

Intestazione

RITENUTO

che:

1. R.S., ginecologo ecografista, ricorre, affidandosi a tre motivi, per la cassazione della sentenza della Corte d'Appello di Napoli che aveva confermato la pronuncia del Tribunale di accoglimento della domanda avanzata da L.A.M. e C.R. per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'errore diagnostico commesso nell'esame dell'ecografia del figlio nascituro al quale era conseguita la mancata informazione della grave malformazione da cui era affetto, con la conseguenza che ciò aveva impedito alla L. di interrompere la gravidanza.

2. Gli intimati non si sono difesi.

Il Procuratore Generale ha depositato conclusioni scritte.

CONSIDERATO

che:

1. Con il primo motivo, il ricorrente lamenta, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione della L. n. 194 del 1978 e dei principi in materia di interruzione della gravidanza: sostiene, in particolare, che anche nel caso in cui la diagnosi di malformazione fosse stata effettuata, non ricorrevva il grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna che avrebbe legittimato la soluzione "abortiva" dopo i novanta giorni dall'inizio di essa.

1.1. Afferma, al riguardo, che la malformazione del nascituro, costituita dalla "agenesia dell'arto inferiore sinistro", da un parte poteva essere evidenziata dagli accertamenti ecografici soltanto oltre il termine per l'interruzione ordinaria

consentita dalla L. n. 194 del 1978, visto che doveva ritenersi dimostrato che poteva emergere esclusivamente tra la diciottesima e la venticinquesima settimana e, talvolta anche dopo la ventottesima; e dall'altra, rivelatasi solo a seguito del parto, non era comunque ricompresa fra le patologie che avrebbero comportato un pericolo di vita per la madre tale da consentirle di abortire oltre il termine normativamente previsto.

1.2. Il motivo è manifestamente infondato e la seconda censura in esso contenuta assorbe la prima.

La Corte territoriale, infatti, ha fatto corretta applicazione dei principi affermati sulla specifica questione, richiamando, a conferma dell'orientamento del Tribunale, gli approdi argomentativi della giurisprudenza di questa Corte che ha chiarito, anche se in epoca successiva alla sentenza di primo grado che "In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite praesumptio hominis, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale" (cfr. Cass. SSUU 25767/2015).

1.3. Al riguardo appare rilevante, per la decisione del caso in esame, richiamare la parte della motivazione con la quale è stato affermato che "l'impossibilità della scelta della madre, pur nel concorso delle condizioni di cui all'art. 6, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile. La gestante, profana della scienza medica, si affida, di regola, ad un professionista, sul quale grave l'obbligo di rispondere in modo tecnicamente adeguato alle sue richieste, senza limitarsi a seguire le direttive della paziente, che abbia espresso, in ipotesi, l'intenzione di sottoporsi ad un esame da lei stessa prescelto, ma tecnicamente inadeguato a consentire una diagnosi affidabile sulla salute del feto. Occorre però che l'interruzione sia legalmente consentita - e dunque, con riferimento al caso in esame, che sussistano, e siano accertabili mediante appropriati esami clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso

eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna - giacchè, senza il concorso di tali presupposti, l'aborto integrerebbe un reato; con la conseguente esclusione della stessa antigiuridicità del danno, dovuto non più a colpa professionale, bensì a precetto imperativo di legge. Oltre a ciò, dev'essere altresì provata la volontà della donna di non portare a termine la gravidanza, in presenza delle specifiche condizioni facoltizzanti. Sotto questo profilo, il thema probandum è costituito da un fatto complesso; e cioè, da un accadimento composto da molteplici circostanze e comportamenti proiettati nel tempo: la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima. In tale evenienza, può essere impossibile fornire la dimostrazione analitica di tutti gli eventi o comportamenti che concorrano a comporre la fattispecie: onde, il problema si risolve ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia perciò possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso. Nel caso in esame un aspetto particolarmente delicato - ove il convenuto non dia per pacifiche le componenti di fatto essenziali della fattispecie - è costituito dalla circostanza che la prova verte anche su un fatto psichico: e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti. L'ovvio problema che ne scaturisce è che del fatto psichico non si può fornire rappresentazione immediata e diretta; sicchè non si può dire che esso sia oggetto di prova in senso stretto. In tal caso, l'onere probatorio senza dubbio gravoso, vertendo su un'ipotesi, e non su un fatto storico - può essere assolto tramite dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente risalire, per via induttiva, all'esistenza del fatto psichico che si tratta di accertare. Il passo successivo consiste nell'applicare la concezione quantitativa o statistica della probabilità, intesa come frequenza di un evento in una serie di possibilità date: espressa dall'ormai consolidato parametro del "più probabile, che non". (Cass. SSUU 25767/2015).

1.4. Questo Collegio intende dare seguito ai principi sopra riportati, ritenendo che il successivo arresto richiamato dal ricorrente (Cass. 9251/2017), reso comunque a sezioni semplici, sia riferito ad un caso specifico non assimilabile a quello in esame.

1.5. E, tanto premesso, i giudici d'appello, nel confermare la statuizione del Tribunale, hanno verificato che la gestante si sottopose a ben sette esami

ecografici durante la gravidanza, dai quali, anche sulla base della "tempistica" indicata dallo stesso ricorrente un'attenta valutazione delle risultanze avrebbe certamente consentito di accertare la malformazione, tenuto conto che può ritenersi acclarato dalla comunità scientifica che la frequenza di errore diagnostico, nella patologia in esame, era minima (cfr. al riguardo i chiarimenti del CTU Chiantera, pag. 15 della sentenza impugnata; cfr. inoltre la esaustiva motivazione articolata nelle pagg. 13 e 14 della sentenza); a ciò si aggiunge che è stato correttamente valorizzato che i testimoni, delle cui deposizioni è stato dato conto con motivazione logica e congruente, hanno concordemente riferito che la L. aveva reiteratamente affermato che, in caso di sviluppo del feto non regolare, avrebbe certamente fatto ricorso all'aborto, " in quanto contraria a mettere al mondo un bambino con gravi sofferenze" (cfr. pag. 10 della sentenza).

2. Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, l'error in procedendo in cui era incorsa la Corte territoriale, per violazione dell'art. 345 c.p.c., comma 3, artt. 112; 132 c.p.c. e dell'art. 111 Cost..

Lamenta che era rimasta inevasa l'istanza di deferimento del giuramento decisorio da lui avanzata con violazione del "principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato e dell'art. 345 c.p.c., comma 3, secondo cui può sempre deferirsi il giuramento decisorio.

2.1. Il motivo è inammissibile perchè non coglie la ratio decidendi della sentenza impugnata che ha rigettato l'istanza istruttoria per l'errore dell'appellante nella costruzione della formula decisoria. Sul punto, la Corte ha espresso una motivazione corretta (cfr. pag. 23 della sentenza) affermando che il testo del giuramento proposto non soddisfaceva i requisiti connaturati con la funzione probatoria di tale mezzo di prova: la richiesta, pertanto, non è rimasta inevasa come è stato dedotto dal ricorrente, ma è stata compiutamente esaminata e su di essa la motivazione risulta essere congrua e logica ed, in quanto tale, rientra nella insindacabile valutazione del giudice di merito.

3. Con il terzo motivo, infine, il ricorrente deduce, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, l'error in procedendo, per violazione e falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c. e dell'art. 111 Cost..

Lamenta che la Corte territoriale aveva erroneamente negato l'acquisizione dei nuovi documenti che avrebbero consentito di dimostrare l'interruzione della

prescrizione nei confronti della compagnia di assicurazione, chiamata in causa per garanzia impropria.

3.1. Il motivo è fondato.

Deve premettersi che alla controversia in esame deve applicarsi l'art. 345 c.p.c., nella formulazione introdotta dalla novella portata dalla L. n. 69 del 2009 e non ancora modificata dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54, comma 1, convertito dalla L. n. 134 del 2012, in quanto l'impugnazione è stata introdotta nel 2011.

Questa Corte ha avuto modo di chiarire che "nel giudizio di appello, costituisce prova nuova indispensabile, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., comma 3, nel testo previgente rispetto alla novella di cui al D.L. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla L. n. 134 del 2012, quella di per sè idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado." (cfr. Cass. SSU 10790/2017; Cass. 24164/2017).

Ed, al riguardo, in ordine al concetto di "indispensabilità" è stato anche precisato che "il mezzo istruttorio in sede di gravame di merito è indispensabile quando appaia idoneo a sovvertire la decisione di primo grado, nel senso di mutare uno o più giudizi di fatto sui quali si basa la pronuncia impugnata, fornendo un contributo decisivo all'accertamento della verità materiale, in coerenza con i principi del giusto processo" (cfr. Cass. 8568/2016).

3.2. Tanto premesso, si osserva che il ricorrente, in grado d'appello ha versato in atti, oltre alla polizza assicurativa, documentazione dal cui esame potrebbe essere sovvertita la decisione di rigetto della domanda di garanzia impropria, avanzata nei confronti della compagnia di assicurazione e respinta per estinzione del diritto per prescrizione: in particolare, la lettera del 4.4.2000 (doc. d), ricevuta il 10.4.2000 che si riferisce alla richiesta di risarcimento danni del 23.3.2000, nonchè il successivo riscontro della compagnia di assicurazione in data 8.6.2000 (doc. e), ed altra lettera del 26.2.2001 (doc. f) con cui viene comunicata la notifica dell'atto di citazione introduttivo della controversia in esame rappresentano elementi degni di valutazione e dotati della caratteristica di indispensabilità, in quanto idonei a

consentire la ricostruzione della questione relativa al diritto dichiarato prescritto senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato.

3.3. Nè, rileva, rispetto ai principi sopra richiamati, la circostanza, invero solo formale, che l'appellante (odierno ricorrente) abbia usato nella sua richiesta un'espressione impropria, e cioè "l'acquisizione" dei documenti relativi al rapporto intercorso con la compagnia di assicurazione e non avanzando, più correttamente, un'istanza di "produzione": dall'esame del fascicolo d'appello emerge, infatti, che i documenti fossero stati versati tempestivamente in atti con la conseguenza che il giudice, in base al principio di indispensabilità sopra riportato, li avrebbe dovuti comunque esaminare.

4. La sentenza, pertanto, in parte qua, deve essere cassata con rinvio alla Corte d'Appello di Napoli che dovrà riesaminare la controversia in relazione al motivo accolto alla luce dei principi di diritto sopra evidenziati.

La Corte dovrà altresì decidere in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Si dispone l'oscuramento dei dati personali, in relazione all'oggetto della controversia.

P.Q.M.

La Corte:

accoglie il terzo motivo di ricorso, rigetta il primo e dichiara inammissibile il secondo; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione anche per la decisione sulle spese del giudizio di legittimità.

Dispone l'oscuramento dei dati personali.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile, il 13 novembre 2018.

Depositato in Cancelleria il 22 gennaio 2019

