

Civile Ord. Sez. 3 Num. 9706 Anno 2020

Presidente: ARMANO ULIANA

Relatore: OLIVIERI STEFANO

Data pubblicazione: 26/05/2020

ORDINANZA

Ud. 12/02/2020

sul ricorso 12225-2018 proposto da:

CC

GIOIA LUCIA, domiciliata ex lege in ROMA, presso la
CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata
e difesa dall'avvocato DOMENICO D'IPPOLITO;

- *ricorrente* -

contro

MANCINO MARIA LIDIA, DI PUNZIO MARISTELLA,
elettivamente domiciliate in BRINDISI, VIA OSANNA
102, presso lo studio dell'avvocato MARCELLO BISCOSI,
che le rappresenta e difende;

AVIVA ITALIA SPA , in persona dell'Amministratore
Delegato, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI
MONTE VERDE 162, presso lo studio dell'avvocato

Privacy
In caso di diffusione del
presente provvedimento
omettere le generalità e
gli altri dati identificativi,
a norma dell'art. 52
d.lgs. 196/03 in quanto:
 disposto d'ufficio
 a richiesta di parte
 imposto dalla legge

12.6 MAG/2020

2020

286

GIORGIO MARCELLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato BARBARA CECCARELLI;

LABORATORIO DR PASQUALE PIGNATELLI SRL A SOCIO UNICO, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA VINCENZO AMBROSIO 4, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO BELLOMI, che lo rappresenta e difende;

- **controricorrenti** -

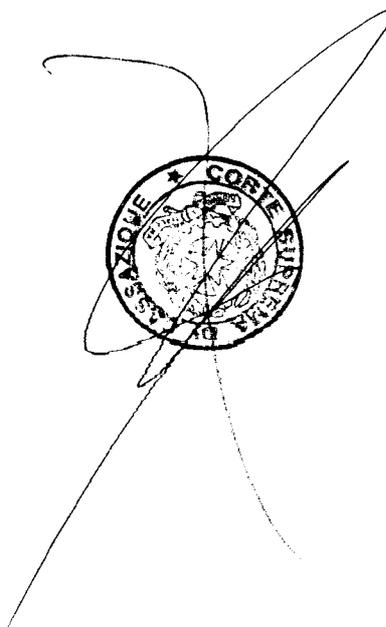
nonchè contro

LABORATORIO DR PASQUALE PIGNATELLI SRL A SOCIO UNICO, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA VINCENZO AMBROSIO 4, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO BELLOMI, che lo rappresenta e difende;

- **resistente** -

avverso la sentenza n. 218/2018 della CORTE D'APPELLO di LECCE, depositata il 21/02/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 12/02/2020 dal Consigliere Dott. STEFANO OLIVIERI;



Fatti di causa

Il Tribunale di Brindisi adito con domanda di risarcimento danni per malpractice medica, proposta da Lucia Gioia e Donato Ciciriello, in proprio e n.q. di genitori esercenti la potestà sulla minore Mara Grazia Ciciriello, nei confronti del ginecologo Francesco Di Punzio, cui veniva addebitato l'inadempimento colposo nella esecuzione della prestazione professionale, essendosi limitato a prescrivere in 22 settimana di gravidanza un esame ecografico ed un "tri-test" dal quale non era stato possibile accertare la esclusione di malformazioni nel feto poi riscontrate alla nascita (sindrome di Down e patologia cardiaca "CAV completo"), con sentenza n. 376/2014, ha rigettato la domanda attorea rilevando che nessuna colpa era attribuibile al professionista conformatosi alle "leges artis", e che la Gioia non aveva fornito prova dei gravi rischi alla salute per la gestante determinati dalla nascita indesiderata che integravano il presupposto legale dell'esercizio del diritto alla interruzione della gravidanza che non poteva pertanto ritenersi leso dalla condotta del professionista. Ha dichiarato altresì assorbite le domande ed eccezioni attinenti alle domanda di manleva e di garanzia proposte dal Di Punzio nei confronti del Laboratorio Dott. Pasquale Pignatelli s.r.l. e della società assicurativa della RC, AVIVA Italia s.r.l..

La Corte d'appello di Lecce, adito con appello principale dei danneggiati, premesso che la domanda oggetto di giudizio, formulata in primo grado, era stata limitata soltanto ai danni patiti dalla Gioia in conseguenza della impossibilità di esercizio del diritto alla interruzione della gravidanza, e premesso ancora che -in difetto di riproposizione delle domande di manleva e garanzia, non essendosi costituiti in appello gli eredi del Di Punzio deceduto nelle more del processo- dovevano ritenersi passate in giudicato le statuizioni del primo Giudice di rigetto delle domande formulate nei confronti dei terzi chiamati, rigettava l'appello. Il Giudice territoriale riteneva provata, alla stregua delle risultanze della c.t.u. medico legale, la responsabilità contrattuale del medico (il quale avrebbe dovuto prescrivere una indagine diagnostica ecocardiografica ed eventualmente l'amniocentesi o la funicolocentesi), ma confermava invece la decisione di prime cure in

punto di omessa prova del pericolo “ante partum” di grave danno alla salute della gestante non essendo ex se idonea la malformazione della sindrome di Down a fondare detto rischio e non essendo stata, peraltro, documentata una patologia psichiatrica della Gioia. La esclusione del presupposto legale del grave danno alla salute della gestante, rendeva inoltre inutile la indagine sull’altro presupposto della volontà di abortire della Gioia, e l’ammissione delle prove concernenti il pregiudizio arrecato ai rapporti familiari e sociali.

La sentenza di appello, notificata a mezzo PEC in data 9.3.2018 è stata ritualmente impugnata per cassazione da Lucia Gioia, con due motivi articolati in plurime censure.

Resistono con distinti controricorsi Mariastella Di Punzio e Maria Lidia Mancino, AVIVA Italia s.p.a. e Laboratorio dott. Pasquale Pignatelli s.r.l..

Le parti hanno depositato memorie illustrative ex art. 380 bis.1 c.p.c.

Ragioni della decisione

Preliminarmente vanno dichiarati inammissibili, in quanto notificati oltre il termine perentorio ex art. 370 comma 1 c.p.c., sia la “*memoria in data 12.9.2018*” (se da considerare come controricorso) ed il “*controricorso in data 15.1.2020*”, depositati da Laboratorio Dott. Pasquale Pignatelli s.r.l..

Il ricorso per cassazione è stato infatti notificato all’indirizzo PEC del difensore domiciliatario della società in data 13.4.2018, risultando in conseguenza tardivamente proposte sia la memoria difensiva che il controricorso.

Rimane conseguentemente precluso alla società che non ha proposto rituale controricorso anche il deposito successivo della memoria illustrativa ex art. 380 bis.1 c.p.c. datata 21.1.2020 della quale deve essere, pertanto, disposto lo stralcio (cfr. Corte cass. Sez. 5 - , **Ordinanza n. 24422 del 05/10/2018**; id. Sez. 3 - , **Ordinanza n. 10813 del 18/04/2019**)

Primo motivo:

- *violazione dell'art. 132co2 n. 4 c.p.c., dell'art. 6 lett. b) della legge 194/1978, in relazione all'art. 360co1 n. 4 c.p.c.*
- *violazione degli artt. 2697 e 2727 ss c.c. nonché dell'art. 6 legge n. 194/1978, in relazione all'art. 360co1 n. 3 c.p.c.*

La ricorrente assume che la motivazione della sentenza di appello, in punto di insussistenza del pericolo ex ante alla salute della gestante legittimante l'esercizio del diritto di cui alla legge 194/1978, era del tutto apparente e che la Corte territoriale aveva illegittimamente ritenuto non provato il pericolo alla salute psichica della donna, omettendo del tutto di dare corso alla prova presuntiva, come richiesto da Corte cass. SS.UU. n. 25767/2015.

Osserva il Collegio che la motivazione fondata sulla esclusione della possibile insorgenza nella gestante di una malattia psichica (presupposto legale per l'esercizio del diritto alla interruzione della gravidanza), viene articolata dal Giudice di appello sui seguenti elementi di convincimento :

- difetta il connotato di una estrema gravità della patologia, in quanto il soggetto affetto da sindrome di Down è da ritenere *“tendenzialmente integrabile nel contesto familiare, sociale ed anche lavorativo”* e l'altra patologia cardiaca, di cui era risultata affetta la neonata (CAV completo), era stata risolta con adeguato trattamento terapeutico
- tenuto conto della *“sensibilità media”* (id est dell'uomo medio) diffusa nel contesto storico sociale vigente, la sindrome di Down non veniva riguardata come un fenomeno strano ed eccezionale e quindi avulso dalla realtà, ma come patologia che, se pure inemendabile, poteva essere parzialmente contrastata attraverso attività di formazione e recupero

- non era stata documentata, a livello medico legale, la insorgenza nella Gioia di alcuna patologia psichica ante o post partum, tali rilevando solo le sindromi di tipo psichiatrico.

Inoltre la circostanza -indimostrata- della familiarità della sindrome di Down nella parentela del coniuge, era circostanza ex se neutra, non potendo essere esclusa la volontà della donna di continuare la gravidanza, ove fosse stata resa edotta della malformazione del feto.

Orbene, indipendentemente dalla correttezza o meno delle valutazioni di merito degli elementi considerati, la motivazione della sentenza corrisponde, comunque, al livello del minimo costituzionale richiesto ai fini della rappresentazione delle ragioni fondanti la decisione e della conseguente validità del provvedimento giurisdizionale ex art. 111, comma 6, Cost..

Pertanto, la prima censura ex art. 360co1 n. 4 c.p.c., articolata con il primo motivo di ricorso, deve ritenersi infondata, non essendo riscontabile nella specie l'ipotesi della motivazione solo "*apparente*", ovvero "*perplexa*" o "*incomprensibile*", che si palesa soltanto allorchè la motivazione della sentenza, benchè graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obbiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture. (cfr. **Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 22232 del 03/11/2016; id. Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 9105 del 07/04/2017**).

Nella specie non è dato ravvisare, nella motivazione della sentenza di appello, affermazioni meramente tautologiche, né risultano evidenti o macroscopiche incoerenze relazionali tra le premesse in fatto ed il giudizio di prognosi postuma relativo alla mancanza di prova del rischio per la salute della gestante, né tanto meno dette premesse appaiono oggettivamente inconciliabili e non concordanti con la soluzione di merito accolta in sentenza. Non coglie quindi nel segno il richiamo, svolto a supporto della censura di nullità processuale, al precedente di Corte cass. n. 13/2010 laddove viene a

puntualizzare come, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 194/1978, la indagine da compiere non riguarda l'accertamento di una patologia psichica "già insorta od in atto" al tempo della scelta della gestante, quanto invece "*se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di tale processo patologico*", atteso che la Corte territoriale proprio su tale "possibilità ex ante" si è espressa, pervenendo alla conclusione che la conoscenza della malformazione "*sarebbe stata idonea*" a provocare nella futura madre una patologia psichica (sentenza appello in motiv. pag. 10).

Del tutto inconferente è poi, al fine di sostenere la esistenza prognostica del rischio alla salute della donna, il richiamo operato dalla ricorrente al medesimo precedente di legittimità, nella parte in cui si afferma che, in base "*ad un criterio di regolarità causale*", la corretta informazione della malformazione del feto doveva indurre a ritenere che la gestante avrebbe certamente preferito non portare a termine la gravidanza (affermazione peraltro espressiva di un orientamento giurisprudenziale contrastato e successivamente abbandonato in seguito all'intervento, risolutore del conflitto, di Corte cass. Sez. U, **Sentenza n. 25767 del 22/12/2015** cui si sono adeguate le successive decisioni delle Sezioni semplici della Corte) : trattasi, infatti, di questione concernente la prova -fondata su prognosi postuma- della intenzione abortiva della donna, e dunque del tutto estranea alla diversa questione della prova -anch'essa necessariamente induttiva- della possibile insorgenza, a causa della conoscenza della malformazione fetale, di una "*grave malattia psichica*" nella gestante.

Altra e diversa censura deve essere individuata, nello svolgimento del motivo, laddove si viene a prospettare che il Giudice di merito abbia violato, nell'accertamento negativo della prova presuntiva della volontà abortiva della donna, i criteri legali che regolano la prova per presunzioni ex art. 2727 c.c. o la regola del riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c..

La censura muove dal corretto rilievo del non perspicuo passaggio motivazionale della sentenza di appello -anteposto all'accertamento della inesistenza del rischio di danno

psichico- ove si esamina la circostanza della familiarità da parte del coniuge della sindrome di Down, ritenuta indimostrata dal Giudice di merito ma che viene egualmente esaminata per escluderne la efficacia indiziante univoca della volontà abortiva della donna: sostiene, al proposito, la ricorrente che la Corte territoriale avrebbe frainteso la circostanza ritenendo che i coniugi avessero già una figlia affetta dalla stessa patologia della neonata e da ciò avrebbe erroneamente inferito la presunta volontà della gestante di proseguire la gravidanza anche qualora avesse avuto notizia della malformazione.

Osserva il Collegio che la migliore chiarezza che poteva certamente pretendersi dalla forma espositiva della sentenza impugnata, non impedisce tuttavia di intendere correttamente la circostanza riferita nel passaggio della motivazione in esame, laddove il lessema “*famiglia*” -senza ulteriori specificazioni- deve essere direttamente collegato alla premessa, e cioè alla indimostrata “*presenza nella famiglia del marito di soggetti affetti da sindrome di Down*”, rimanendo quindi escluso che il Giudice di merito abbia erroneamente ipotizzato che la Gioia avesse avuto già altri figli propri con tale patologia.

Dissolto ogni equivoco sull’argomento motivazionale predetto, osserva il Collegio che la inutile divagazione della Corte territoriale su una questione in fatto il cui esame era stato ritenuto precluso ex art. 345 c.p.c. per essere stata allegata per la prima volta con l’atto di appello, non inficia per ciò stesso la statuizione relativa alla esclusione della prova circa il rischio di possibile insorgenza, determinata dalla conoscenza della malformazione fetale, di un grave patologia psichica per la gestante.

Né la sentenza impugnata può ritenersi affetta da “errore di diritto” in quanto la Corte territoriale avrebbe preteso una prova impossibile.

Occorre premettere che la fattispecie normativa del diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto alla interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno, scomposta nei suoi elementi costitutivi, richiede l’assolvimento della prova, gravante ex art. 2697, comma 1, c.c. su colui che agisce per il risarcimento del danno :

1- della rilevante anomalia del nascituro;

- 2- della omessa od inesatta informazione del medico;
- 3- della insorgenza di un grave pericolo per la vita o per la salute psicofisica della donna;
- 4- della volontà della donna di porre termine alla gravidanza.

La giurisprudenza è sempre stata univoca nell'affermare, in via generale, che il semplice accertamento della grave malformazione del feto non fosse sufficiente ad esonerare la parte onerata dal fornire la prova diretta anche degli altri elementi costitutivi della fattispecie.

Divergenze si sono verificate, invece, sul piano dello schema della inferenza logica, da applicarsi necessariamente in tutti quei casi in cui debba accertarsi ora per allora quale sarebbe stata la condotta -non riscontrata nella realtà- che avrebbe tenuto un soggetto nelle condizioni storiche date (cd. giudizio *ex ante* o prognosi postuma): da un lato, essendo stato ritenuto sufficiente apprezzare tale condotta, in base alla regolarità causale fondata esclusivamente sul rilievo statistico dell' "*id quod plerumque accidit*" (secondo tale tesi interpretativa, dalla malformazione del neonato poteva quindi "*implicitamente*" desumersi la esistenza del rischio di una grave pericolo per la salute psichica della gestante, nonchè la volontà di questa di abortire, facendosi peraltro salvo l'onere della prova a carico della donna, in caso di contestazione della controparte: vedi Corte cass. Sez. 3, **Sentenza n. 11488 del 21/06/2004**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 13 del 04/01/2010**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 22837 del 10/11/2010**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 15386 del 13/07/2011**); dall'altro, essendo stato ritenuto necessario, invece, relazionare l'accertamento della regolarità causale - pur fondato su criteri di probabilità logica - alla esistenza di elementi indiziari certi, allegati e provati in giudizio, da cui inferire in via induttiva la prova presuntiva "*ex ante*" del possibile rischio di danno psichico (cfr. Corte cass. Sez. 3, **Sentenza n. 12195 del 01/12/1998**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 2793 del 24/03/1999**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 2354 del 02/02/2010** ; id. id. Sez. 3, **Sentenza n. 7269 del 22/03/2013**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 27528 del 10/12/2013**).

Tale contrasto è stato risolto in seguito all'intervento risolutore di Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 25767 del 22/12/2015* (cui si sono conformate le successive sentenze delle Sezioni semplici: Corte cass. Sez. 3, *Sentenza n. 4540 del 08/03/2016*; id. Sez. 3 -, *Sentenza n. 9251 del 11/04/2017*) che ha ritenuto imprescindibile la prova di tutti i singoli elementi della fattispecie normativa, da un lato, escludendo che la norma di cui all'art. 6 legge n. 194/1978 avesse introdotto una "presunzione legale" (sia pure "juris tantum") con conseguente inversione dell'onere probatorio; dall'altro, rilevando che la peculiare difficoltà della prova ex ante potesse essere superata "ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso" (in motivazione pag. 8), ed in particolare che, per quanto riguardava la prova del fatto psichico, ossia dell'atteggiamento volitivo della donna intenzionata ad abortire, l'onere probatorio avrebbe potuto 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" (ibidem, pag. 9). Soluzione del tutto conforme ai principi in materia di causalità materiale in sede civile enunciati da Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 576 del 11/01/2008* secondo cui lo "standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni)..." (in motivazione, paragr. 5.4).

Orbene, tanto premesso, se la censura di violazione della regola del riparto probatorio ex art. 2697 c.c., neppure viene supportata da argomenti giuridici svolti nella esposizione del motivo, incorrendo quindi nella sanzione della inammissibilità, deve altresì essere

dichiarata inammissibile anche la censura di “*error juris*” per violazione dello schema legale della prova presuntiva ex art. 2727 ss c.c..

La violazione dello schema normativo della presunzione semplice che dà luogo al vizio di violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c., infatti, non concerne il convincimento finale che il Giudice trae dalla valutazione del complesso indiziario, ma la divergenza - nel procedimento di rilevazione e selezione dei fatti seguito dal Giudice- dai criteri di logica formale che presiedono alla “*modalità di interrogazione*” di tale materiale eterogeneo, che, come noto, debbono avere come riferimento la prova dei fatti principali costitutivi del diritto controverso e che si sviluppano attraverso : **1**-la delimitazione del materiale di esame ai soli fatti “certi” che non risultino contraddetti da altri fatti (*precisione*); **2**-l’esame atomistico di ciascun elemento indiziario (fatto secondario) e quindi l’esame globale del complesso indiziario unitariamente considerato in funzione della sua o della loro capacità dimostrativa (*gravità*); **3**-la efficacia conoscitiva del fatto ignorato che il singolo indizio o complesso di indizi è idoneo a produrre, in base alla applicazione di criteri logici di tipo probabilistico-inferenziale tratti dai dati della esperienza (id quod plerumque accidit), ovvero da dati scientifici o statistici (*inferenza cognitiva*); **4**-la controprova o verifica di consistenza, intesa come inidoneità dell’elemento o del complesso indiziario a fornire una diversa inferenza tale da condurre alla conoscenza di un altro fatto ignorato, che risulti alternativo ed incompatibile con quello precedentemente presunto (*concludenza*).

Appare dunque del tutto evidente come la verifica di conformità rispetto allo schema normativo indicato si ponga all’esterno rispetto al contenuto di merito della valutazione (nel che si estrinseca il “*convincimento*” del Giudice ex art. 116col1 c.p.c.), non essendo, quindi, sufficiente contestare le conclusioni raggiunte nella sentenza, in ordine alla sussistenza o meno della prova dei fatti costitutivi della domanda o della eccezione, per assolvere al requisito di specificità del motivo con il quale si deduce il vizio di violazione degli artt. 2727 e 2729 c.c..

Tanto premesso, la critica alla sentenza impugnata viene interamente affidata dalla ricorrente agli argomenti svolti nella motivazione – trascritta nel ricorso – del richiamato precedente di questa Corte cass. n. 13/2010 che, alla stregua dell’orientamento giurisprudenziale più risalente, intendeva di desumere dalla mera conoscenza della malformazione del nascituro - in base all’ “id quod plerumque accidit” - la “*possibilità*” ipotetica (nel senso che la notizia non escludeva il pericolo) di insorgenza di un “*processo patologico*” a carico della gestante. Il rinvio operato dalla ricorrente a tale apparato argomentativo, tuttavia, oltre ad essere superato dal successivo intervento delle Sezioni Unite del 2015, non investe idoneamente la statuizione della Corte d’appello secondo cui dalla istruttoria non erano emersi segnali indiziari sintomatici di tale possibile rischio alla salute della donna, non potendo reputarsi sufficiente la semplice relazionabilità astratta tra “*notizia dolorosa*” della nascita infelice e mera situazione di “*disagio, tristezza o scoramento*”, occorrendo, invece, la dimostrazione, necessariamente prognostica, del pericolo effettivo di una “*sindrome a livello psichiatrico*”, ossia del rischio altamente probabile di una insorgenza della patologia fisica o psichica, comunque accertabile con criteri medico-legali.

Tale la “*ratio decidendi*” della sentenza impugnata, si rileva che la critica svolta dalla parte ricorrente non ha corrispondenza con il denunciato “errore di diritto” in cui il Giudice sarebbe incorso nella applicazione dello schema legale della presunzione semplice e cioè del procedimento logico per cui, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie, da uno o più fatti storici certi (cd. fatti secondari) si ricava - nello specifico caso retrospettivamente - mediante applicazione del criterio di regolarità causale adeguata, l’accertamento “*ex ante*” del fatto ignorato (effettiva esistenza di pericolo di grave danno alla salute). La ricorrente, infatti, viene a contrapporre, anapoditticamente, un diverso apprezzamento della prova dei fatti costitutivi del diritto ad interrompere anticipatamente la gravidanza, volto a sostituire quello negativo adottato dalla Corte territoriale e fondato sulla carenza di “*elementi indiziari sintomatici specifici*”, ossia di fatti storici secondari accertati in giudizio idonei a consentire, mediante operazione induttiva, la ricostruzione del fatto ignorato.

Sul punto le Sezioni Unite del 2015 avevano, infatti, rimarcato la assoluta esigenza di non limitare il procedimento inferenziale a “*correlazioni statisticamente ricorrenti*”, ma di ancorarlo a “*circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche, emergenti dai dati istruttori raccolti*” e cioè, appunto, a fatti storici secondari integranti indizi certi, gravi e concordanti, tra cui, ad esempio, “*le precarie condizioni psico-fisiche della gestante eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica di ufficio*” (cfr. Corte cass. SS.UU. n. 25767/2015, cit., in motiv. pag. 10-11). Pertanto, non appare dubbio che la prova del pericolo per la salute psichica, determinato dalla conoscenza della malformazione del nascituro, possa essere fornita anche in via indiretta, attraverso i “*precedenti anamnestici clinici*” relativi al pregresso stato di salute della donna (deponenti per instabilità psichica, fenomeni depressivi ricorrenti, trattamenti farmacologici, ecc.), ovvero attraverso la definizione del “*tipo psicologico*” della persona (difficoltà relazionali, visione negativa del mondo, incapacità di accettazione delle difficoltà e traversie, ecc.), o ancora attraverso la “*storia familiare e sociale*” del soggetto (ad es. affetto da altre diverse patologie anche fisiche che lo collocano in una situazione disperante e precaria; oppure già impegnato a sopportare il dolore determinato dalla presenza in famiglia di altri soggetti gravemente menomati; o ancora evidenziante oggettive caratteristiche della personalità segnate da particolari e profonde esperienze negative e disperanti).

Tutti questi elementi circostanziali, ove raccolti e ritualmente rappresentati nel giudizio, bene possono e debbono obbligare il Giudice di merito a ricostruire pazientemente e dettagliatamente la vicenda personale della gestante, onde verificare, nel caso concreto, la praticabilità e la tenuta della applicazione dello schema logico presuntivo volto all'accertamento della esistenza - al tempo in cui era ancora effettuabile la scelta abortiva - di una condizione della donna potenzialmente idonea a determinare nella stessa la insorgenza di una patologia psichica.

Inconferente, rispetto alla statuizione impugnata vertente sulla prova del presupposto del rischio grave alla salute della gestante, è altresì il richiamo, contenuto nel ricorso per

cassazione, al precedente di questa Corte n. 6973/2016 che aveva ritenuto correttamente fondata la prova presuntiva della “*volontà ex ante*” della donna di esercitare il diritto alla interruzione della gravidanza, in base alla mera considerazione della “*gravità delle malformazioni*” e del “*ricorso a continui controlli ecografici*”. Appare del tutto evidente, infatti, come la parte ricorrente venga a compiere, con il richiamo al detto precedente, una totale virata rispetto alla originaria critica rivolta alla sentenza, spostandosi dalla questione della prova del “*grave pericolo di danno*” a quella - diversa - della prova della “*intenzione abortiva*”, assumendo che gestante si era sottoposta a numerose visite ginecologiche ed a indagini ecografiche.

Orbene, premesso che una siffatta censura avrebbe dovuto essere dedotta in relazione all’appropriato vizio di legittimità di cui all’art. 360co1 n. 5 c.p.c. e non come vizio di “*error juris*”, osserva il Collegio che l’esame della stessa si palesa del tutto superflua, posto che la questione probatoria della “*intenzione abortiva*” della donna rimane superata dalla mancata prova dell’altro determinante presupposto legale relativo alla esistenza del “*pericolo di grave danno*” alla salute.

Secondo motivo:

- *violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056 e 2059 c.c.; dell’art. 6 lett. b) della legge n. 194/1978, in relazione all’art. 360co1 n. 3 c.p.c.*
- *violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 132 co2 n. 4 c.p.c., in relazione all’art. 360co1 n. 4 c.p.c.*

Sostiene la parte ricorrente che, indipendentemente dalla violazione del diritto ad esercitare la interruzione della gravidanza, nell’atto di citazione in primo grado - come peraltro riportato anche nella sentenza di appello - era stato chiesto altresì il risarcimento del danno determinato dalla compromissione del diritto della gestante ad essere informata sulla malformazione del nascituro, per non essere stata posta in grado di “*prepararsi psicologicamente e materialmente all’arrivo della figlia menomata*”, danno

da tenere distinto da quello alla salute in quanto riconducibile al “*diritto alla procreazione cosciente e responsabile*”.

Nell’ambito della responsabilità medica in generale, la lesione del diritto al consenso informato (o più esattamente del diritto alla autodeterminazione fondata su di una informazione corretta) ha per oggetto la libertà di scelta rimessa al paziente di sottoporsi o meno - nei tempi previsti o successivamente ove possibile, secondo la tecnica indicata od altra ritenuta preferibile – al trattamento terapeutico diretto a risolvere, o migliorare od impedire l’aggravamento di uno stato di salute compromesso.

La corretta informazione in ordine allo stato morboso attuale, alla evoluzione della malattia ed alle sue conseguenze, alla possibilità di trattamenti terapeutici alternativi, alle probabilità di successo ed agli eventuali rischi collaterali o per complicanze prevedibili, agli esiti della terapia sulla successiva capacità del soggetto di determinarsi nella vita quotidiana e nelle relazioni sociali, pertiene all’oggetto della obbligazione assunta dal professionista, sicchè l’inesatta, incompleta o del tutto omessa informazione, venendo a compromettere la capacità di autodeterminazione del paziente, integra un inadempimento contrattuale da cui insorge la responsabilità civile per gli eventuali danni patrimoniali o non patrimoniali derivati.

La peculiare ed autonoma rilevanza che può assumere la omessa od inesatta informazione in ambito medico, in seguito all’inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto d’opera professionale, deve considerarsi un approdo ormai definitivo della giurisprudenza consolidata della Corte di legittimità.

E’ stato, peraltro, precisato che, in tema di attività medico-chirurgica, sebbene l’inadempimento dell’obbligo di acquisire il consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico (comportando la violazione dei distinti diritti alla libertà di autodeterminazione e alla salute), in ragione dell’unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente - che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto - non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti

tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno: è possibile, invece, che anche l'inadempimento dell'obbligazione relativa alla corretta informazione sui rischi e benefici della terapia si inserisca tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali (il diritto alla salute; il diritto alla autodeterminazione), entrambi suscettibili di risarcimento ma soltanto qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate distinte specifiche conseguenze dannose (cfr. Corte cass. Sez. 3 - , **Sentenza n. 28985 del 11/11/2019**)

Nelle prestazioni terapeutiche la controversia di risarcimento danni, derivanti dall'inadempimento delle due distinte obbligazioni, si atteggia pertanto in modo diverso secondo che il danneggiato chieda il risarcimento esclusivamente del pregiudizio alla salute (danno biologico temporaneo e permanente), o invece chieda anche - o soltanto - il risarcimento del distinto pregiudizio subito dalla compressione del "*diritto alla autodeterminazione*".

Pertanto, nel primo caso, qualora venga allegato e provato, come conseguenza della mancata acquisizione del consenso informato, unicamente un "danno biologico", ai fini dell'individuazione della causa "immediata" e "diretta" (ex art. 1223 c.c.) di tale danno-conseguenza, occorre accertare, mediante giudizio controfattuale, quale sarebbe stata la scelta del paziente ove correttamente informato, atteso che, se egli avesse prestato senza riserve il consenso a quel tipo di intervento, la conseguenza dannosa deve imputarsi esclusivamente alla lesione del diritto alla salute determinata dalla successiva errata esecuzione della prestazione professionale, mentre, se egli avesse negato il consenso, il danno biologico scaturente dalla inesatta esecuzione della prestazione sanitaria è riferibile "ab origine" alla violazione dell'obbligo informativo, che concorrerebbe, unitamente all'errore relativo alla prestazione sanitaria, alla sequenza causale produttiva della lesione della salute quale danno-conseguenza (idem supra).

Nel secondo caso, invece, occorre considerare che la violazione, da parte del medico, del dovere di informare il paziente (quale condotta autonomamente lesiva), può causare due diversi tipi di danni: un “danno alla salute”, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, rinvenibile quando, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute. Pertanto, nell'ipotesi di omissione od inadeguatezza diagnostica che non abbia cagionato danno alla salute ma che abbia impedito l'accesso ad altri più accurati accertamenti, la lesione del diritto all'autodeterminazione sarà risarcibile ove siano derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale, quali sofferenze soggettive e limitazione della libertà di disporre di se stessi, salva la possibilità della prova contraria (idem supra).

Orbene la ricorrente ha inteso scindere le due richieste risarcitorie, isolando il comportamento contrattuale del medico-ginecologo rispetto alla eventuale scelta che la gestante - se correttamente informata della malformazione fetale - avrebbe compiuto in ordine alla interruzione della gravidanza, e lamentando che dall'inadempimento contrattuale, ossia dalla lesione dell'interesse dedotto in contratto a ricevere una esatta informazione sullo stato di salute del feto, sarebbe derivato un pregiudizio di natura non patrimoniale consistente nella compromissione della “*sfera, intima, esistenziale e relazionale della madre*” e che troverebbe riscontro nel collegamento strumentale tra l'interesse (ad essere informata) contrattuale leso ed il “*diritto alla pianificazione familiare*” avente fondamento costituzionale negli artt. 2 e 29 Cost. (ricorso pag. 14).

Osserva il Collegio che, irrilevante la citazione giurisprudenziale, riportata nel motivo di ricorso, relativa al precedente di Corte cass. 25849/2017 (concernente il pregiudizio arrecato al diverso diritto di scelta della donna di abortire, dalla mancata informazione), non pare dubbio che la sfera della organizzazione dei rapporti familiari pertenga al

diritto riconosciuto a ciascun individuo di sviluppare la propria personalità all'interno delle formazioni sociali riconosciute - qual è la famiglia - che, in quanto avente fondamento costituzionale, se pregiudicato, bene può dare luogo a pregiudizi di natura non patrimoniali risarcibili (cfr. Corte cass. Sez. U, **Sentenza n. 26972 del 11/11/2008** secondo cui *“il danno non patrimoniale, quando ricorrano le ipotesi espressamente previste dalla legge, o sia stato leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione, è risarcibile sia quando derivi da un fatto illecito, sia quando scaturisca da un inadempimento contrattuale”*; id. Sez. 3, **Sentenza n. 24143 del 29/11/2010**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 4542 del 22/03/2012**; id. Sez. 1, **Sentenza n. 23401 del 16/11/2015**; id. Sez. 3 - , **Ordinanza n. 7513 del 27/03/2018**, citata anche dalla ricorrente). Va dunque ribadito il principio ormai consolidato secondo cui il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. - anche quando non sussiste un fatto reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, alle tre seguenti condizioni: (a) che l'interesse leso - e non il pregiudizio sofferto - abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si verrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 cod. civ., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); (c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità (cfr. Corte cass. Sez. U, **Sentenza n. 26972 del 11/11/2008**).

Tuttavia non è la questione della identificazione dell'interesse leso che viene in rilievo nella sentenza impugnata, come sembra ritenere la ricorrente, sibbene la prova

della conseguenza dannosa derivata dall'inadempimento contrattuale (l'*eventus damni* ossia il danno-conseguenza).

La Corte d'appello, se pure con motivazione sintetica (sentenza in motiv. pag. 11), ha esaminato, infatti, anche la questione concernente il "*danno esistenziale non patrimoniale*" (diverso, quindi, dal danno alla salute e dal danno derivato dal mancato esercizio del diritto alla interruzione della gravidanza) che sarebbe derivato dalla violazione del diritto di autodeterminazione, ritenendo, tuttavia, di escludere la prova della esistenza di conseguenze pregiudizievoli risarcibili, in quanto non risultava dimostrato che "*l'omessa informazione abbia determinato un peggioramento rispetto alle condizioni in cui la donna si sarebbe trovata se l'informazione l'avesse ricevuta*": in base a tale argomento è stata ritenuta inammissibile la prova orale dedotta dalla madre sul peggioramento delle condizioni di vita e di relazione ante e post nascita della minore.

La motivazione deve ritenersi corretta.

Il danno non patrimoniale, anche se derivante dalla lesione di interessi protetti elevati al rango costituzionale, non può mai considerarsi un "*danno in re ipsa*", essendo comunque necessario che il soggetto leso abbia effettivamente patito un pregiudizio, il quale va allegato e provato, anche attraverso presunzioni semplici (cfr. Corte cass. Sez. U, **Sentenza n. 26972 del 11/11/2008**, in motivazione; id. Sez. 3, **Sentenza n. 20684 del 25/09/2009**; id. Sez. 3, **Sentenza n. 10527 del 13/05/2011**; id. Sez. L, **Sentenza n. 7471 del 14/05/2012** ; id. Sez. 3, **Sentenza n. 15240 del 03/07/2014**; id. Sez. 3 - , **Sentenza n. 11269 del 10/05/2018**; id. Sez. 2 - , **Ordinanza n. 28742 del 09/11/2018**; id. Sez. 3 - , **Ordinanza n. 31537 del 06/12/2018**; id. Sez. 6 - L, **Ordinanza n. 29206 del 12/11/2019**). Tale principio risulta espressamente ribadito anche con riguardo al danno non patrimoniale definito, con locuzione sintetica, "esistenziale", che non può essere considerato "in re ipsa", ma deve essere provato, secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c., attraverso la dimostrazione di fatti attestanti il radicale cambiamento di vita, l'alterazione della personalità e lo sconvolgimento dell'esistenza del soggetto: ne consegue che il relativo onere può ritenersi assolto solo in presenza di una allegazione

circostanziata e riferita a fatti specifici e precisi, non potendo invece risolversi in mere enunciazioni di carattere generico, astratto, eventuale ed ipotetico (in termini, da ultimo: Corte cass. Sez. 2 - , **Ordinanza n. 28742 del 09/11/2018**).

Orbene la ricorrente ha formulato ritualmente in primo grado e reiterato in grado di appello richiesta di ammissione di prova orale volta a dimostrare la alterazione delle abitudini di vita dei genitori, ma le circostanze capitolate si riferiscono tutte a comportamenti ed abitudini di vita (cfr. ricorso, pag. 17: i coniugi praticavano attività sportive, effettuavano viaggi turistici durante il periodo estivo, frequentavano gli amici il fine settimana) che hanno trovato impedimento o maggiore difficoltà “*a causa*” della nascita della figlia affetta da sindrome di Down (come si evince dai capitoli nn. 20 e 21 di prova per testi trascritti alla pag. 17 del ricorso per cassazione) e non invece a causa della “*ritardata*” acquisizione della conoscenza della malformazione della nascita, atteso che dette attività sarebbero state in ogni caso impedito od ostacolate, dopo la nascita della minore, sia che i genitori avessero avuto tempestiva conoscenza delle condizioni del feto, sia che - come è accaduto -, non abbiano avuto tale anticipata informazione.

Orbene, se è certamente indiscutibile la rilevante modifica della organizzazione e dello svolgimento delle attività quotidiane che determina, in una famiglia, l'ingresso di una minore abisognevole - tanto più nei primi tempi - di assistenza e cura continua da parte dei genitori, tuttavia tale mutamento delle abitudini di vita è inidoneo a fondare la censura che non investe la “*ratio decidendi*” dalla Corte territoriale in ordine alla irrilevanza eziologica ex art. 1223 c.c. - rispetto al pregiudizio arrecato alle abitudini di vita dei genitori - della “*ritardata*” conoscenza da parte della madre della effettiva condizione di salute della neonata: in sostanza la Corte territoriale rileva l'assenza di fatti specifici sintomatici della differenza peggiorativa, in termini quanti-qualitativi, della situazione di “*maggior*” difficoltà dei genitori relativa alla accettazione ed elaborazione della nuova situazione familiare, determinata non dalla nascita della figlia affetta da patologia, ma dall'aver conosciuto solo tardivamente anziché anticipatamente la

condizione di salute della minore. Non pare dubbio, infatti, che, se il danno “esistenziale” è consistito - come si desume dai capitoli di prova orale - dalla variazione delle abitudini di vita determinatasi “*in conseguenza della nascita*” (e della conoscenza acquisita, in tal momento, della infermità), non si comprende in che modo detto danno “esistenziale” - non essendone stati indicati altri - potrebbe e dovrebbe, invece, rinvenire il suo fattore causale primo (secondo il criterio di prossimità spazio-temporale della conseguenza pregiudizievole) nel precedente fatto-inadempimento che aveva determinato la mancata anticipata conoscenza della infermità della figlia.

Non assolve, evidentemente, all’onere della prova richiesto, la mera indicazione nel ricorso del danno non patrimoniale descritto - peraltro impropriamente - come danno “*esistenziale puro*” e “*biologico-esistenziale*”. Tale categorizzazione esprime solo equivoche formule descrittive del medesimo modo di essere del danno non patrimoniale, laddove la allegazione che il danno subito dalla Gioia è consistito nella “*limitazione subita nelle attività realizzatrici della persona*” o “*nel peggioramento del modo di vivere le attività precedenti e la interazione con i terzi*” od ancora “*nella paura di essere giudicata o la difficoltà ad essere giudicata*” od ancora nella “*mancanza di una adeguata preparazione psicologica*” (ricorso pag. 17 che riproduce la domanda formulata in primo grado), non trova alcun riscontro nelle circostanze oggetto dei capitoli di prova orale.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato.

La parte soccombente è tenuta alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità in favore delle eredi Di Punzio.

Risulta dagli atti e dalla sentenza di appello che il Laboratorio Dott. Pasquale Pignatelli s.r.l. era stato chiamato in giudizio dal convenuto Di Punzio il quale aveva formulato “*domanda di manleva*”, e che i genitori della minore, in grado di appello, aveva insistito esclusivamente nella domanda di condanna proposta nei confronti del Di Punzio. Ne segue che se, da un lato, neppure è dato ravvisare la instaurazione del

rapporto processuale diretto tra la Gioia e la predetta società, dall'altro lato, la inammissibilità del controricorso di Laboratorio Dott. Pasquale Pignatelli s.r.l., e la mancata riproposizione della domanda di manleva da parte delle eredi Di Punzio, rimaste contumaci in grado di appello, nonché la mancanza di conclusioni - assunte nei confronti del Laboratorio - sia nel ricorso per cassazione della Gioia (qualora anche si ipotizzasse una precedente estensione automatica della domanda nei confronti del terzo chiamato dal convenuto "*in manleva*") che nel controricorso delle stesse eredi, consente di dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi anche in relazione alla posizione processuale di AVIVA Italia s.p.a., nei confronti della quale non era stata riproposta ex art. 346 c.p.c. dalle eredi Di Punzio la domanda condizionata di adempimento della polizza assicurativa della responsabilità civile, dovendo intendersi effettuata la notifica del ricorso per cassazione, da parte della Gioia, ai soli fini della notizia di pendenza della lite, non avendo le eredi Di Punzio riproposto ex art. 346 c.p.c. domande nei confronti della società assicurativa.

P.Q.M.

Dichiara inammissibili la "*memoria in data 12.9.2018*" ed il "*controricorso in data 15.1.2020*", depositati da Laboratorio Dott. Pasquale Pignatelli s.r.l..

Rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al pagamento in favore delle controricorrenti eredi Di Punzio, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 4.200,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Compensa integralmente le spese processuali tra tutte le altre parti processuali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del Dpr 30 maggio 2002 n. 115, inserito dall'art. 1 comma 17 della l. n. 228 del 2012, la Corte dà atto che il tenore del dispositivo è tale da giustificare il versamento, se e nella misura dovuto, da parte del

ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

Dispone che, in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa la indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi di Lucia Gioia, Donato Ciciriello, Maria Grazia Ciciriello riportati nella sentenza.

Così deciso in Roma il 12/02 /2020