CASSAZIONE.NET

10741-09-3

ORIGINAL

Oggetto

nascituro
soggettivita'
responsabilita
medica

R.G.N. 3697/200

R.G.N. 7006/200

R.G.N. 7013/200

Cron. 1074

Rep. 3386

Ud. 21/01/2009

PU

contributo unificato

In caso di diffusione presente provvedime omettere le generalità altri dati identificativ PARTI E TUTTE LE PERSONE CITATE IN SENT. a norma dell'art. d. lgs.196/03 in qua

- disposto d'ufficio
- a richiesta di pa
- imposto dalla le

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO COPIE PENALI
Richiesta copia studio
Sez./Reg.
per dir.
Il
IL CANCELLIER

2009

155

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MICHELE VARRONE - Presidente -

Dott. BRUNO SPAGNA MUSSO - Rel. Consigliere -

Dott. MARIA MARGHERITA CHIARINI - Consigliere -

Dott. RAFFAELLA LANZILLO - Consigliere -

Dott. PAOLO D'AMICO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 3697-2005 proposto da:

[redacted], elettivamente domiciliato in ROMA, VIA VESALIO 22, presso lo studio dell'avvocato IRTI NATALINO, che lo rappresenta e difende giusta procura a margine del ricorso;

- *ricorrente* -

contro

[redacted] in proprio e n.q. di genitori esercenti la potestà sul figlio [redacted] elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEL CASALE DI SAN NICOLA 75, presso lo studio dell'avvocato CONTI

CASSAZIONE.NET

GLORIA, rappresentati e difesi dagli avvocati ESPOSITO STEFANO, GENITO TIZIANA giusto mandato a margine del controricorso;

- controricorrenti -

nonchè contro

[redacted], [redacted]

- intimati -

sul ricorso 7006-2005 proposto da:

[redacted], elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA GIULIANA 83/A, presso lo studio dell'avvocato ZIPPARRO WLADIMIRA, rappresentato e difeso dall'avvocato DE RUBERTO ANIELLO giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

[redacted], [redacted] elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEL CASALE DI SAN NICOLA 75, presso lo studio dell'avvocato CONTI GLORIA, in ROMA, VIA DEL CASALE DI SAN NICOLA 75, presso lo studio dell'avvocato CONTI GLORIA, rappresentati e difesi dagli avvocati GENITO TIZIANA, ESPOSITO STEFANO giusta delega a margine del controricorso;

[redacted] elettivamente domiciliato in ROMA, VIA VESALIO 22, presso lo studio dell'avvocato IRTI NATALINO, che lo rappresenta e difende giusta procura a margine del controricorso;

CASSAZIONE.NET

- controricorrentI -

nonchè contro

[redacted]

- intimato -

sul ricorso 7013-2005 proposto da:

[redacted], elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA GIULIANA 83/A, presso lo studio dell'avvocato ZIPPARRO WLADIMIRA, rappresentato e difeso dall'avvocato DE RUBERTO ANIELLO; giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

[redacted], elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANDREA VESALIO 22, presso lo studio dell'avvocato IRTI NATALINO, che lo rappresenta e difende giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

nonchè contro

[redacted], [redacted]

- intimati -

avverso la sentenza n. 995/2004 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI quarta sezione civile, emessa il 27/02/2004 depositata il 19/03/2004 , R.G.N. 3041/01

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/01/2009 dal Consigliere Dott. BRUNO SPAGNA MUSSO;

CASSAZIONE.NET

udito l'Avvocato Natalino IRTI;

udito l'Avvocato Carmine LOMBARDI (per delega Avv. Tiziana GENITO);

udito L'Avvocato Aniello DE RUBERTO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIOVANNI SALVI che ha concluso per il rigetto del ricorso principale e dei ricorsi incidentali.

CASSAZIONE.NET

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 28-2-92, il 5-3-92 ed il 4-5-92 i coniugi [redacted] e [redacted], in proprio e quali genitori del minore [redacted], premettevano: che la [redacted] non era riuscita ad ottenere, dopo il matrimonio, la gravidanza per problemi di "annidamento", per cui, nel 1986, si era rivolta in Napoli al [redacted] del prof. [redacted], ove era stata affidata alle cure sia del dott. [redacted] che del dott. [redacted], che le era stato prescritto un medicinale denominato Clomid e che dopo alcuni mesi era insorta la gravidanza; che, a seguito di ciò, il [redacted] sospendeva la cura a base di Clomid e prescriveva altra terapia a base di Progesteronum; che, durante la terapia, la [redacted] veniva sottoposta ad indagini ed accertamenti, senza però il rilascio di relativa certificazione medica; che in data 22-2-1987 la stessa [redacted] partoriva presso detto [redacted] con la nascita di un bambino di nome [redacted], il quale presentava gravissime malformazioni (consistenti in ectrodattilia del tipo monodactilus agli arti superiori, lobster olge agli arti inferiori, ipospadia ed atresia anale); che, a seguito di accertamenti, era stato escluso che dette malformazioni fossero di origine ereditaria; 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.

Ciò premesso, convenivano in giudizio il [redacted], in persona di [redacted], nonché i dottori [redacted] per sentirli dichiarare responsabili dei fatti in questione, con condanna al risarcimento di tutti i danni patiti.

Si costituiva l'[redacted], deducendo di non avere alcuna responsabilità contrattuale o extracontrattuale nei confronti della [redacted] (che si era affidata alle cure degli altri convenuti e non aveva partorito nel [redacted]; inoltre, che presso detto Centro era stata solo in alcune occasioni visitata dal [redacted] (al quale era permesso di ricevere i pazienti nella sola giornata di sabato, usando però ricettari suoi personali).

Si costituivano altresì il [redacted] ed il [redacted] deducendo: di essere meri esecutori delle direttive del [redacted] e del tutto privi di autonomia terapeutica; che la [redacted] non aveva avuto problemi di annidamento bensì di ovulazione (con conseguente prescrizione del Clomid, sospeso dopo l'inizio

CASSAZIONE.NET

della gravidanza); che sia il Clomid che il Progesteronum non avevano natura teratogena e che, comunque, le denunziate malformazioni non potevano essere accertate, mediante ecografia, prima del quinto mese di gravidanza.

Espletate due consulenze medico - legali di ufficio, nonché prove testimoniali e prodotta documentazione varia, l'adito Tribunale di Napoli, con sentenza depositata in data 25-5-2001, dichiarava la responsabilità esclusiva dell'[redacted] condannandolo al pagamento, in favore del [redacted] e della [redacted], quali genitori di [redacted] della somma di £ 2.152.400.000, nonché in favore della [redacted] in proprio della somma di £ 78.037.000 e del [redacted] in proprio della somma di £ 41.508.000, oltre interessi e spese di lite; rigettava la domanda nei confronti del [redacted] e del [redacted] e dichiarava compensate le spese di lite fra quest'ultimi e gli attori.

Proponeva appello l'[redacted] che, dopo aver chiesto in via preliminare la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, contestava che vi fosse prova della prescrizione alla [redacted] 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 Tribunale (per cui la relativa assunzione era avvenuta in epoca lontana dalla gravidanza) e che non era necessario in proposito richiedere alcun "consenso informato". Aggiungeva 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 era più possibile ricorrere all' aborto terapeutico. Censurava, infine, la mancata declaratoria di responsabilità dei dottori [redacted] e [redacted] il tasso dei riconosciuti interessi compensativi e la condanna alle spese di lite.

Si costituivano il [redacted]o ed il [redacted] 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; il solo [redacted] eccepiva la prescrizione quinquennale del diritto degli attori nei suoi confronti e l'assenza da parte sua della facoltà di prescrivere, autonomamente, terapie nel Centro.

Si costituivano altresì i coniugi [redacted] – [redacted] in proprio e nella qualità, proponendo a loro volta appello incidentale, con il quale chiedevano dichiararsi

CASSAZIONE.NET

anche la responsabilità del [redacted] e del [redacted], censurando la liquidazione dei danni per come effettuata dal Giudice di primo grado.

La Corte d'Appello di Napoli, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza per le somme eccedenti l'importo di £ 500.000.000, con sentenza n°995, depositata in data 19-3-2004, così statuiva: "in parziale accoglimento dell'appello principale, nonché dell'appello incidentale dei coniugi [redacted] dichiara anche il dott. [redacted] responsabile dei danni subiti dai predetti coniugi e dal loro figlio [redacted] e lo condanna, in solido con dott. [redacted] al pagamento, in favore dei coniugi [redacted] 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 propone ricorso, con atto notificato in data 3-2-2005, l'[redacted] con tre motivi, (r.g.n°3697/05), illustrati da memoria; resistono con autonomi controricorso il [redacted] e la [redacted] nonché il [redacted], che, a sua volta, propone ricorso incidentale con cinque motivi (r.g.n°7013/2005, con atto notificato in data 14/15-3-2005, anche a [redacted] divenuto maggiorenne in data 22-2-2005), illustrati da memoria, cui resiste l'Abate con controricorso.

Il [redacted] ha proposto altresì ulteriore ricorso (r.g.n°7006/2005, con atto notificato sempre in data 14/15-3-2005, anche a [redacted]), e sempre con cinque motivi del tutto analoghi a quelli contenuti nel ricorso incidentale; in relazione a detto ricorso del [redacted] resistono con autonomi controricorso sia l'[redacted] sia i coniugi [redacted], sia in proprio [redacted] (come detto divenuto maggiorenne).

Infine, il [redacted] ha depositato nota di replica al P.G. in udienza.

Motivi della decisione

Ricorso [redacted]

Con il primo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2043, 1223 e 2056 c.c., nonché dei principi in materia di rapporto di causalità; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione.

CASSAZIONE.NET

Si censurano due profili argomentativi della Corte territoriale, in ordine al disposto risarcimento dei danni: la violazione dell'obbligo informativo nei confronti della [redacted] da parte dei medici curanti, "che non potevano essere all'oscuro dei rischi rappresentati dal farmaco prescritto"; l'assunzione da parte della [redacted] 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 erroneo, 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 erroneo, 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 sgg. c.p.c. 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 [redacted] al consulente tecnico d'ufficio).

Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 32 Cost., 5 c.c., nonché dei principi della legge n°194/1978 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".

<u>Ricorso incidentale</u> [redacted]

Con il primo motivo si deduce "violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 324, 329, 345, 346 e 167 c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento, per superamento dei limiti della domanda e del giudicato formatosi sulla

CASSAZIONE.NET

sentenza di primo grado. Violazione dei principi del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c.)".

Si afferma che "del tutto illegittimamente la Corte d'Appello ha disposto la condanna del [redacted] al risarcimento dei danni pretesi dagli attori, senza considerare che mancava una domanda delle parte in tal senso ed anzi, per effetto della mancata impugnazione da parte dei coniugi [redacted] del capo della sentenza di primo grado concernente il rigetto della domanda nei confronti del [redacted] nei loro confronti si era formato il giudicato"; si aggiunge che erroneamente la Corte d'Appello ha dichiarato la responsabilità anche del [redacted] in quanto mancava una domanda in tal senso; si aggiunge ancora che "la domanda originaria formulata in citazione dai coniugi [redacted] anche nei confronti dei [redacted] e [redacted] per la declaratoria di responsabilità professionale e la condanna al risarcimento dei danni, già relegata in forma subordinata nelle conclusioni rassegnate in primo grado dagli attori e comunque esplicitamente rigettata dal Tribunale, doveva ritenersi del tutto abbandonata in grado di appello, non essendo stata riproposta (art. 346 c.p.c.) con appello incidentale dagli stessi coniugi [redacted] né avendo comunque formato oggetto di considerazioni nei motivi della loro impugnativa parziale, con conseguente acquiescenza (art. 329 ultimo comma c.p.c.) e formazione del giudicato".

Con il secondo motivo si deduce violazione degli artt. 1228, 1299, 2055 e 2232 c.c., nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 324, 329 e 346 c.p.c. concernenti norme di legge sul procedimento e sul giudicato interno.

Si afferma che "del tutto illegittimamente la Corte d'Appello di Napoli ha condannato il [redacted] 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 [redacted] ed il [redacted] nonché in ordine alla sussistenza di un rapporto di collaborazione retribuita tra l'[redacted] ed il [redacted] la fattispecie rientrava nella previsione dell'art. 2232 c.c., 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".

CASSAZIONE.NET

Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132 e 189 c.p.c. nonché 118 disp. att. c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento, in relazione ai limiti della domanda (art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c.). Violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 e 2056 c.c. per la determinazione dei danni. Omessa motivazione.

Si afferma che "la Corte d'Appello è incorsa in un'ulteriore grave violazione là dove, condannando il [redacted] al risarcimento dei danni liquidati dal Tribunale, ne ha condiviso 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 deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1228, 2043, 2232, 2236 c.c. (art. 360 nn. 3 e 4 c.p.c.). Violazione e falsa applicazione degli artt. 113, 115, 116 e 132 c.p.c., nonché 118 disp. att. c.p.c., concernenti norme di legge sul procedimento e sulla valutazione delle prove per superamento delle risultanze processuali (art. 360 nn. 3, 4 e 5 c.p.c.). Omessa motivazione.

Si afferma che "manca agli atti il benché minimo elemento per ritenere che il [redacted] 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 dell'[redacted] l'onere della prova incombeva ai coniug[redacted]

Con il quinto motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1225, 2043, 2056 e 2697 c.c.. Violazione degli artt. 112, 115, 116 e 132 c.p.c. nonché 118 disp. att. c.p.c. concernenti norme di legge sul procedimento e sulla valutazione delle prove (artt. 360 nn. 3 e 4 c.p.c.). Omessa motivazione.

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".

CASSAZIONE.NET

Preliminarmente, disposta la riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 335 c.c., deve rilevarsi sia che ammissibile è il ricorso principale nella parte in cui risulta proposto nei confronti di [redacted] e [redacted] oltre che in proprio, quali genitori esercenti la potestà sul minore [redacted] in quanto ad essi notificato in data 3-2-2005 e prima che detto minore diventasse maggiorenne in data 22-2-2005; sia che è ammissibile il ricorso incidentale del [redacted] (nella "versione" del ricorso incidentale come anche del ricorso dallo stesso [redacted] proposto come "principale", ricorsi entrambi dall'identico contenuto) in quanto proposto con atto notificato in data 17-3-05 allo stesso [redacted] ormai diventato maggiorenne, in proprio, come attestato dalla cartolina dell'avviso di ricevimento, prodotta in atti. In relazione a tale notifica (del ricorso incidentale del [redacted] si ribadisce quanto già statuito da questa Corte (Cass. n°116/2004), secondo cui "qualora la capacità di stare in giudizio in rappresentanza del figlio minore venga meno per il raggiungimento della maggiore età da parte di quest'ultimo dopo la pubblicazione della sentenza, l'impugnazione va proposta nei confronti dell'ex minore divenuto maggiorenne (e notificata presso il suo domicilio reale) e non nei confronti dei genitori (ovvero del figlio rappresentato dai genitori)".

In relazione al ricorso principale il primo motivo presenta profili, da un lato, di inammissibilità e, dall'altro, di infondatezza.

Infatti, quanto al primo aspetto, detta doglianza non individua la *ratio decidendi* dell'impugnata decisione sul punto perché, contrariamente a quanto asserito dal ricorrente, la Corte napoletana 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 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 ha riportato che, su 2269 gravidanze associate con somministrazione

CASSAZIONE.NET

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 [redacted] 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 ausiliare, 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 Vaio, 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 recisamente……".

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 rappresentanti 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 [redacted] 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".

Riguardo, poi, al secondo aspetto, il primo motivo è infondato là dove prospetta che la mancata corretta informazione in questione ha inciso esclusivamente sul "potere di scelta" spettante i 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 omissiva 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

CASSAZIONE.NET

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 conseguenziale, 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 c.d. principi di *decodificazione* e *depatrimonializzazione* e la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza normativa, quale autonoma fonte di diritto.

È indubbio che il vigente codice civile, contrariamente alle sue origini storiche 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, intendendosi la prima come il 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, e la seconda nell'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) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto

CASSAZIONE.NET

esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32).

In tale assetto ordinamentale l'apporto 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 generali 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 generali, 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-giurdici (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 R*ule of law* (vale a dire dal principio di legalità), assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice.

CASSAZIONE.NET

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. Ed, infatti, l'art. 1 della legge n°40/2004, 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); l'art. 1 della legge n°194/1978 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, 1° comma, c.c. 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°405/1975, nel disciplinare l'istituzione dei consultori familiari, afferma esplicitamente l'esigenza di protezione della salute del "prodotto del concepimento"; l'art. 32 Cost. (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 10-11-1948) ma anche dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7-12-2000 (poi inglobata nella Costituzione europea), alla quale il recente Trattato di Lisbona (con il quale in data 13-12-2007 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

CASSAZIONE.NET

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, 1° comma, c.p.c.), 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. 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, 2° comma, c.c. (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 c.c. ed alla donazione ex art. 784 c.c.) 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°1436/1996, di iniziativa di alcuni senatori e la proposta di legge n°2965/1997 di iniziativa di alcuni deputati).

Ne deriva che, se da un lato, per quanto esposto, appaiono condivisibili le asserzioni già in precedenza espresse da questa Corte e di cui alla sentenza n°11503/1993 (poi pedissequamente fatte proprie dalla sentenza n°14488/2004)

CASSAZIONE.NET

secondo cui "lo stesso diritto alla salute che trova fondamento nell'art. 32 Cost., 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 della Costituzione (senza dimenticare l'art. 3 della citata Dichiarazione di Diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psico-fisica); su tale aspetto, la relativa lesione in questione a carico di [redacted] risulta correttamente affermata e motivata sulla base dell'inadempimento dello specifico obbligo a carico sia dell'[redacted] nella qualità, che del [redacted] 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 [redacted] in ordine ai rischi della terapia adottata (obbligo, quest'ultimo, che "si riflette" anche nei confronti di [redacted] quale terzo destinatario di effetti protettivi in relazione al rapporto madre-medico).

CASSAZIONE.NET

La Corte territoriale, infatti, sulla base delle risultanze processuali e della discrezionale valutazione dei dati delle espletate consulenze tecniche d'ufficio, non ulteriormente esaminabili nella presente sede di legittimità, dopo aver premesso che "l'[redacted] ha dichiarato nel suo atto di appello di non impugnare la sentenza, nella parte in cui ha riconosciuto che la [redacted] si rivolse al suo studio (e non al [redacted] per la cura della sua sterilità ed ha, conseguentemente, dichiarato l'esistenza di un rapporto contrattuale fra l'appellante e la donna, da cui è derivata la responsabilità del detto medico per le malformazioni del minore [redacted], 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 [redacted] 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 [redacted] 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 dall'[redacted] e dal [redacted] ha riguardato, provocando i danni per cui è processo, [redacted] dopo il suo concepimento (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 e sia il contratto della stessa con il singolo medico risultano produttivi di effetti, oltre che nei confronti delle stesse parti, anche di

CASSAZIONE.NET

ulteriori effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi (sul punto, tra le altre, Cass. n°14488/2004, n°698/2006, 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 c.c. ovviamente tra le parti, si estende a favore di terzi soggetti, più che in base alla pur rilevante disposizione di cui all'art. 1411 c.c., 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 Cost. ed alla connessa normativa codicistica ed ordinaria.

Riguardo al consenso informato, deve ribadirsi che la relativa esigenza del suo "realizzarsi" trova riscontro, oltre che in quanto previsto in tema di Codice deontologico dei medici (dapprima nella versione del 1998 agli artt. 30 e 32 e in seguito in quella del 2006 agli artt. 33 e 35, per cui il medico deve correttamente ed esaurientemente informare il paziente in ordine alle terapie praticate al fine di ottenere il consenso), principalmente nell'art. 32, secondo comma, Cost. (a norma del quale "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"), nell'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute ed integrità fisica), nell'art. 33 della legge n°833/1978 (che esclude trattamenti sanitari contro l'assenso del paziente se questo non è in grado di esprimerlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.); detto consenso ha come presupposto una attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso, sia

CASSAZIONE.NET

nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c..

La violazione di tale obbligo comporta, consistendo in un dovere di comportamento, non un vizio (nullità) del contratto stesso, in mancanza di una esplicita previsione in tal senso, bensì il risarcimento del danno, come di recente affermato da questa Corte a Sezioni Unite (con la sentenza n°26724/2007).

Come bene messo in evidenza nella decisione impugnata, nella vicenda in esame la mancata osservanza dell'obbligo dei sanitari 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 ha affermato la Corte territoriale che "non appare rilevante la censura dell'appello principale riguardante l'omessa rilevazione e comunicazione alla [redacted] delle malformazioni del feto, onde consentirle di ricorrere all'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°14488/2004, 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°194/1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza, e in particolare agli artt. 4 e 6 nonché all'art. 7, 3° comma, che prevedono la possibilità di interrompere la gravidanza nei soli casi

CASSAZIONE.NET

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 c.d. 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 dagli artt. 31, secondo comma, e 2 Cost., 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 la Corte territoriale ha ritenuto la responsabilità dei medici curanti [redacted] oltre che [redacted] 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 [redacted] asserire che, poiché il parto fu preso dai soli dottori [redacted] e [redacted] ogni responsabilità sia da ascrivere esclusivamente ai detti medici. Invero, innanzitutto è dimostrato con i testi e la documentazione della camere di commercio che il reparto della Clinica [redacted] ove partorì la donna, è riservato alle partorienti in cura pressi il [redacted] e che il dott. [redacted] 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 [redacted] era in cura presso il [redacted] ed affidata al dott. [redacted]

Deve, dunque, ritenersi la responsabilità concorrente dei dottori [redacted] e [redacted] 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 c.p. (per cui un evento è da considerarsi causato da un altro se il primo non può verificarsi in assenza del secondo), fatte salve

CASSAZIONE.NET

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. S.U. n.576/2008 nonché Cass. n.21619/2007).

Deve aggiungersi, poi, che in tema di 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, 1° e 2° comma, c.c..

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 l'[redacted] che il [redacted] sono stati ritenuti responsabili contrattualmente perché, da un lato, non hanno

CASSAZIONE.NET

informato compiutamente la [redacted] 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. n°14638/2004) e, dall'altro, hanno "inesattamente" adempiuto la prestazione a loro carico, in modo non diligente ai sensi dell'art. 1176, secondo comma c.c. prescrivendo un farmaco dannoso per il nascituro (sul tema, Cass. n°11316/2003). In entrambe dette ipotesi è evidente la sussistenza del nesso di causalità: il comportamento omissivo ha impedito alla [redacted] 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 da questa Corte (tra le altre, Cass. n°12273/2004), secondo cui, in linea con la decisione della Consulta n°166/1973, deve affermarsi che la limitazione stabilita dall'art. 2236 c.c., della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, configurabile nel caso di mancata applicazione della 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, 2° comma c.c., 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 territoriale 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 (tra le altre Cass. 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

CASSAZIONE.NET

di cui all'art. 1218 c.c. 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.

Altresì, inammissibile è il terzo motivo in quanto non censura, come tra l'altro esposto in sede di esame del primo motivo, la *ratio decidendi* dell'impugnata decisione, fondata sulla violazione di due obblighi (quello relativo all'informazione della paziente e quello riguardante la prescrizione di un farmaco potenzialmente dannoso), limitandosi ad esporre un convincimento proprio del ricorrente in antitesi a quello della Corte territoriale, con specifico riferimento alla violazione del diritto a nascere sano.

Non meritevole di accoglimento è anche il ricorso incidentale in relazione a tutti i motivi.

Quanto al primo motivo si osserva innanzitutto che la responsabilità del [redacted] è stata affermata dalla Corte di Napoli in virtù di un compiuto esame delle risultanze processuali e con ampia e logica motivazione; ha dedotto, infatti, detta Corte che: "egli seguì la donna nell'ambito della struttura dell'[redacted] 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 dell'[redacted]...dagli atti di causa è emerso che egli collaborava con il Centro [redacted] 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 convenuti [redacted] e [redacted], nonché ricevute di pagamento degli emolumenti prodotti dal [redacted]). 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,

CASSAZIONE.NET

decide il programma terapeutico da attuare e ne controllo l'evolversi nel tempo".

Quanto poi alla dedotta mancanza di una domanda di accertamento di responsabilità (e di conseguente pronuncia risarcitoria) nei confronti del [redacted] si rileva: i coniugi [redacted] hanno convenuto sia l'[redacted] nella qualità, che i dottori [redacted] e [redacted] per sentirli condannare al risarcimento di tutti danni subiti in relazione alla loro condotta complessiva nell'ambito del rapporto sanitario-paziente, che non può non comprendere, per quanto già esposto, sia il dovere generale di una corretta informazione, sia l'obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesivi del bene salute (come poi "in concreto" accertato in sede di consulenza di ufficio); inoltre, mentre l'[redacted] in sede di gravame, non proponeva alcuna domanda di condanna del [redacted], solo prospettando una differente tesi rispetto a quanto ritenuto in primo grado, la condanna, a titolo solidale, nei confronti dello stesso [redacted] fu introdotta innanzi al Tribunale da detti coniugi e dagli stessi riproposta, in via d'appello incidentale, in secondo grado.

Né, infine, l'appello principale dell'[redacted] introduceva questioni "nuove" (rispetto all'originaria causa *petendi*), tali da comportare l'inammissibilità del gravame, con riflessi sull'impugnazione incidentale.

Privo di pregio è anche il secondo motivo, in ordine al presunto giudicato formatosi sull'inserimento nella struttura e sull'esistenza di un rapporto contrattuale tra la [redacted] e l'[redacted] con ritenuta conseguente esclusione della responsabilità "diretta" del [redacted] in base degli artt. 1228 e 2232 c.c., va rilevato che la solidarietà tra vari soggetti obbligati verso il danneggiato non è esclusa dal diverso titolo di responsabilità a carico degli "ausiliari" o "sostituti" rispetto ai "padroni" o "committenti", soprattutto in casi in cui un unico evento dannoso è ascrivibile a più persone, come nella vicenda in esame, in cui, per la Corte territoriale, il rapporto tra la [redacted] ed i sanitari in questione, pur nella diversità dei compiti di ciascuno, era da considerarsi unico (come testualmente si afferma alle pagine 9 e 10 nella sentenza impugnata, in relazione alla "responsabilità concorrente dei dottori [redacted] e [redacted] per in danni causati agli attori").

CASSAZIONE.NET

In definitiva, si evince dalla motivazione dei giudici di secondo grado la configurazione dell'attività svolta dal [redacted] nell'ambito del [redacted] da "contatto sociale" con la [redacted] con conseguente assunzione di obblighi personali e diretti da parte del [redacted]

Inammissibili sono le doglianze di cui al terzo e il quarto motivo: a parte la considerazione, come già detto, che la Corte di Napoli ha dato ampiamente conto delle ragioni del decidere, anche con riferimento dei danni liquidati a [redacted] ed ai suoi genitori (sia non patrimoniali che patrimoniali), le censure, in particolare, di cui a detti motivi in parte sono generiche (non è infatti dato comprendere "l'arbitrarietà" e la mancanza di motivazione in proposito dedotte dal ricorrente incidentale nel terzo motivo) e in parte riguardano circostanze di fatto (l'entità delle lesioni e dei danni patrimoniali in sede di terzo motivo nonché il comportamento del [redacted] in ordine all'obbligo di informazione, la prova in proposito offerta dalla [redacted] la dannosità del Clomid in relazione alla terapia praticata nell'ambito del quarto motivo) non ulteriormente valutabili in questa sede.

Per quanto già esposto, assorbito è il quinto motivo.

In conclusione, deve affermarsi, stante la soggettività giuridica di [redacted] 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, 2° comma, c.c., ed azionabile dagli esercenti la potestà) 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 protettivi 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

CASSAZIONE.NET

quale prospettabile nella vicenda in esame ai sensi dell'art. 1218 e dell'art. 1176, 2° comma, c.c., risulta dovuto, come stabilito nella sentenza impugnata, il risarcimento in questione nei confronti dei coniugi Porcaro.

In relazione alla natura della controversia sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra tutte le parti le spese del presente giudizio.

Infine, ricorrono i presupposti ex art. 52, secondo comma, d.lgs. n°196/03, in materia di protezione di dati personali, per disporre, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, che sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati nella presente controversia.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta sia il ricorso principale che il ricorso incidentale. Compensa le spese. Dispone l'omessa indicazione delle generalità e dei dati identificativi degli interessati.

In Roma, il 22-4-2009

L'estensore

Il Presidente

IL CANCELLIERE C1
Innocenzo Battista

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Oggi 11 MAG. 2009
IL CANCELLIERE C1
Innocenzo Battista