



SENTENZA n°
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Brindisi, Sezione distaccata di Ostuni, in persona del giudice Dott. Antonio Ivan Natali, ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta al n. 242/2006 del Ruolo Generale promossa

D A

Caio E Tizia, rappresentati e difese dall'Avv. to Carlino Carrieri;

ATTORI

C O N T R O

A.U.S.L. BR/1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv. ti David Morganti e Paolo Vinci;

CONVENUTA

Alla udienza del 7.10.2010 sono comparsi i procuratori delle parti, i quali, dopo aver precisato le conclusioni come sopra, discutono oralmente la causa-----

IL GIUDICE

Pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo e delle seguenti ragioni di fatto e di diritto della decisione

FATTO E DIRITTO

I coniugi Clemente-Lisi, in proprio e nella qualità di aventi causa della *de cuius* Clemente Debora, con atto di citazione notificato il 31.05.2006, convenivano in giudizio la A.U.S.L. BR/1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, affinché, accertata la responsabilità contrattuale della convenuta per i fatti illeciti riconducibili ai propri dipendenti, tal ultima fosse condannata al risarcimento dei danni patiti dagli attori -nelle rispettive qualità - nella misura da determinarsi in via equitativa.

Gli attori lamentavano sia la totale carenza di informazione nei confronti della partoriente, nella fase precedente e successiva al parto, sia la totale

assenza di cure alla neonata ed, in particolare, della alimentazione, idratazione, ossigenazione e del riscaldamento (che avrebbe provocato la *“spiccatissima ipotermia”* con la quale era giunta -circa dieci ore più tardi- presso l'UTIN di Brindisi), con la conseguenza che, seppur da un punto di vista statistico, la neonata aveva una probabilità di sopravvivenza, non superiore al 10%, la totale mancanza di assistenza avrebbe sicuramente azzerato anche tale esigua percentuale.

Si costituiva la A.U.S.L. BR/1, con comparsa di risposta del 31.10.2006, assumendo la correttezza dell'operato dei sanitari del P.O. di Ostuni - nel caso di specie, supportato dal dato statistico circa la esigua possibilità di sopravvivenza della neonata - e, di conseguenza, la mancanza di prova che un comportamento differente avrebbe impedito l'evento lesivo; concludeva, pertanto, per il rigetto della domanda attrice.

Consta *ex actis*, che, in data 13.01.2004, Tizia, gestante da 22 settimane, eseguiva un esame ecografico ambulatoriale, (cfr. doc. sub. 1 del fascicolo di parte attrice).

In data 19.01.2004, la Lisi accusava stato febbrile e scolo di liquido amniotico e, pertanto, decideva di sottoporsi ad una visita specialistica.

Ad esito di tale controllo, la giovane donna si recava presso il P.O. di Ostuni, ed ivi, alle ore 15.20, veniva ricoverata e sottoposta ad esame ostetrico e ad indagine ecografica (cfr. doc. sub. 2 del fascicolo di parte attrice). Ivi la gestante partoriva.

L'intervento aveva buon esito e, quindi, alle ore 00.30 del 20.01.2004, veniva alla luce una neonata del peso di 400 grammi circa.

Subito dopo il parto, a tal ultima veniva praticata una terapia rianimatoria per circa 20-30 minuti, all'esito della quale il rianimatore decideva di sospendere la procedura e lasciare la neonata in *“osservazione, senza ulteriore accanimento terapeutico”*.

La cartella clinica, redatta dal ginecologo del P.O. di Ostuni, Dott. Sempronio, documenta la nascita della neonata, alle ore 00.30, con la certificazione *“nata viva”*, a seguito della correzione della precedente attestazione *“nata morta”* (cfr. doc. sub. 2 del fascicolo di parte attrice).

Alle ore 7.30, i sanitari del P.O. di Ostuni decidevano il trasferimento della neonata presso l'ospedale Perrino di Brindisi, dotato di unità di terapia intensiva neonatale (UTIN) (cfr. doc. sub. 3 del fascicolo di parte attrice).

La neonata giungeva presso la vicina struttura ospedaliera di Brindisi alle ore 8.45 del 20.01.2004, ciò secondo le risultanze della cartella di ricovero, per quanto vi sia traccia di una precedente annotazione, che riportava l'arrivo alle ore 10.19 di quel giorno, con la indicazione del peso in 440 grammi (cfr. doc. sub. 4 del fascicolo di parte attrice).

Ad ogni modo, presso l'UTIN di Brindisi, la neonata veniva intubata e ventilata con respiratore automatico e, dopo qualche ora, le veniva somministrato del surfattante; una successiva comparsa di manifestazioni emorragiche imponeva una emotrasfusione ed una nuova somministrazione di surfattante.

Seguiva un periodo di apparente miglioramento della funzione respiratoria (seppur assistita) ma, alle ore 17.30 del 21.01.2004, sopravveniva un arresto cardiorespiratorio, rivelandosi vane le manovre rianimatorie apprestate. Infatti, alle ore 18.30 i sanitari constatavano il decesso della neonata (doc. sub. 4 del fascicolo degli attori).

Per quanto riguarda lo stato della neonata, ricoverata presso il P.O. di Ostuni, durante le ore intercorrenti tra la sospensione delle manovre rianimatorie ed il trasferimento presso l'UTIN dell'Ospedale Perrino di Brindisi, la cartella clinica del P.O. di Ostuni a firma del Dott. Sempronio (cfr. doc. sub. 2 del fascicolo degli attori) riporta, come già precisato, le parole *“osservazione senza ulteriore accanimento terapeutico”*.

In conseguenza dei suddetti fatti, Caio sporgeva “esposto-denuncia” ai Carabinieri di Fasano, raccolta a verbale il 24.01.2004.

Il procedimento penale (n. 550/04 R.G.N.R.) veniva avviato nei confronti dei sanitari del P.O. di Ostuni e dell'UTIN di Brindisi che avevano -in tempi diversi- avuto in cura la neonata.

Per l'accertamento dei fatti, si disponeva l'accertamento tecnico non ripetibile, consistente nell'esame autoptico sulla salma della neonata (cfr. doc. 5 del fascicolo dell'attrice).

L'indagine peritale era preordinata ad accertare le cause del decesso della neonata ed in particolare:

“1) se il feto (fosse) mai stato vivo o comunque vitale;

- 1) se il feto avesse autonoma capacità vitale al momento della nascita;*
- 2) in caso di vitalità, se erano prospettabili condotte, concretamente esigibili, idonee a impedire l'evento morte;*
- 3) se le condotte tenute dai medici, succedutisi nel tempo, che hanno avuto in cura la neonata, (fossero) state adeguate e esenti da profili di colpa in relazione all'evento”.*

Eseguiti gli accertamenti di rito, i periti concludevano che:

- *la neonata era nata viva;*
- *aveva autonoma capacità vitale al momento della nascita;*
- *le condotte sanitarie, in sala parto e presso l'UTIN di Brindisi, risultavano essere state congrue in rapporto alle caratteristiche della piccola paziente;*
- *in considerazione della bassa probabilità che la neonata aveva di sopravvivere (10-20%) e dei correlati rischi di gravi esiti permanenti in caso di sopravvivenza, non era possibile configurare alcun legame causale tra le condotte dei sanitari e l'evento morte.*
- *Veniva disposto un supplemento di perizia affinché: “esaminata la documentazione in atti, compresa la relazione di CTU del Prof. Fineschi, precisi il CTU se le condotte dei sanitari intervenuti nelle cure del neonato subito dopo il parto ed in fase successiva, siano state corrette ed adeguate secondo i canoni delle scienze mediche e quelli della diligenza, prudenza e perizia; dica altresì se un eventuale comportamento corretto avrebbe evitato l'evento morte del neonato indicandone anche le probabilità statistiche; dica infine ove ravvisi responsabilità del personale medico, i singoli ruoli e le condotte” (doc. 6 del fascicolo degli attori).*

Il perito concordava con l'esito del precedente accertamento, affermando che i dati statistici relativi *“alla sopravvivenza di neonati di peso estremamente basso alla nascita e di età gestazionale di 22 settimane, sono univocamente concordi nel riportare una sopravvivenza (ed in elevatissima percentuale con handicap gravissimi) non superiore al 10% dei neonati del peso di 400-500 grammi e di 22 settimane di gestazione, sia pure trattati in centri di eccellenza per quanto riguarda la terapia intensiva neonatale”.*

Sulla base delle conclusioni dei periti, veniva richiesta l'archiviazione del surriferito procedimento penale: il G.I.P. disponeva in conformità con decreto del 29.09.05.

Orbene, nel caso di specie, devono considerarsi accertati sia la prestazione di un'inadeguata assistenza sanitaria nei confronti della neonata, sia, sotto il profilo della relazione medico-paziente, l'inadempimento dei doveri di informazione nei riguardi della madre.

Le prove documentali.

I fatti esposti da parte attrice hanno trovato riscontro nella produzione documentale, nonché negli atti di indagine contenuti nel fascicolo processuale del procedimento penale n. 550/04 R.G.N.R. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Brindisi, acquisito con ordinanza del 05.03.2009.

D'altronde, è noto come il giudice civile, ai fini del proprio convincimento, possa autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente (come nella specie), le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali Cassazione civile sez. II (19 ottobre 2007 n. 22020).

Ciò premesso, dal verbale di S.I.T., rese da Tizia ai Carabinieri di Fasano il 25.01.2004, sono desumibili circostanze indiziarie della tipologia di trattamento riservato alla partoriente, al momento del ricovero presso il P.O. di Ostuni ed alla neonata e sino al suo trasferimento presso l'UTIN di Brindisi.

La partoriente riferiva di essere stata ricoverata nella struttura ospedaliera e collocata in una normale camera di degenza sino a quando, all'aumentare delle contrazioni uterine, non veniva trasferita in sala travaglio e lì lasciata sola, sino a quando, con l'aumentare della dilatazione, non veniva trasferita in sala parto.

Ex actis, emerge, altresì, che il parto interveniva circa nove ore dopo il ricovero (h. 15.20) e, precisamente, alle h. 00.30 del 20.01.2004.

La mattina successiva al parto, alla Lisi non venne fornita alcuna informazione sullo stato della neonata, sino a quando, nel pomeriggio, il ginecologo che assisteva una paziente ricoverata nella stessa stanza (Dott. F.), la informò che la neonata era viva e che era stata ricoverata presso l'UTIN di Brindisi.

Successivamente, la Lisi venne informata dal Dott. Gallo, dell'UTIN di Brindisi, che la neonata versava in precarie condizioni.

L'inadeguatezza delle cure approntate dai sanitari del P.O. di Ostuni emerge, altresì, dalle S.I.T. rilasciate ai Carabinieri di Fasano dalla sig.ra Convertino Maria (madre dell'attrice), dalle quali consta che la neonata *".....venne lasciata per tutta la notte del 20.01.2004 all'interno di una bacinella metallica, coperta soltanto da una traversa di ovatta..... senza alcun tipo di assistenza"*.

Inoltre, verosimilmente, nel caso di specie, vi fu, *ab origine*, un'erronea diagnosi di morte da parte del personale della struttura.

A tal fine, è significativo quanto narrato dalla sig.ra Convertino in relazione alla richiesta del Dott. Sempronio (una volta resosi conto che la neonata era viva) di recuperare il certificato di morte, stilato la notte stessa del parto; circostanza che trova riscontro nella alterazione della cartella clinica, ove, alla precedente iscrizione *"nata morta"*, veniva sovrapposta la dicitura *"nata viva"*.

Peraltro, costituisce principio interpretativo consolidato quello per cui *"in tema di valutazione della prova testimoniale, a base del libero convincimento del giudice possono essere poste le dichiarazioni della parte offesa e quelle di un testimone legato da stretti vincoli di parentela con la medesima. Ne consegue che la deposizione della persona offesa dal reato, pur se non può essere equiparata a quella del testimone estraneo, può tuttavia essere assunta anche da sola come fonte di prova, ove sia sottoposta ad un attento controllo di credibilità oggettiva e soggettiva, non richiedendo necessariamente neppure riscontri esterni,*

quando non sussistano situazioni che inducano a dubitare della sua attendibilità” (Corte Appello Bari, Sez. II, 07.04.2006, n. 450; Cass. Pen., Sez. V, 07.07.2006, n. 31020; Cass.Pen., Sez. III, 22.10.2008, n. 45067).

Tale principio - espresso con riguardo alla prova testimoniale - può essere ragionevolmente esteso alle sommarie informazioni *de quibus*, quali idonei elementi di giudizio.

La circostanza dell'avvenuta alterazione dell'originaria diagnosi è confermata dalle S.I.T. rilasciate il 25.01.2004 ai Carabinieri di Fasano da Buzzerio Luigi (titolare di una agenzia di onoranze funebri), al quale il Clemente si era rivolto la mattina del 20.01.2004 -esibendogli il certificato di morte redatto dal Dott. Sempronio- affinché prelevasse la salma dal P.O. di Ostuni, per la tumulazione nel cimitero di Fasano.

Il Buzzerio ha affermato di aver personalmente esaminato il certificato di morte esibitogli da Caio (cfr. S.I.T. rese da Buzzerio Luigi il 25.01.2004, pag. 53 del fascicolo del P.M.).

Le circostanze *de quibus* trovano ulteriore riscontro nelle S.I.T. rilasciate dal Dott. F. Rocco ai Carabinieri di Fasano il 26.01.2004, il quale ha riferito di aver udito il Dott. Sempronio, nel corso della mattina del 20.01.2004, richiedere alla Convertino la restituzione del certificato di morte della neonata, non rendendosi necessaria l'autorizzazione comunale al seppellimento (della neonata), in quanto tal ultima era viva.

Lo stesso Dott. F. riferisce che la Convertino, ottenuto dal genero tale certificato – data la momentanea assenza del Dott. Sempronio- lo avrebbe materialmente consegnato a lui, pregandolo di restituirlo al Dott. Sempronio, cosa che poi avrebbe fatto la mattina successiva (cfr. S.I.T. rese da F. Rocco il 26.01.2004, pag. 55 del fascicolo del P.M.).

Quanto alla valenza probatoria della perizia disposta in sede penale, è noto come *“il giudice di merito può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in un diverso giudizio fra le stesse o anche fra le altre parti, come qualsiasi altra produzione delle parti stesse, e può quindi trarre elementi di convincimento ed anche attribuire valore di prova esclusiva ad una perizia disposta in sede penale, tanto più se essa sia stata predisposta in relazione ad un giudizio avente ad oggetto una situazione di fatto rilevante in entrambi i processi”*. *“Il vigente ordinamento*

processuale è ispirato ai principi di libero convincimento del giudice e di libertà delle prove, in forza dei quali tutti i mezzi di prova hanno pari valore, sicché nulla esclude che il giudice tragga gli elementi del proprio convincimento alle risultanze probatorie comunque acquisite agli atti e, quindi, anche da una consulenza tecnica” (Cass.Civ., Sez.Lav., 16.05.2006, n. 11426; Cass.Civ., Sez. III, 08.05.2006, n. 10499).

Quanto alle risultanze peritali, la perizia redatta dal Prof. Fineschi evidenzia gravi inadempienze dei sanitari del P.O. di Ostuni, precisandosi che *“Dalla nascita al ricovero presso l’UTIN di Brindisi sono trascorse circa 10 ore (se si considera l’orario del verbale di accoglimento presso il pronto soccorso) e non risulta dalla cartella clinica dove la bambina sia stata in questo intervallo di tempo se in sala parto o nel reparto neonatale, e se fosse o meno in incubatrice”.*

L’inadeguatezza delle cure approntate dai medici emerge, in primo luogo, dalla circostanza che “la temperatura della neonata, al momento dell’arrivo nella UTIN di Brindisi, probabilmente era, sulla base delle poche informazioni della cartella clinica, troppo bassa e con ogni probabilità inferiore a 33 gradi” (cfr. pag. 88 della perizia Fineschi; docc. da pagg. 353 a 456 del fascicolo del P.M.).

Quanto alla vitalità della bambina al momento della nascita si afferma, in virtù procedimento logico – intuitivo che questo Giudice condivide - che *“è ragionevole ritenere che le condizioni biologiche e cliniche generali, alla nascita, non fossero così disperate, tanto che la bambina è sopravvissuta per parecchie ore (circa 40) e per un certo periodo di tempo anche senza la somministrazione di ossigeno, per cui era doveroso garantire una adeguata assistenza medica e rianimatoria, sia in sala parto che nelle ore successive” (pag. 91 perizia Fineschi).*

Inoltre, la perizia del Dott. Borrelli ha provveduto a descrivere accuratamente le omissioni nel trattamento della gestante e della neonata: *“ciò che può essere contestato ai sanitari operanti in quell’occasione è che, avendo tempo a disposizione e la possibilità di trasferimento in un centro medico attrezzato per il trattamento dei neonati prematuri, hanno deciso di trattenere la partoriente e di affrontare i rischi connessi alla*

gestione di un neonato così impegnativo” (pagg. 7 e 8 della perizia Borrelli; docc. da pagg. 136 a 154 del fascicolo del P.M.).

Infatti, “in presenza di tale complesso biopatologico, l’aver trattenuto la paziente in un ospedale privo di reparto di terapia intensiva neonatale rappresenta un’omissione di cautele ingiustificata, tenendo presente la relativa vicinanza di altri centri ospedalieri più attrezzati (Brindisi, Bari) ed il tempo intercorso tra il ricovero ed il parto (circa 9 ore)” (pag. 15 perizia Borrelli).

Inoltre, dagli atti, consta che il pediatra ed il rianimatore presenti al parto mettono in atto manovre rianimatorie non meglio specificate (viene riportato in cartella massaggio cardiaco e ossigenoterapia) per circa 20-30 minuti, dopo di ch , non avendo constatato miglioramento del quadro clinico, si sospendono le manovre e si lascia il neonato in osservazione”.

A tal proposito, la perizia disposta in sede penale osserva come dalla cartella clinica non si evinca “in che modo la piccola Debora sia stata trattata quando si parla di ossigenoterapia, poich  per un neonato di tale bassissimo peso l’intubazione oro-tracheale   fortemente consigliata per la somministrazione di ossigeno”.

Deve considerarsi privo di adeguata capacit  significativa anche l’espressione secondo cui il neonato sarebbe stato lasciato “in osservazione”, non essendo intellegibile neanche “in quali condizioni era al momento della sospensione delle manovre rianimatorie” (pagg. 8 e 9 perizia Borrelli);

Inoltre, “.....   vero che in sala parto (o nelle immediate adiacenze) erano presenti il rianimatore e il pediatra, ma le cure prestate non risultano essere pienamente conformi a quanto ritenuto necessario per un neonato di peso estremamente basso, soprattutto per i due aspetti fondamentali della ossigenazione mediante intubazione e del riscaldamento”.

Ancora secondo la perizia penale, vi sarebbero “dei lati oscuri su cui la cartella clinica non   assolutamente chiara, nei riguardi del trattamento riservato alla neonata alla sospensione delle manovre rianimatorie”, non comprendendosi “cosa sia successo, atteso che viene semplicemente riportato senza alcun particolare, che non essendoci miglioramento nelle condizioni cliniche della neonata, dopo 20-30 minuti si sospese la

rianimazione”, nulla precisandosi circa “le condizioni della piccola in quei momenti ed il significato dello stato di osservazione cui era stata lasciata”..

In ultimo, “il dato del trasferimento presso la terapia intensiva neonatale di Brindisi con un ritardo di circa 8 ore rispetto alla nascita, in condizioni di ipotermia spiccatissima, lascia intendere che vi siano state altre omissioni nel corretto trattamento della neonata” (pagg. 15 e 16 della perizia Borrelli).

Le prove orali.

La prova testimoniale di parte attrice, ammessa con ordinanza del 23.09.2008, non è stata espletata, per intervenuto decesso di entrambi i testi Convertino Maria e Buzzerio Luigi.

Quanto alla prova testimoniale di parte convenuta, la stessa appare inidonea a superare il complessivo quadro probatorio fornito dagli attori.

Il Dott. Roma Giovanni, dopo aver riferito che le tecniche rianimatorie sono consistite in *“massaggio cardiaco e ossigenoterapia con maschera facciale”* (inidonee, nel caso di specie, rispetto alle esigenze di un neonato di peso estremamente basso, come accertato dal perito Dott. Borrelli), ha affermato che, *“dopo i trenta minuti di manovre, lascia(rono) il feto alle cure del reparto di ginecologia, affidato al ginecologo di turno Dott. Sempronio”*.

Cure che, in base alle risultanze delle SIT, sono, consistite, nel lasciare adagiata la neonata in una bacinella metallica, coperta soltanto con poca ovatta (come riferito dalla sig.ra Convertino ai Carabinieri di Fasano il 25.01.2004).

Inoltre, lo stesso Roma, ha ammesso che *“il feto presentava movimenti sporadici”*, ciononostante *“dopo circa 5 ore, richiamato dal ginecologo, (decisero) di trasferirlo a Brindisi in UTIN”*; nondimeno, non ha esplicitato le ragioni della tempistica relativa al suddetto trasferimento della neonata, affermando di non sapere *“perché si decise il trasferimento del feto all’UTIN dopo 5 ore”*).

Ancora, la Dott.ssa Cirasino Domenica, ha riferito anch’essa delle manovre rianimatorie praticate sulla neonata con ossigenoterapia e maschera facciale e l’interruzione delle stesse dopo venti minuti,

aggiungendo che *“l’inutilità della terapia rianimatoria da (essi) praticata è stata comunicata al ginecologo ed al personale di turno”.....*, ai quali *“essi (non hanno) dato ulteriori indicazioni”*, ciò avendo ritenuto *“che non esiste(ssero) i presupposti per un miglioramento”* .

Inoltre, la suddetta teste ha riferito che *“la mattina l’infermiera di turno notava un battito cardiaco più frequente rispetto a prima, pertanto (decisero) di trasferirla all’UTIN di Brindisi; ciò avveniva la mattina verso le 7.30/7.45”*. Nondimeno, anche la Cirasino non ha fornito adeguati elementi di chiarificazione relativamente alle modalità terapeutiche riservate alla neonata in questo apprezzabile intervallo di tempo.

Il Dott. Sempronio, dopo aver confermato l’esito delle manovre rianimatorie in sala parto, ha affermato che - dopo l’interruzione di tali manovre *“la bambina fu collocata in culla termostatica”* , ma tale affermazione non trova riscontro, oltre che nella sommarie informazioni rese dalla sig.ra Convertino ai Carabinieri di Fasano, anche negli accertamenti dei periti (Fineschi e Borrelli), secondo cui *“la temperatura della neonata, al momento dell’arrivo nella UTIN di Brindisi, probabilmente era, sulla base delle poche informazioni della cartella clinica, troppo bassa e con ogni probabilità inferiore a 33 gradi”* (pag. 88 della perizia Fineschi); *“Anche il dato del trasferimento presso la terapia intensiva neonatale di Brindisi con un ritardo di circa 8 ore rispetto alla nascita, in condizioni di ipotermia spiccatissima, lascia intendere che vi siano state altre omissioni nel corretto trattamento della neonata”* (pagg. 15 e 16 della perizia Borrelli).

La condotta esigibile nel caso di specie

E’ noto che la letteratura scientifica, *in subiecta materia*, soprattutto di matrice anglosassone, abbia sempre evidenziato l’opportunità di individuare protocolli in relazione alle cure perinatali nelle età gestionali estremamente basse, per definire gli ambiti temporali e le modalità di assistenza più idonei a garantire la tutela della salute e la dignità del neonato e della madre.

In Italia, il documento fondamentale è rappresentato dalla c.d. “*Carta di Firenze*”, dal titolo “*Cure perinatali nelle età gestazionali estremamente basse (22-25 settimane)*”, poi sostanzialmente trasfuso nel parere del Consiglio Superiore di Sanità del 04.03.2008, supportato dal parere del Comitato nazionale per la Bioetica del 29.02.2008.

Entrambi i documenti sintetizzano la posizione della medicina ufficiale, posizione che trova riscontro anche in una normativa cogente ovvero la L. 28.03.2001 n. 145, avente ad oggetto la “*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano riguardo all’applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4.4.1997*”).

Orbene, il succitato parere del C.S.S. del 4.3.2008 afferma che:

“Compito della medicina perinatale è la cura e la promozione della vita e della salute della madre del feto e del neonato.

*Nel corso degli ultimi decenni, sensibili progressi diagnostico-terapeutici, sia sul versante ostetrico sia su quello neonatale, hanno modificato sostanzialmente l’agire professionale. **Non è un fatto straordinario prestare cure mediche al travaglio di parto e al neonato di bassissima età gestazionale.....**L’assistenza ostetrico-neonatologica che, per l’elevata complessità deve essere assicurata, ove possibile, presso un centro ostetrico-neonatologico di III livello, richiede un approccio perinatale multidisciplinare tra ostetrico-ginecologo, neonatologo, anestesista, ostetrica, infermiere ed altro personale. Tale collaborazione deve essere programmata possibilmente in anticipo.*

Prima del parto. L’ostetrico-ginecologo ed il neonatologo, coadiuvati, se opportuno, dallo psicologo e dal mediatore culturale, hanno il dovere di informare i genitori, in maniera completa, accurata e comprensibile, sugli atti diagnostico-terapeutici, le loro prevedibili conseguenze sulla sopravvivenza e la salute del feto e del neonato, le possibili alternative per l’assistenza alla gravidanza, al parto ed alle cure del neonato. Le ragioni delle scelte assistenziali debbono essere riportate obbligatoriamente dal medico in cartella.

Cure ostetriche. Qualora si configuri il rischio di parto pretermine in età gestazionali estremamente basse **deve essere sempre preso in considerazione il trasferimento della gravida (trasferimento in utero) presso un centro ostetrico-neonatologico di III livello.**

Vanno comunque attuate tutte le strategie per prevenire o differire il parto pretermine.

Cure neonatali. Al neonato, dopo averne valutate le condizioni cliniche, sono assicurate le appropriate manovre rianimatorie, al fine di evidenziare eventuali capacità vitali, tali da far prevedere possibilità di sopravvivenza, anche a seguito di assistenza intensiva..... **Al neonato saranno comunque offerte idratazione ed alimentazione compatibili con il suo quadro clinico e le altre cure compassionevoli, trattandolo sempre con atteggiamento di rispetto, amore e delicatezza.**

Le cure erogate al neonato dovranno rispettare sempre la **dignità della sua persona**, assicurando i più opportuni interventi a tutela del suo potenziale di sviluppo e della migliore qualità di vita possibile.

Infine, fermo restando che il trattamento rianimatorio richiede decisioni immediate ed azioni tempestive e indifferibili, **ai genitori devono essere fornite informazioni comprensibili ed esaustive sulle condizioni del neonato e sulla sua aspettativa di vita, offrendo loro accoglienza, ascolto, comprensione ed il massimo supporto sul piano psicologico** (parere C.S.S. 4.3.2008).

Il parere del C.N.B. tratta il delicato problema della identificazione del confine tra accanimento terapeutico (eccessivo interventismo terapeutico, quale prolungamento di cure gravose ad ogni costo) e abbandono terapeutico (desistenza affrettata e immotivata di cure intensive), con riferimento al trattamento sanitario dei c.d. "grandi prematuri", ossia dei neonati "a rischio" di età gestazionale estremamente bassa e, pertanto, in situazioni esistenziali di particolare criticità: **"Il CNB ritiene che non sia possibile dare indicazioni cronologiche precise, fissando aprioristicamente una soglia sotto la quale non rianimare e sopra la quale rianimare, sempre e comunque: bisogna invece valutare caso per caso.** L'imprecisione nella definizione dell'età gestazionale, l'estrema variabilità della reattività alla nascita e l'incertezza della prognosi portano a ritenere bioeticamente

problematico usare tali indicatori per giustificare la sospensione delle cure. **Il principio da cui bisogna partire è la doverosità di cure per chi viene al mondo e manifesti vitalità e capacità di sopravvivenza fuori dall'utero materno: i criteri che devono essere adottati per la rianimazione dei neonati sono gli stessi che si adottano per la rianimazione di bambini e di adulti. L'immediata assistenza è pertanto da ritenersi eticamente doverosa, la sospensione giustificata solo in caso di accanimento. Il CNB ritiene che il mero fatto di sottoporre un neonato prematuro a cure intensive non configura un accanimento terapeutico. La futilità del sostentamento meccanico è giustificata quando la prognosi è infausta e le cure gravose in termini di sofferenza per il neonato. La sospensione delle cure, in caso di accanimento, va sempre accompagnata a cure ordinarie confortevoli o cure palliative. La sospensione di cure straordinarie intensive sulla base della considerazione della probabilità di disabilità, che per quanto grave sia compatibile con la vita, non è considerata eticamente e giuridicamente giustificabile nell'orizzonte della dignità della vita umana.**

Risulta di particolare problematicità la comunicazione ai genitori di tali situazioni: **esiste un dovere da parte del medico di informare (rispettando, compatibilmente con l'urgenza, la gradualità nella capacità di comprensione) e il diritto dei genitori di essere informati in modo corretto e compiuto. L'obiettivo bioetico è giungere ad una decisione condivisa tra medico e genitori, anche mediante un'adeguata preparazione dei genitori all'evento (laddove possibile, con supporto psicologico); nel caso di conflitto, è il medico che deve esprimere una valutazione sulla base di parametri medici clinici obiettivi. Se la decisione relativa alla attivazione o sospensione di cure dipendesse dalla valutazione soggettiva dei genitori, ne deriverebbe una condizione di ingiustizia, in quanto neonati con situazioni critiche analoghe potrebbero avere un diverso trattamento"** (parere C.N.B. 29.2.2008).

Ciò premesso, i sanitari del P.O. di Ostuni non hanno assicurato adeguate cure alla neonata al fine di alleviare le sue sofferenze ed hanno altresì

omesso di idratarla, alimentarla e riscaldarla, azzerando le possibilità di sopravvivenza della neonata.

L'irrelevanza penale dei fatti di causa.

In sede penale, è stata disposta l'archiviazione del procedimento che vedeva i sanitari del P.O. di Ostuni indagati, in concorso tra loro, per i reati di cooperazione in omicidio colposo (artt. 113 e 589 c.p.), sulla scorta delle conclusioni dei periti i quali avevano ritenuto che la bassa probabilità statistica di sopravvivenza della neonata (10%) ed i correlati rischi di gravi esiti permanenti in caso di sopravvivenza, escludessero ogni legame causale tra le condotte dei sanitari e l'evento morte.

Ciò in applicazione del principio giurisprudenziale per cui *“nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva”* (Cass. SS.UU., 10.07.2002, n. 30328, imp. Franzese).

Questo Giudice condivide le conclusioni cui si è pervenuti in sede penale, con le precisazioni che si faranno.

Nè, nel caso di specie, è ipotizzabile l'art. 591 c.p. che punisce *“chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa e della quale abbia la custodia o debba avere cura”* (primo comma).

Come noto, il reato *de quo* presuppone un preesistente obbligo giuridico di curare (che, nella specie, incombeva sui sanitari del P.O. di Ostuni) e richiede che, in dipendenza dell'abbandono, si crei uno stato, sia pure potenziale, di pericolo per la incolumità della persona abbandonata: infatti, essendo un reato di pura condotta, nella ipotesi base è sufficiente il pericolo potenziale e non il pericolo effettivo del danno.

Nondimeno, quanto all'elemento soggettivo del reato, deve evidenziarsi, come non sia sufficiente la coscienza di abbandonare, ma sia necessaria la consapevolezza del pericolo conseguente all'abbandono.

Orbene, nel caso di specie, consta come la neonata sia stata abbandonata perché i sanitari ritenevano, erroneamente, che non avesse alcuna probabilità di sopravvivere e, dunque, ignorando (seppur colpevolmente) il pericolo di decesso.

L'inadempimento della struttura e la natura contrattuale della responsabilità.

Quanto alla natura giuridica della responsabilità *de qua*, quella dell'ente convenuto è da ascrivere al paradigma contrattuale, in quanto *"l'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dalla L. n. 132 del 1968, art. 2, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere"* (cfr. Cass., civ., 19 ottobre 2006, n. 22390; Cass., civ., 24 maggio 2006, n. 12362).

Ciò premesso, la responsabilità dell'ente ospedaliero ricorre 1) sia, ex art. 1218 c.c., in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero), 2) sia, ex art. 1228 c.c., per quanto concerne il comportamento specifico dei medici dipendenti, dal momento che il debitore che, nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, per quanto non siano alle proprie dipendenze.

Ovviamente, si tratta di una responsabilità per fatto dell'ausiliario o preposto dalle caratteristiche peculiari in quanto *“prescinde dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, laddove fondamentale rilevanza assume viceversa la circostanza che dell'opera del terzo il debitore originario comunque si avvalga nell'attuazione del rapporto obbligatorio”* (Cass., civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.).

Da ciò la configurabilità di una responsabilità contrattuale della struttura per il fatto non solo del personale medico, dipendente, ma anche di quello meramente ausiliario.

Ciò spiega l'abituale richiamo del principio generale – tipico della responsabilità delle strutture organizzative – *cuius commoda eius etiam incommoda*; la responsabilità dell'ente traendo origine non già da un profilo di colpa nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza, bensì dal rischio insito nell'utilizzazione di terzi, nell'adempimento delle obbligazione, gravanti sulla propria sfera giuridica (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 30 dicembre 1971, n. 3776. Si veda anche Cass., civ., 4 aprile 2003, n. 5329).

Né la responsabilità dell'ente incontra il limite del fatto doloso del soggetto agente, quale fatto idoneo a interrompere il rapporto in base al quale l'ente è chiamato a rispondere, dal momento che, ai fini della responsabilità dell'ente, non si richiede un nesso di causalità in senso stretto, ma è sufficiente una mera occasionalità necessaria (Cass., civ., 17 maggio 2001, n. 6756; Cass., civ., 15 febbraio 2000, n. 1682).

In origine, la responsabilità della struttura ospedaliera era modulata su quella del medico-paziente, ragione per cui si considerava indefettibile presupposto della stessa l'accertamento di un comportamento, imputabile (colposo o doloso), del medico operante presso la stessa.

Più recentemente, invece, il rapporto intercorrente fra il paziente e la struttura ospedaliera è stato ricostruito, in via autonoma, da quello paziente-medico, individuandosi il fondamento giustificativo dello stesso, in un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (il già

menzionato contratto di spedalità, in virtù del quale, la struttura deve fornire al paziente una prestazione “articolata”, definita genericamente di “assistenza sanitaria”, ricomprensiva, oltre che della prestazione principale medica, anche di una serie di obblighi di protezione ed accessori che rinvengono, nella buona fede oggettiva, ex artt.1375-1175 c.c., la propria ragion di essere).

Da ciò l’affermarsi di un modello di responsabilità che prescinde dall’accertamento di un condotta negligente dei singoli operatori e che trova, invece, la propria fonte, nell’inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all’ente.

Questo *revirement* interpretativo ha trovato un autorevole avallo nella citata sentenza delle Sezioni Unite (1.7.2002 n. 9556, seguita poi da altre delle sezioni semplici: Cass. 571 del 2005; Cass. n. 1698 del 2006).

Ricostruita in termini contrattuali la responsabilità della struttura sanitaria, nel rapporto con il paziente, il riparto dell’onere probatorio risponde ai criteri, enucleati al riguardo dalle Sezioni Unite, con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell’inadempimento e dell’inesatto adempimento (vedasi anche SS.UU. 28.07.2005, n. 15781), secondo cui, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale e per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell’onere della prova del fatto estintivo, costituito dall’avvenuto adempimento.

Analogo principio è stato enunciato con riguardo all’inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell’obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto, esatto adempimento.

Ciò premesso, l'inadempimento rilevante ai fini dell'azione risarcitoria, almeno in relazione alle obbligazioni c.d. di mezzo, non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno; competerà poi al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Nel caso che ci occupa, gli attori hanno provato l'esistenza di un contratto di assistenza sanitaria (o di ospedalità) e l'inadempimento (mancato tempestivo trasferimento della partoriente in un centro ostetrico-neonatologico provvisto di UTIN; mancata informazione sugli atti diagnostico-terapeutici e sulle loro prevedibili conseguenze in relazione alla sopravvivenza e alla salute della neonata; inappropriata delle manovre rianimatorie prive di assistenza intensiva; mancata idratazione, alimentazione, riscaldamento ed altre cure compassionevoli) ed hanno fornito altresì la prova che tale inadempimento è stato, secondo un elevato ed attendibile grado di probabilità, eziologicamente rilevante ai fini della perdita delle – seppur limitate - *chances* di sopravvivenza della neonata. Né è possibile trarre elementi di prova in senso contrario all'assunto attoreo, dalla carente e lacunosa tenuta della cartella clinica, poiché, come più volte ripetuto dalla Suprema Corte (Cass. 21.07.2003, n. 11316; Cass. 23.09.2004, n. 19133), la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e l'evento dannoso, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso al ragionamento presuntivo.

Legittimati all'azione risarcitoria ex contractu

Al riguardo, si rende opportuno precisare che, dopo una posizione iniziale, di chiusura – dipendente dalla estraneità del padre rispetto al contratto intercorrente fra il medico e la madre – già in occasione della sentenza (Cass., civ., 1 dicembre 1998, n. 12195), si è assistito ad una prima consacrazione formale della dignità risarcitoria dei pregiudizi da questi subiti.

La suddetta pronuncia, concernente una fattispecie di sterilizzazione non riuscita, ha avuto un impatto dirompente nel quadro interpretativo, affermandosi il medesimo principio nella diversa ipotesi in cui la madre non fosse stata posta nelle condizioni di abortire per effetto dell'omessa diagnosi di malformazioni del feto, con conseguente nascita di un figlio "indesiderato".

Si è, infatti successivamente affermato che *"in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che, sottratta alla madre la possibilità di scegliere a causa dell'inesatta prestazione del medico, agli effetti negativi del comportamento di quest'ultimo non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio"* (Cass., civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320).

E' evidente, al riguardo, il ruolo determinante svolto, da un parte, dalla naturale evoluzione del nostro sistema verso forme più elevate di tutela giuridica, ed, in particolare, in direzione di una corretta parificazione, della posizione del padre del nascituro alla madre, anche in considerazione della complessità e portata dei doveri che si riconnettono allo status di padre; dall'altra, dalla figura del contratto con effetti protettivi che, in verità, nonostante la vitalità assunta sul piano interpretativo, si pone quale figura estranea al quadro ordinamentale.

Lo stesso, infatti, non ha i caratteri tipici di alcuno schema tipico, neppure del contratto a favore di terzo, nella quale ipotesi il terzo, anziché mero beneficiario della pretesa a che il contratto venga eseguito secondo modalità protettive della sua sfera giuridica, è titolare dei diritti dedotti in

contratto e che il contratto ha l'effetto di deviare sulla propria sfera giuridica .

Peraltro, prima dei suddetti arresti giurisprudenziali, il danno non patrimoniale del padre é stato considerato generalmente quale danno riflesso, in quanto subito non dal danneggiato in via principale, ma da un soggetto in significativo rapporto con lui (la moglie), ma anche tale conclusione deve considerarsi superata in conseguenza della generale attitudine dell'illecito contrattuale a ledere contestualmente più sfere giuridiche.

Dunque, la giurisprudenza di legittimità è ormai uniformemente orientata ad estendere anche al padre la legittimazione all'azione risarcitoria, in virtù degli effetti protettivi, prodotti dal contratto di "spedalità", con la conseguenza che la struttura sanitaria, in caso di inadempimento, è tenuta a risarcire i danni immediati e diretti anche nei suoi confronti, a norma dell'art. 1223 cod. civ..

Il danno non patrimoniale da contratto

La risarcibilità del danno non patrimoniale, correlato all'inadempimento di un'obbligazione, ha costituito profilo controverso fino alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, per quanto talune pronunce, ad esse anteriori, avessero lasciato un margine di apertura all'ammissibilità del suddetto danno.

In particolare, Cass., civ., 9 novembre 2006, n. 23918, aveva tendenzialmente escluso il risarcimento del danno non patrimoniale, con riferimento all'ambito della responsabilità contrattuale, indicando l'art. 2087 c.c., in materia di lavoro subordinato, quale eccezione alla suddetta regola.

Ciò anche in considerazione della mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c. dettato in materia di fatti illeciti.

Peraltro, venendo in rilievo la lesione di beni di dignità costituzionale, quali quelli di cui agli artt. 2, 32, 13 Cost., si prefigurava l'applicazione, in aggiunta al regime dell'inadempimento contrattuale, della disciplina in

materia di illecito aquiliano, secondo il principio del cumulo dei titoli di responsabilità.

Orbene, le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, in armonia con le conclusioni in materia di danno non patrimoniale – ricostruito quale un'unica grande categoria di cui il danno esistenziale rappresenterebbe una mera variante descrittiva – pervengono alla soluzione diametralmente opposta.

La Suprema Corte, ripercorrendo l'iter evolutivo in materia, ricorda come, al fine di superare l'ostacolo dato dall'assenza, nell'ambito della materia contrattuale di una norma di contenuto analogo all'art. 2059 c.c., la giurisprudenza (avesse) elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale (sent. n. 2975/1968, seguita dalla n. 8656/1996, nel caso del trasportato che abbia subito lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; sent. n. 8331/2001, in materia di tutela del lavoratore).

Nondimeno, il cumulo non era idoneo a giustificare il risarcimento del danno non patrimoniale, al di fuori delle ipotesi di espressa tipizzazione dello stesso in virtù dei ristretti limiti desumibili dal combinato disposto degli artt. 2059 e 185 c.p., per cui il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo.

Ciò premesso, secondo le Sezioni Unite, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consentirebbe di sostenere che *“anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali”*. A tal riguardo, la pronuncia richiama il principio dell'indefettibilità del riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, di quella tutela, minima, costituita dal risarcimento; tutela che, quando questi siano stati lesi, dovrebbe essere assicurata, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale”. Ne consegue che è ammissibile far rifluire il danno non patrimoniale *“nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni.*

D'altronde, nonostante la mancanza di un'espressa previsione di risarcibilità del danno non patrimoniale in materia contrattuale, è

richiamabile, pur sempre, la previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

Dalla suddetta norma, è deducibile *“la libera deducibilità nell'ambito di un regolamento contrattuale di valori non strettamente patrimoniali, ma afferenti la persona”*.

Inoltre, l'inerenza al programma contrattuale, per quanto non espressamente dedotti, di interessi a contenuto non patrimoniale discenderebbe anche dall'applicazione della c.d. causa concreta del negozio *“da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006)”*.

Dunque, le Sezioni Unite aderiscono alla più recente ricostruzione dogmatica della causa del contratto (intesa quale finalità pratica in concreto perseguita) ed *“elaborata al fine di riconoscere tutela agli interessi effettivamente perseguiti dalle parti con l'adozione di un certo modello contrattuale, il cui schema normativo, dunque, non è più idoneo a delimitare, in via esclusiva, l'ambito degli interessi suscettibili di tutela per il tramite dello strumento contrattuale”*.

Inoltre, esiste un legame inscindibile fra la c.d. causa in concreto e la fattispecie dei *“c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario”*.

Poichè la causa concretamente perseguita attraverso i contratti *“sanitari”* consiste *“nell'attuazione della tutela della sfera della salute in senso ampio”*, l'inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del medico é idoneo a ledere *“diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali”*.

Danno *iure hereditario* da perdita di *chances* di sopravvivenza

Appare evidente, nel caso di specie, come la condotta dei medici abbia determinato la compromissione delle – seppur ridotte – *chances* di

sopravvivenza della neonata, dando, pertanto, luogo al radicarsi di una correlata pretesa risarcitoria, in capo alla stessa, successivamente trasferitasi in capo ai genitori della stessa, dato il decorso di un apprezzabile lasso temporale fra la nascita e la morte.

Nel caso di specie deve considerarsi rispettato il principio interpretativo - elaborato con riguardo al danno biologico terminale - per cui ai fini della trasmissione delle pretese risarcitorie della vittima di un illecito, sarebbe necessario il decorso di un congruo intervallo temporale, intendendosi per tale anche il decorso di una giornata o, comunque, di un numero di ore prossimo a ventiquattro (cfr. Cassazione civile, sez. III, sentenza 19.10.2007 n° 21976, secondo cui in tema di danno biologico *iure successionis*, la sopravvivenza per ventiquattr'ore è in astratto idonea a configurare un tal tipo di danno).

Peraltro, questo Giudicante non condivide la suddetta posizione interpretativa, contrastando con tale assunto, la successione degli eredi nella totalità delle situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al *de cuius*, oltre che la generale irrilevanza del dato temporale, ai fini del prodursi degli effetti successori.

D'altronde, il credito risarcitorio si iscrive nella sfera patrimoniale del danneggiato in concomitanza con il perfezionarsi della fattispecie lesiva e, dunque, come tale ricade nella successione, a prescindere dal decorso di un lasso temporale più o meno lungo.

Sotto il diverso profilo della risarcibilità delle *chances* di sopravvivenza, costituisce principio consolidato che la chance non diventa risarcibile soltanto se, una volta individuata e quantificata, risulta di tale consistenza che si può presumere che la sua concreta utilizzazione avrebbe garantito il conseguimento del risultato oppure se ciò appaia probabile. In generale, la situazione fattuale, da cui si desume l'esistenza di una chance dev'essere tale che si possa presumere che essa l'avrebbe determinata secondo un determinato coefficiente di probabilità.

Peraltro, essa costituisce una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente valutabile anche quando afferisca alla conservazione

dell'integrità psico-fisica, alla qualità della stessa o alla durata dell'esistenza in vita.

E' evidente che, una volta considerata la chance di conseguire un beneficio quale entità patrimoniale in sé, sarebbe irragionevole risarcire la perdita di una chance quando è altamente probabile che la fruizione della stessa avrebbe determinato un certo evento e non risarcirla quando la probabilità sia inferiore. Il concreto modo di essere so della chance sarà semmai incidente soltanto sulla liquidazione del danno, nel senso che nel primo caso la perdita sarà maggiore e nel secondo minore o addirittura inesistente.

Dunque, nel giudizio di liquidazione del danno da perdita della chance assume rilievo, ai fini della *aestimatio*, sia l'aspetto della prossimità al conseguimento del risultato, sia il profilo della idoneità a garantire il conseguimento del risultato.

Non è, pertanto, di per sé sufficiente per negare la risarcibilità della perdita della chance, cioè per negare che essa sia in sostanza una "perdita", la mera circostanza che essa non sia tale da determinare probabilisticamente la consecuzione del risultato (cfr. [Cass., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846](#), secondo cui, nell'ipotesi, colpa medica, *"l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, quando abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo prima del suo normale decorso, e risulti per effetto del ritardo, oltre alla verifica dell'intervento in termini più ampi, anche che sia andata in conseguenza perduta dal paziente la chance di conservare durante quel decorso una migliore qualità di vita e la chance di vivere alcune settimane o alcuni mesi di più rispetto a quelli poi vissuti, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona"*).

Ciò premesso la pretesa risarcitoria di parte attrice, *iure hereditario*, va commisurata alla rilevanza del bene (vita) di cui è divenuto impossibile il conseguimento, nonché alle limitate possibilità di sopravvivenza della neonata (10/20 per cento) e deve quantificarsi nella misura di euro 30.000, da ripartirsi in parti uguali, per ciascun genitore, oltre interessi dal momento della morte della neonata ovvero dal 21.01.2004.

Invece, essendo stato il danno non patrimoniale, già liquidato alla stregua di criteri e valori aggiornati al 2008 ed essendo la somma in precedenza indicata già espressa in moneta al valore attuale, non va accordata la rivalutazione alla data attuale, che darebbe luogo ad un'indebita duplicazione del risarcimento.

Ciò avuto riguardo anche ai valori di cui alle tabelle milanesi in materia di danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, aggiornate rispetto alle conclusioni cui approdano le Sezioni Unite dell'11.11. 2008 in tema di danno non patrimoniale e che prevedono, quale valore massimo di liquidazione, euro 300.0000, così offrendo un generale – oltre che, di per sé, simbolico - parametro di quantificazione della vita umana.

Non è, invece, configurabile un danno morale da reato in capo alla neonata, non essendo prefigurabile, per le esposte ragioni, il dedotto reato di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591, c.p.).

Specularmente, l'illecito contrattuale *de quo* ha determinato la perdita delle chances, anch'esse limitate, per i genitori di instaurare una relazione affettiva appagante con la neonata.

Danno non patrimoniale, *sub specie* di danno morale *iure proprio* e di c.d. danno da perdita del rapporto parentale.

Il danno morale consiste, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale (*sent. 14 luglio 1986 n. 184*), nelle ingiuste perturbazioni dell'animo, o nelle sensazioni dolorose, che derivano al danneggiato a cagione di un illecito.

Tradizionalmente, con l'espressione "danno morale" si indicano le sofferenze, il dolore (fisico o psichico) che può provarsi per una ferita, per una malattia, per la perdita di una persona cara, per un'ingiuria, ecc..

Si tratta, comunque, di un danno che non consente alcuna misurazione precisa e, pertanto, l'entità del risarcimento non può che essere determinata *equitativamente* dal giudice, tenendo conto della gravità del fatto e della rilevanza delle conseguenze che ne sono derivate.

Come noto, il legislatore esclude che il danno non patrimoniale sia, di regola, risarcibile, e ne ammette la risarcibilità, in via eccezionale, nei soli casi previsti dalla legge (art. 2059).

Peraltro, sotto altro profilo, le Sezioni dell'11-11.08, nell'ancorare la risarcibilità del danno non patrimoniale all'indefettibile presupposto del rilievo costituzionale del bene leso, hanno ammesso la risarcibilità di tale voce di danno nel caso di uccisione di un congiunto.

Il suddetto fondamento viene rinvenuto negli artt. 2-29-30 Cost. Secondo le Sezioni Unite, *“la perdita di un congiunto provoca uno sconvolgimento della vita familiare (c.d. danno da perdita del rapporto parentale)”* e *“tale pregiudizio di tipo esistenziale, poiché conseguente alla lesione dei diritti inviolabili della famiglia, è risarcibile”*.

E' evidente che la perdita della chance di avere un figlio produce analoghi effetti sulla c.d. “dimensione esterna” della personalità di due aspiranti genitori, riconosciuta e tutelata a livello costituzionale (art. 2 Cost.); essendo gli attori posti nelle condizioni di non poter instaurare il suddetto rapporto parentale, arricchendo la propria esistenza, sotto il profilo relazionale e di quel naturale scambio di emozioni ed affetto che permea la vita familiare nella sua configurazione abituale e fisiologica.

Sotto altro profilo, non può sottacersi che entrambi i coniugi hanno vissuto il giorno della nascita del loro primo figlio come un momento connotato da forte drammaticità, in considerazione, da un lato, dell'im maturità della neonata, dall'altra, dell'accertata inadeguatezza delle cure approntate nei riguardi della neonata.

Dunque, viene in rilievo di un profilo di sofferenza morale qualificata, in quanto legata ad un evento idoneo, secondo *l'id quod plerumque accidit*, al contempo, a lasciare un segno indelebile nella loro memoria e a dare luogo ad una sofferenza duratura.

Circostanza tal ultima, però, di per sé non sufficiente per sottrarre il tipo di pregiudizio dedotto alla categoria del danno morale, ricostruito *ex novo* dalle Sezioni Unite dell'11.11.08, quale sofferenza psicologica non necessariamente transitoria.

Infatti, le Sezioni Unite del 2008, hanno disancorato tale voce di danno dal dato temporale, con conseguente abbandono dello schematismo concettuale per cui il danno morale deve essere necessariamente transeunte. D'altra parte, la suddetta ricostruzione del danno morale, invero non priva di solidi riscontri nella prassi giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, dal momento che l'art. 2059 c.c. e l'art. 185 c.p. si esprimono, genericamente, in termini di danno morale e non ne circoscrivono la rilevanza alle ipotesi di transitorietà.

Inoltre, essa era inidonea anche ad assicurare adeguati margini di tutela. Infatti, la sofferenza morale - lungi dall'essere necessariamente transeunte - ben può protrarsi, come nel caso di specie - anche per lungo tempo.

Inoltre, nel caso di specie, gli attori non hanno fornito la prova di un pregiudizio all'integrità psico-fisica, medicalmente accertato.

Anche in tal caso, la quantificazione del danno da perdita di chance, deve essere commisurata, non solo alle limitate possibilità di sopravvivenza della neonata, e, quindi, alle correlate ridotte chance dei genitori (nei limiti del 10/20 per cento) di arricchire il loro nucleo familiare di un figlio e di instaurare con lo stesso proficui legami di affetto e di solidarietà.

Anche, nel caso di specie, è possibile un'applicazione analogica delle tabelle milanesi, data la, seppur parziale assimilabilità, della perdita delle chances di instaurare una relazione affettiva qualificata alla perdita di una relazione già esistente.

Orbene, avuto riguardo anche ai valori di cui alle tabelle milanesi in materia di danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, a ciascuno dei coniugi devono riconoscersi euro 30.000, oltre interessi, anche in tal caso con decorrenza dal 21.01.2004.

Le spese – liquidate come da dispositivo - seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da e Tizia, nei confronti di A.U.S.L. BR/1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, così provvede:

- 1) **condanna l'ente convenuto al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni subiti dagli attori, di euro 45.000,00, in favore di Caio, nonché di euro 45.000,00 in favore di Tizia, oltre interessi dal 21.01.2004;**
- 2) **condanna parte convenuta, al pagamento, in favore degli attori, delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 5000,00, di cui 350,00 per spese, € 2450,00 per diritti ed € 2200,00 per onorario, oltre iva e cap ed esborsi forfettizzati come per legge.**

IL GIUDICE
(Antonio Ivan Natali)