responsabilità dei medici dipendenti della stessa, durante la gravidanza dell'attrice, per errata diagnosi della malformazione del feto nonché per omessa adeguata assistenza sanitaria dopo la nascita del bambino che, secondo le prospettazioni attoree ne avrebbe provocato la morte dopo 21 giorni di agonia.

Gli attori, chiedevano, pertanto, iure hereditario, il risarcimento del danno biologico del soggetto deceduto e iure proprio il danno da perdita del rapporto parentale.

La madre sig.ra [redacted] deduceva, altresì, la lesione del proprio diritto di autodeterminazione in quanto, a causa dell'errata diagnosi, sarebbe stata privata della facoltà di decidere se interrompere o meno la gravidanza.

Si costituiva, in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale di [redacted] Distretto di [redacted] che eccepiva preliminarmente l'inidoneità della procura alle liti, rilasciata nell'originario procedimento pendente innanzi al [redacted] a legittimare la difesa innanzi al procedimento riassunto innanzi al [redacted]

La convenuta non contestava il rapporto di dipendenza con la struttura medica dei sanitari che avevano seguito la gravidanza dell'attrice ma contestava, nel merito ogni responsabilità degli stessi.

Occorre innanzitutto evidenziare che in difetto di specifiche espresse limitazioni (non sussistenti nel caso di specie) nel quadro della unitarietà del processo e della conservazione degli effetti sostanziali e processuali del giudizio svoltosi dinanzi al giudice incompetente, deve escludersi la necessità di una nuova procura alle liti ai fini della riassunzione del giudizio: ne consegue che l'originario difensore è abilitato a riassumere il giudizio sulla base della iniziale procura (Cass. 8806/2008; Cass. 9890/1998).

Per quel che riguarda il merito della controversia la CTU medico legale, le cui conclusioni vengono condivise, in quanto fondate su un approfondito esame della documentazione in atti e analiticamente motivate, ha ripercorso il percorso diagnostico della sig.ra [redacted] che nel settembre del 2004, in stato di gravidanza, si recava presso la Asl di [redacted], distretto [redacted] per poi essere sottoposta dal dott. [redacted] ad ecografia standard per il secondo trimestre di gravidanza, in data 5 dicembre 2004, dove venivano evidenziate nel feto quattro camere cardiache.

Successivamente la sig.ra [redacted] veniva sottoposta regolarmente ad ecografie fino alla nascita, in data 22 aprile 2005, di [redacted] affetto da malformazioni cardiache plurime:"

ELISG



ventricolo unico a doppia entrata. Dia tipo ostium secundum. Aorta polmonare a sinistra della valvola polmonare a sinistra della valvola aortica. Coartazione istmica dell'aorta".

La perizia evidenzia come, nonostante la presenza contemporanea di più di una malformazione cardiaca, circostanza che rende più semplice la corretta diagnosi delle anomalie non solo non vennero riconosciute le malformazioni dell'apparato cardiovascolare del feto, ma venne affermata la visione di quattro camere cardiache.

La CTU prosegue sottolineando come: *...la diagnosi di malformazione cardiaca, poteva essere effettuata e tale diagnosi, se comunicata, avrebbe potuto rendere consapevole la [redacted] dei problemi fetali ...Se tale informazione fosse avvenuta in occasione della ecografia eseguita a 21 settimane + 1 giorno (148 giorni, la [redacted] avrebbe avuto i tempi necessari e sufficienti per effettuare una interruzione terapeutica di gravidanza essendo stati superati, sì, i novanta giorni, ma non avendo ancora il feto raggiunto una capacità di vita autonoma. Sarebbe stato, quindi, necessario un approfondimento diagnostico delle malformazioni ed una consulenza psichiatrica al fine di evidenziare se l'accertata malformazione fosse sufficiente a produrre un pericolo per la salute psichica della gestante e, quindi, procedere all'interruzione".*

Il comportamento tenuto dal sanitario che ha avuto in cura la sig.ra [redacted] non può che considerarsi colposo, considerato che ha omesso di valutare con la dovuta attenzione tutti gli elementi ecografici a sua disposizione (tenuto, altresì, conto che nella cartella clinica risulta indicata la cardiopatia congenita della nonna) che, se adeguatamente vagliati, avrebbero consentito alla gestante di venire a conoscenza dello stato di salute del nascituro.

Non vi è dubbio, quindi, che è stato leso il diritto di autodeterminazione della madre la quale a seguito dell'errata diagnosi è stata privata della facoltà di decidere se interrompere o meno la propria gravidanza.

Occorre, però evidenziare come nell'atto introduttivo l'attrice non ha dedotto e, nel corso del giudizio non ha provato, che qualora fosse venuta a conoscenza delle malformazioni cardiache del figlio avrebbe interrotto la gravidanza.

Il tema della ripartizione degli oneri probatori in caso di danno "da nascita indesiderata" è stato esaminato con precisione dalla recente pronuncia della Cassazione n.27528 del 10-12-2013 che ha evidenziato che è onere di parte attrice allegare e dimostrare che, se la gestante fosse stata informata delle malformazioni del concepito, si sarebbe determinato un grave pericolo per la sua salute ed questa avrebbe deciso di interrompere la gravidanza.



La pronuncia citata recupera, una linea ermeneutica già presente nella giurisprudenza di legittimità (segnatamente, Cass.2 febbraio 2010, n. 2354 ha ribadito che il risarcimento dei danni cagionati dalla violazione del diritto interrompere la gravidanza è condizionato dalla dimostrazione, a carico dell'istante, dei presupposti di operatività della fattispecie di cui alla *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)*, con ciò imponendosi al giudice del merito di accertare, "ex ante, se la conoscibilità delle rilevanti anomalie e malformazioni del feto - secondo la diagnostica a disposizione all'epoca in relazione alla possibilità di riscontrarle - avrebbe determinato (con un giudizio di prognosi postuma) un grave pericolo della lesione del diritto alla salute della madre, avuto riguardo alle condizioni concrete fisiopsichiche patologiche della stessa e secondo la scienza medica di allora in base alla regola causale del più probabile che non (...), così da determinare i presupposti per attuare la tutela di tale interesse - ritenuto dall'ordinamento prevalente su quello alla nascita del concepito gravemente malformato, purchè non giunto ad uno stadio di formazione e maturità che ne rende possibile la sua vita autonoma (*L. n. 194 del 1978, art. 7, comma 3*) - consentendo alla madre di interrompere la gravidanza, quale intervento terapeutico complementare (art. 6, lett. b), stessa legge)". Nella stessa ottica si è collocata anche Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, che afferma gravare "certamente" sulla parte attrice "l'onere di provare che, al momento del fatto, sussistevano le condizioni per l'interruzione di gravidanza", riconoscendo a tal fine la validità del ricorso alle presunzioni. In tale prospettiva è da ricondurre anche Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, che sottolinea che "la richiesta di accertamento diagnostico", in assenza di una "espressa manifestazione di volontà di interrompere la gravidanza in caso di risultato infausto dello stesso", costituisce soltanto "elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso un determinato esito finale", con la necessità che il giudice di merito desuma "caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico (o di c.d. probabilità a priori), le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri".

Spetta a parte attrice assolvere a tale onere, e integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) per provare che l'informazione omessa avrebbe provocato un processo patologico tale da determinare un grave pericolo per la sua salute, e, in stretta connessione, che, nella situazione ipotetica data, ella avrebbe effettivamente optato per l'interruzione della gravidanza.

La pronuncia citata, precisa, infine, che "la verifica dell'esistenza o meno, all'epoca dell'assunto diritto all'interruzione della gravidanza, del grave pericolo per la salute fisica o

**IL
FIRMA
G**



psichica della donna, va condotto con giudizio ex ante, per cui, se effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo".

Nel caso di specie tutti questi elementi probatori non sono stati forniti.

Non è, quindi, stato provato che, a fronte di una diagnosi corretta delle malformazioni del figlio, la sig.ra [REDACTED] avrebbe proceduto ad interruzione di gravidanza (e quindi evitato il danno, nelle sue diverse componenti, da nascita indesiderata) è, però provata la lesione del diritto di autodeterminazione della stessa la quale è stata privata della facoltà di decidere se interrompere o meno la propria gravidanza.

Deve, inoltre, ritenersi che la condotta colposa del medico dipendente della convenuta abbia inciso, oltre che sul diritto alla consapevole autodeterminazione nella procreazione, anche sulla possibilità di acquisire gradualmente consapevolezza e preparazione psicologica alla nascita di un bambino con seri problemi di salute e di apprestare sia durante la gravidanza che al momento del parto tutte le possibili cure.

E' indubbio che la sig.ra [REDACTED] a seguito della nascita inaspettata di un bambino affetto da gravi malformazioni è stata esposta al grave stress psicologico costituito dall'apprendere solo immediatamente dopo il parto della importante sofferenza cardiaca, che peraltro impose l'immediato trasferimento del neonato presso altra struttura ospedaliera adeguata al trattamento della patologia cardiaca riscontrata; e ciò senza che fosse stata posta nella condizione di operare scelte consapevoli in ordine ad ogni opportuna, adeguata e tempestiva assistenza sia nel corso della gravidanza sia al momento del parto.

La convenuta deve essere, pertanto, condannata al risarcimento di tale danno, che si liquida, in via meramente equitativa, in Euro 15.000,00 ai valori attuali ed onnicomprensivi.

Non possono, invece, essere accolte le altre domande risarcitorie degli attori.

La ctu ha, infatti, ritenuto che se è vero in termini astratti ritenere, che la conoscenza prima del parto della grave patologia cardiaca del neonato avrebbe permesso di scegliere una sede più idonea a garantire la sopravvivenza del neonato, nel caso concreto esaminato non vi sono elementi che facciano ritenere che sia mancata una cura intensiva necessaria o sia stato

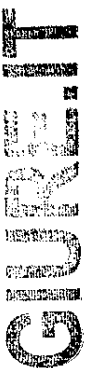


ritardato un intervento chirurgico urgente o che sussistano altre circostanze che facciano ritenere che la scelta di una struttura più adeguata alla patologia del neonato avrebbe potuto evitare il tragico epilogo verificatosi o avrebbe determinato un decorso clinico differente.

Le precedenti considerazioni non consentono di riconoscere un danno a titolo ereditario ai genitori in ragione del periodo di sofferenza sofferto dal neonato prima della morte in quanto conseguenza ineliminabile della grave malformazione cardiaca che lo affliggeva e non conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dei sanitari.

Né la giurisprudenza riconosce il diritto del concepito a non nascere se non sano.

La questione è stata affrontata e risolta dalla Corte di Cassazione con le sentenze 16123/2006 e 14488/2004 Cass. Sez. 3[^], n. 14488 del 2004) che hanno ritenuto che: *"l'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la "non nascita", essendo pertanto (al più) configurabile un "diritto a nascere" e a "nascere sani", suscettibile di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione: sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale o da "contatto sociale", nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso); sotto il profilo - latamente - pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela cura e assistenza della maternità idonei a garantire (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito di nascere sano. Non è invece in capo a quest'ultimo configurabile un "diritto a non nascere" o a "non nascere se non sano", come si desume dal combinato disposto di cui alla L. n. 194 del 1978, artt. 4 e 6, in base al quale si evince che: a) l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già in sè e per sè considerate (con riferimento cioè al nascituro). E come emerge ulteriormente: a) dalla considerazione che il diritto di "non nascere" sarebbe un diritto adespota (in quanto ai sensi dell'art. 1 cod. civ. la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito - artt. 462, 687, 715 c.c. - sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita),*



sicché il cosiddetto diritto di "non nascere" non avrebbe alcun titolare, appunto fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro non esistere più; b) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a "non nascere" significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (e in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale (per cui non si fa nascere il malformato per rispettare il suo "diritto di non nascere") essa risulterebbe pertanto sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso. Ne consegue che è pertanto da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto "eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui alla L. n. 194 del 1978, artt. 4 e 6 (accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8), oltre a risultare in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo ex art. 5 c.c., costituisce reato anche a carico della stessa gestante (L. n. 194 del 1978, art. 19), essendo per converso il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente - anche mediante sanzioni penali - tutelato dall'ordinamento. Ne consegue ulteriormente che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto ovvero di altrimenti avvalersi della peculiare e tipizzata forma di scriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'art. 54 c.p.) prevista dalla L. n. 194 del 1978, art. 4, risultando in tale ipotesi comunque esattamente assolto il dovere di protezione in favore di esso minore, così come configurabile e tutelato (in termini prevalenti rispetto - anche - ad eventuali contrarie clausole contrattuali: art. 1419 c.c., comma 2) alla stregua della vigente disciplina".

Ne consegue che la tutela dell'individuo che, con la nascita acquista la personalità giuridica) nella fase prenatale è limitata alle lesioni imputabili ai comportamenti colposi dei sanitari che le abbiano determinate, ma non si estende a situazioni diverse, come quella di specie, di mancata informazione di malformazioni non imputabili ai medici.



Le spese di lite seguono la soccombenza e la convenuta va condannata alla rifusione a favore di [REDACTED] delle spese di lite liquidate come da dispositivo nonché delle spese sostenute per il CTP pari ad euro 4000,00 oltre IVA se dovuta.

Le spese sostenute per la consulenza tecnica di parte, la quale ha natura di allegazione difensiva tecnica, rientrano, infatti, tra quelle che la parte vittoriosa ha diritto di vedersi rimborsate, a meno che il giudice non si avvalga, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., comma 1, della facoltà di escluderle dalla ripetizione ritenendole eccessive o superflue (Cass., Sez. Lav., 25 novembre 1975, n. 3946; Cass., Sez. 3, 16 giugno 1990, n. 6956).

Pone definitivamente a carico della convenuta le spese della CTU.

Si compensano integralmente le spese di lite tra [REDACTED] la convenuta in ragione dei profili sostanziali della vicenda che ha coinvolto l'attore .

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella causa n. 3651/2011 r.g., ogni diversa istanza ed eccezione respinta, così provvede :

1) accerta e dichiara l'inadempimento contrattuale colpevole della convenuta nella vicenda per cui è causa;

2) dichiara tenuta e condanna la convenuta a corrispondere a [REDACTED] titolo di risarcimento di danni la somma di euro 15000,00 liquidati all'attualità ;

3) condanna la convenuta alla rifusione delle spese di lite a favore di [REDACTED] che si liquidano in € 4500,00 per compenso professionale, euro 69,2 per esborsi oltre a spese generali del 15%, i.v.a. e c.p.a. nonché alla rifusione delle spese sostenute per la CTP pari ad euro 4000,00 oltre Iva se dovuta;

4) pone le spese di c.t.u. definitivamente a carico della convenuta.

5) compensa integralmente tra [REDACTED] la convenuta le spese di lite.

Reggio Emilia, 11-2-2015

Il Giudice
dott. Simona Boiardi

GIURET

