Cassazione civile sez. III - 29/07/2004, n. 14488. Pres. Vittoria. Est. Segreto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione dell'8.5.1993 M.D.D. ed A.G., in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore D.G., assumevano che il 19.2.1991 la A.G., in stato di gravidanza ed affetta da beta talassemia eterozigote, si era sottoposta a visita specialistica del dr. E.R.P., che già conosceva quella patologia, esibendo anche accertamenti clinici del M.D.D., che evidenziavano per lo stesso la medesima tara talassemica.

Lamentavano che il predetto medico, pur prescrivendo per la A.G. accertamenti di rito per la gravidanza, sul presupposto errato della non talassemia del coniuge, non aveva dato alcun avvertimento circa i rischi della nascitura, che, dopo il parto, risultò affetta da talassemia maior, con tutte le conseguenze negative di tale malattia.

Sul presupposto della responsabilità professionale del E.R.P., gli attori lo convenivano davanti al tribunale di Brindisi per ottenere la somma di €. 2.500.000.000, a titolo del risarcimento del danno.

Si costituiva il E.R.P., che resisteva alla domanda e chiedeva, in ogni caso, di essere manlevato dalla RAS s.p.a., sua assicuratrice della r.c. per l'attività professionale.

Si costituiva la RAS e chiedeva il rigetto della domanda.

Il Tribunale, con sentenza del 19.2.1997, condannava il convenuto al pagamento nei confronti dei due coniugi attori, in proprio, della

somma di €. 350 milioni e la Ras a rivalere il E.R.P. di quanto doveva corrispondere agli attori.

Avverso questa sentenza proponevano appello gli attori, in proprio e nella qualità.

Proponevano appello incidentale la RAS ed il E.R.P..

La corte di appello di Lecce, con sentenza depositata l'1.3.2000, rigettava tutti gli appelli.

Riteneva la corte di merito di condividere l'assunto del tribunale, per cui la responsabilità del medico doveva essere valutata a norma dell'art. 1176, c. 2, c.c., e non a norma dell'art. 2236 c.c., non implicando la prestazione richiesta la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, essendo il E.R.P. un medico specializzato in ostetricia e ginecologia. Riteneva, pertanto, il giudice di appello, in conformità alla sentenza di primo grado, che fu certamente colposo il comportamento del medico che, in presenza della patologia talassemica della A.G., non richiese accertamenti specifici sul M.D.D., anche dando per non dimostrato che tali accertamenti fossero stati esibiti al sanitario, non potendo, in ogni caso il E.R.P. acquietarsi alla sola dichiarazione del paziente, senza richiedere almeno l'esibizione di un referto di analisi.

Secondo la corte di appello era compito del medico disporre tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione di gravidanza, tenuto conto, che questa era appena iniziata; che, anche a voler escludere il rimedio dell'aborto, i genitori avevano il diritto ad essere informati della futura condizione del

nascituro e prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato; che l'inosservanza del dovere di informazione costituiva inadempimento contrattuale e nel contempo fonte di responsabilità extracontrattuale.

Riteneva, invece, la corte che nessun risarcimento era dovuto alla piccola D.G., in quanto la scienza medica non offriva alcun rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista, che con il suo comportamento aveva privato i genitori della facoltà di scelta tra continuare la gravidanza o procedere all'aborto, da cui poteva conseguire solo l'inesistenza di quel soggetto.

Quanto ai danni subiti dai genitori, riteneva la corte di merito che, per effetto della nascita della bambina gravemente ammalata, essi erano caduti in uno stato di stress ed affaticamento e che, con giudizio ex ante, tale stato patologico della madre era pronosticabile; che il padre certamente non aveva il diritto di interrompere la gravidanza, competendo tale facoltà solo alla madre, ma che il danno alla salute della moglie si era riflesso sulla sua salute; che nella fattispecie il danno era sia biologico che patrimoniale; che detta liquidazione non poteva che essere equitativa; che congrua era la somma liquidata in €. 350 milioni; che detta somma non poteva ritenersi irrisoria, come assunto dagli appellanti principali.

Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione gli attori in proprio e quali esercenti la patria potestà sulla figlia minore D.G..

Resistono con controricorsi la RAS ed E.R.P., che hanno proposto anche ricorsi incidentali.
Tutte le parti hanno presentato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente vanno riuniti i ricorsi, a norma dell'art. 335 c.p.c.
Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti principali, nella qualità di esercenti la patria potestà sulla figlia minore D.G., lamentano la violazione e falsa applicazione delle norme di diritto che disciplinano la responsabilità contrattuale, quella extracontrattuale, il principio del neminem laedere ed il diritto alla salute: artt. 1176 c.c., 2443, 2059 c.c., 32 e 2 Cost.
I ricorrenti si dolgono per il rigetto della domanda di risarcimento dei danni dalla minore subiti per la vita "ingiusta", che le era toccata a seguito della mancata interruzione della gravidanza.
Sostengono i ricorrenti che la responsabilità del medico va esaminata non solo dal punto di vista extracontrattuale, ma anche contrattuale e sotto questo profilo il neonato ha subito un danno per la lesione della sua salute fisica o psichica, conseguente alla mancata informazione ai genitori della malformazione fetale, in quanto la gestante avrebbe potuto scegliere tra il continuare la gravidanza o provvedere all'aborto eugenetico.
Ritengono i ricorrenti che nel nostro ordinamento è garantita la salute come fondamentale diritto (art. 32 Cost.) nonché sono garantiti i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), per cui esiste il diritto per il nascituro di nascere sano o non nascere affatto (tanto si ricaverebbe

anche da norme che tutelano la maternità e quindi la salute stessa del nascituro: l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977,).

2.1. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

Anzitutto va osservato che non vi è dubbio che, con il contratto di prestazione professionale tra la gestante ed il medico (generalmente ostetrico-ginecologo), questi si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno. Il contratto, intercorso tra la gestante ed il sanitario, si atteggia come "contratto con effetti protettivi a favore di terzo" (figura individuata dalla dottrina tedesca, Verträge mit Schutzwirkung für Dritte) nei confronti del neonato, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in tutto o in parte, anteriormente alla nascita. Pertanto in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento (l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977, ecc.), una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore alla nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno.

Ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse (cfr. Cass. 22 novembre 1993, n. 11503).

Questa figura contrattuale è stata successivamente utilizzata, in relazione al contratto intervenuto tra il medico e la gestante, anche da Cass. 10.5.2002, n. 6735, che ha ritenuto che tra i soggetti "protetti" dal contratto vi rientrasse anche il marito della gestante (come più diffusamente si vedrà in seguito).

2.2. Sennonché la sentenza impugnata non ha mancato di esaminare la questione propostale sotto il profilo della responsabilità contrattuale e quindi di un eventuale inadempimento del convenuto medico nei confronti della nascitura D.G., al fine di accertare se le affezioni di cui era portatrice la minore D.G. trovassero causa in un comportamento professionalmente non esatto del medico (o se in ogni caso con una corretta terapia prenatale potessero essere eliminate o attenuate) ed ha ritenuto che, stante l'attuale scienza medica, nessun addebito sotto questo profilo poteva muoversi al sanitario. Ne consegue che la sentenza impugnata, sotto il predetto profilo, ha escluso un inadempimento del medico: e ciò correttamente in quanto ha ritenuto in fatto (ed il punto non è contestato) che la malattia della minore D.G. non è addebitabile (in tutto o in parte) ad un comportamento commissivo o omissivo del sanitario.

2.3. Lo stesso motivo di ricorso, infatti, non è prospettato sotto questo profilo, ma sotto il diverso profilo che nel nostro ordinamento esisterebbe un diritto del nascituro a nascere sano o non nascere affatto.

I ricorrenti danno per pacifico che il nostro ordinamento, a tal fine, preveda l'aborto eugenetico, a cui sarebbero tenuti i genitori (quanto meno la gestante), ove correttamente informati delle malformazioni o delle malattie del feto da parte del sanitario, con la conseguenza, nella fattispecie che la mancata informazione da parte del sanitario della malattia della piccola D.G., impedendo alla madre di poter esercitare la facoltà di aborto, avrebbe reso il medico stesso unico responsabile della vita non sana o "ingiusta" della minore, che invece aveva come alternativa quella di non nascere.

3.1. La tesi, sotto il profilo dell'aborto eugenetico, non può essere condivisa.

Anzitutto è vero che il nostro ordinamento tutela l'embrione fin dal concepimento e che può parlarsi di un "diritto a nascere sani", ma detta locuzione va intesa nella sua portata positiva e non negativa.

Il "diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale" (cfr. Cass. N. 589/1999), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo - in senso lato - pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana.

Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve "essere lasciato nascere".

3.2. Infatti non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti.

Esso inoltre non esiste né come un diritto della gestante né come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio.

Infatti l'art. 4 della legge 22.5.978, n. 194 su l'interruzione volontaria della gravidanza statuisce che: "Per l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o la previsione di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico... o ad una struttura pubblica...".

Espletato il procedimento di cui all'art. 5 l. n. 194/1978, la gestante può ottenere l'interruzione della gravidanza presso una delle sedi autorizzate.

L'art. 6 della legge 22.5.1978 n. 194 statuisce che:

"L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;

b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Lo scopo delle norme appare evidente.

Viene consentito il sacrificio del concepito, la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell'art. 1, considerando preminente la tutela della salute fisica o psichica della madre (Cass. 8.7.1994, n. 6464; Cass.1.12.1998, n. 12195).

3.3. Proprio perché detto pericolo va valutato anche con riferimento alla salute psichica della donna e può essere determinato anche dalle rilevanti anomalie o malformazioni del feto, il che significa, ai fini della salute psichica, dalla conoscenza di queste affezioni del feto da parte della donna, assume particolare importanza che il medico, richiesto dalla gestante di essere informata delle risultanze di un'ecografia rivelatrice di gravi malformazioni del feto, adempia esattamente a detto suo obbligo di informazione (Cass. 10.5.2002, n. 6735; Cass. 1.2.1998, n. 12195; Cass. Pen. sez. VI, 18.4.1997, n. 3599). 3.4. Da quanto sopra detto consegue che i principi che emergono dalla legge 22.5.1978 n. 194 sono i seguenti:

a) L'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente);

b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla stessa;

c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto, rilevano solo nei termini in cui possano cagionare il danno alla salute della gestante e non in sé considerate, con riferimento al nascituro.

3.5. L'art. 1 della predetta legge, pur riconoscendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione una volta intervenuto il concepimento, ricollega l'interruzione della gravidanza esclusivamente alle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante.

Nel bilanciamento, quindi, tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito, la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione della gravidanza.

Da ciò consegue che la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto.

4.1. Esclusa l'esistenza dell'aborto eugenetico, il problema che si pone, adombrato nel primo motivo di ricorso e più ampiamente esposto nella memoria, è se in ogni caso, allorché la madre, pur in presenza di un pericolo per la sua salute derivante dalla gestazione o dalla maternità e conseguente alle malformazioni fetali, non sia stata posta in grado di autodeterminarsi per l'aborto, possa il concepito malformato, una volta nato, richiedere il risarcimento del danno per la "vita ingiusta" che egli ha avuto in conseguenza del comportamento omissivo o errato del medico nei confronti della propria genitrice, per mancata o errata informazione.

Ritengono i ricorrenti, nella qualità, che in questo caso spetta al nato malformato il diritto al risarcimento del danno, avendo lo stesso il diritto di non nascere, piuttosto che nascere con quelle malformazioni, per cui censurano l'impugnata sentenza che non ha riconosciuto il suddetto diritto e conseguentemente il relativo risarcimento del danno.

4.2. Ritiene questa corte che, anche sotto questo profilo, il motivo non possa essere accolto.

Va anzitutto ribadito che quanto appresso si dirà, riguarda esclusivamente l'ipotesi, quale è quella in esame, in cui la malformazione del nascituro non sia addebitabile al medico, sotto il profilo omissivo che commissivo, per le terapie adottate, essendogli solo addebitato che l'errata o omessa informazione verso la gestante delle malformazioni o patologie fetali non ha permesso l'autodeterminazione della stessa all'interruzione della gravidanza, pur in presenza di tutte le condizioni di legge.

Il problema che si pone è stato oggetto di dibattito dottrinale anche negli ordinamenti stranieri (segnatamente quello francese ed in parte quello tedesco e nordamericano, c.d. "wrongful life" o "vita ingiusta").

La tendenza prevalente è stata quella di rigettare la domanda proposta in proprio dal nato malformato, e di accogliere quella dei genitori relativamente ai danni patrimoniali, variamente intesi, ed a quelli non patrimoniali (nell'ordinamento americano la fattispecie è trattata nell'ambito dei torts).

La Corte di Cassazione francese (assemblea plenaria) , nel celebre arrêt Perruche del 28.11.2001, con un revirement rispetto alla

precedente giurisprudenza, dichiarò invece che "quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di esercitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori". Successivamente in Francia è intervenuto il legislatore con la legge n. 303/2002, che ha statuito che nulla può essere richiesto dall'handicappato per il solo fatto della nascita, quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico.

Questa sentenza della corte francese ha riaperto il dibattito sul diritto dell'handicappato di "non nascere se non sano".

4.3. Segnatamente in Italia, il dibattito dottrinale è stato alimentato non solo dalla suddetta sentenza francese, ma anche corte ritenuto possibile sviluppo di elementi tratti dalla sentenza di questa Corte 10.5.2002, n. 6735. Quest'ultima sentenza, qualificato il contratto tra la gestante ed il ginecologo come contratto con effetti protettivi in favore di terzi, aveva ritenuto che l'inadempimento del medico rileva direttamente non solo nei confronti della gestante, ma anche nei confronti del padre del nato handicappato e che la possibilità per la madre di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, interrompendo la gravidanza, assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale, ma non come criterio di selezione dei danni risarcibile. Da ciò parte della dottrina ha ritenuto che l'ulteriore passo è quello di riconoscere anche al concepito, egualmente soggetto

protetto dal contratto, il risarcimento del danno per la vita "ingiusta" quale handicappato, in luogo del "non nascere".

4.4. Ritiene questa Corte di non poter condividere le censure mosse dai ricorrenti al rigetto della domanda per gli assunti danni del nato malformato, per lesione del diritto del "non nascere", anche sotto questo profilo.

I passaggi da esaminare sono i seguenti: se esista nel nostro ordinamento positivo un diritto di "non nascere se non sano"; in caso positivo, chi sia legittimato ad esercitarlo; se esista un danno risarcibile.

Va anzitutto, sgombrato il campo da un'affermazione effettuata da quella parte (minoritaria) della dottrina francese, favorevole alla sentenza dell'Assemblea Plenaria di quella corte, secondo cui non era possibile concepire il risarcimento del danno in favore dei genitori per danni conseguenti alla nascita del figlio malformato e non riconoscerlo, anzitutto, allo stesso soggetto che le malformazioni aveva.

Il punto ha un notevole impatto emotivo, ma scarsa consistenza giuridica, poiché - stante la normativa esistente -, mentre per i genitori l'inadempimento del medico ha dato origine alla sequenza causale, passata attraverso la non possibilità di autodeterminazione della donna all'aborto nelle condizioni previste dalla legge, che si conclude con l'avere un figlio malformato (e quindi l'evento finale è la "genitorialità" non voluta), per il concepito malformato l'evento finale della sequenza causale si pone in maniera differente rispetto ai genitori e consiste nella sua vita non voluta (sia pure perché non

sana), per cui occorre esaminare se una tale facoltà gli è riconosciuta dall'ordinamento.

Il discorso, quindi, ritorna al punto di partenza: e cioè esaminare se nel nostro ordinamento esista il diritto di non nascere, se con la nascita si ha poi una wrongful life.

4.5. Va, anzitutto, rilevato che detto diritto di "non nascere" sarebbe un diritto adespota (letteralmente: senza padrone), in quanto a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita.

Nella fattispecie, invece, il diritto di non nascere, fino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso.

Sotto altro profilo, ma nella stessa ottica, ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significa concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare, ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), non vi è mai un titolare. Il titolare di questo presunto diritto non avrà mai quindi la possibilità di esercitarlo.

4.6. A parte queste incongruenze, va osservato che il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuol parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere.

Lo conferma tutta una serie di norme.

Già la Corte Cost.le, con la sent. 18.2.1975, n. 27, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, ha precisato che anche la tutela del concepito ha "fondamento costituzionale" nell'art. 31 c. 2° della Costituzione, che "impone espressamente la protezione della maternità" e, più in generale, nell'art. 2, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pur con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito".

La successiva l. 22.5.1978, n. 194, significativamente intitolata "norme per la tutela sociale della maternità", oltre che "sull'interruzione volontaria della gravidanza", proclama, all'art. 1, che "lo Stato ... riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio", che, come si evince dal combinato disposto con gli articoli successivi, va riferito al momento del concepimento (e non tanto, o non solo allo scadere del novantesimo giorno dal concepimento, cui fa riferimento il successivo art. 4). L'interruzione della gravidanza è quindi ammessa solo entro i limiti già indicati, di cui agli artt. 4 e 6 cit. legge, per evitare un pericolo serio o grave alla salute o alla vita della gestante, attraverso quel bilanciamento degli interessi già individuati dalla Corte Cost.le con la citata sent. 18 2.1975, n. 27. È sanzionata penalmente, inoltre, anche l'interruzione della gravidanza per colpa o la determinazione per colpa di un parto

prematuro (art. 17), senza il consenso della donna (art. 18), o al di fuori dei casi e delle modalità consentiti (art. 19).

Lo stesso diritto alla salute, che trova fondamento nell'art. 32 della Cost. - per il quale la tutela della salute è garantita "come fondamentale diritto dell'individuo" (oltre che "interesse della collettività") -, non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionato, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precedono, volte a garantire l'integrità del nascituro.

Numerose norme prevedono, del resto, forme di assistenza sanitaria alle gestanti ed assicurano ad esse i necessari congedi dal lavoro - l. 30.12.1971, n. 1204, d.p.r. 25.1.1976, n. 1026, l. 9.12.1977, n. 903, etc. -, non al solo fine di garantire la salute della donna, ma altresì al fine di assicurare il migliore sviluppo e la salute stessa del nascituro.

Attraverso tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute.

4.7. Sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.

Va poi osservato che se esistesse detto diritto a non nascere, se non sano, se ne dovrebbe ritenere l'esistenza, indipendentemente dal

pericolo per la salute della madre, derivante dalle malformazioni fetali, e si porrebbe l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di quale sarebbe il livello di handicap per legittimare l'esercizio di quel diritto, e, poi, di chi dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita.

4.8. Infatti, anche se non vi fosse detto pericolo per la salute della gestante, ogni qual volta vi fosse la previsione di malformazioni o anomalie del feto, la gestante, per non ledere questo presunto diritto di "non nascere se non sani" avrebbe l'obbligo di richiedere l'aborto, altrimenti si esporrebbe ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro, una volta nato.

Quella che è una legge per la tutela sociale della maternità e che attribuisce alla gestante un diritto personalissimo, in presenza di determinate circostanze, finirebbe per imporre alla stessa l'obbligo dell'aborto (salvo l'alternativa di esporsi ad un'azione per responsabilità da parte del nascituro).

Diversamente si verifica nell'ordinamento francese, in cui la legge 162-12, code santè pubblic, prevede "la possibilità di interrompere la gravidanza fino alla nascita, quando esiste una forte probabilità che il nascituro sia portatore di un'affezione di una particolare gravità riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi".

In quell'ordinamento sembra che sia la stessa legge a riconoscere che la nascita di un handicappato sia un danno.

5.1. Escluso, quindi, che esista un diritto del concepito, per quanto handicappato a non nascere, in ogni caso per questo ipotetico diritto non esisterebbe un soggetto legittimato a farlo valere.

Non può farlo valere, ovviamente il concepito, ancora non nato.
Non potrebbe far valere detto preteso diritto del concepito di non nascere neppure il medico; ed egli si troverebbe nell'incongruente situazione di dover rispondere di danni, che se volesse evitare direttamente, non potrebbe farlo.
Questo preteso diritto di non nascere da parte del concepito mal formato non potrebbe essere esercitato, come tale, neppure dalla gestante. Infatti per come è strutturata la legge n. 194/1978, il c.d. diritto all'aborto da parte della gestante non ha una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese, ma si pone in una fattispecie di tutela del diritto alla salute della gestante.
In altri termini il diritto che ha la donna è solo quello di evitare un danno (serio o grave, a seconda delle ipotesi temporali) alla sua salute o alla sua vita. Per esercitare detto diritto, nel bilanciamento degli interessi, l'ordinamento riconosce la possibilità alla donna di interrompere la gravidanza. È la necessità della tutela della salute della madre che faculta la stessa alla (richiesta di) soppressione del feto, scriminandola da responsabilità.
Anche a seguito della l. n 178/1994 l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 l. n. 194/1978, accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8, costituisce reato e ciò anche per la stessa gestante (art. 19 l. n. 194/1978).
Le malformazioni fetali rilevano in questa fattispecie non per far sorgere un diritto all'aborto ma solo per concretizzare il pericolo alla salute o alla vita della gestante e permettere alla stessa di avvalersi

dell'esimente costituita dalla necessità di interruzione della gravidanza. Tanto è vero che l'art. 7, ult. c. statuisce, che quando vi è la possibilità di vita autonoma del feto, l'aborto può essere praticato solo nell'ipotesi di cui all'art. 6, lett. a) (pericolo per la vita della donna, non essendo più sufficiente il pericolo per quanto grave alla salute) ed il medico "deve adottare ogni misura per salvaguardare la vita del feto", indipendentemente dal punto se esso sia malformato o abbia gravi patologie.

5.2. Quindi il legislatore tutela, addirittura con sanzione penale, il diritto a nascere del concepito, a prescindere dalle malformazioni o patologie (diversamente dalla legislazione francese in ipotesi di gravi malformazioni fetali).

Questo è il bene giuridico protetto dalle norme che sanzionano l'aborto anche nei confronti della donna consenziente, sempre che si versi fuori dalle ipotesi di cui all'art. 4 e 6 cit., per cui la facoltà della donna di esercitare l'interruzione della gravidanza integra non un diritto autonomamente individuato, ma il diritto di avvalersi di una peculiare e tipicizzata forma dell'esimente dello stato di necessità (assimilabile, quanto a natura, a quella di cui all'art. 54 c.p., per quanto molto più attenuata, segnatamente nella fattispecie di cui all'art. 4 l. n. 194/1978).

La dottrina penale prevalente ritiene che il fondamento dello stato di necessità risiede nel criterio oggettivo del bilanciamento degli interessi: posto cioè che nella situazione data un bene è comunque destinato a soccombere, l'ordinamento giuridico non ha interesse a far prevalere l'uno o l'altro dei beni in conflitto se si tratta di beni

equivalenti, mentre privilegia quello maggiore se si tratta di diverso valore.

Ne consegue, che l'aborto non è l'esercizio di un diritto della gestante, ma un mezzo concesso a lei (e solo a lei) per tutelare la sua salute o la sua vita, sopprimendo un altro ben giuridico protetto (il diritto a nascere del concepito).

Se esistesse, nel nostro ordinamento positivo, un diritto del concepito malformato a non nascere, se non sano, non si proporrebbe più un problema di bilanciamento di interessi contrapposti, ma in ipotesi di gravi patologie o malformazioni fetali (irrimediabili) e contemporaneamente di pericolo almeno serio alla salute della donna, vi sarebbe una convergenza di diritti da proteggere.

5.3. La non esistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere, se malformati, comporta che, se per omessa o inesatta informazione da parte del medico sulle malformazioni fetali (delle quali egli non è colpevole), il concepito malformato nasce, egli non può lamentarsi che non sia stata interrotta la gravidanza con riferimento alla sua personale posizione, poiché, come detto, l'ordinamento attuale non prevede tale posizione giuridica come meritevole di tutela, anzi prevede il contrario.

Conseguentemente anche considerando giustamente il contratto tra la gestante ed il medico come contratto ad effetti protettivi nei confronti dei terzi e quindi pur inserendo il concepito nella Schutzbereich del contratto, posto che le conseguenze della prestazione medica, pur dovendo essere eseguita sulla donna, finiscono inevitabilmente per riflettersi sul concepito, il dovere di protezione (Schutzpflicht) nei

confronti del nascituro attiene alla nascita dello stesso e non alla non nascita, se malformato, (oltre ovviamente all'eliminazione delle patologie o malformazioni che la scienza medica permetta di curare).
Ciò comporta che il concepito malformato, una volta nato, non può far valere, come danno proprio da inadempimento contrattuale, (come invece può fare il coniuge, soggetto egualmente protetto dal contratto originario) il fatto che, non essendo stata posta la madre nella condizione di tutelare il suo diritto alla salute, attraverso l'aborto, egli sia nato con malformazioni congenite e con conseguenze dannose alla persona ed eventualmente al patrimonio.
Il dovere di protezione nei suoi confronti, imposto dalla normativa attuale e quindi prevalente su eventuali diverse clausole contrattuali (art. 1419, c. 2 c.c.), è stato infatti esattamente adempiuto.
Né sotto altro profilo, il concepito, ormai nato, può lamentare un proprio danno perché la madre non sia stata posta nella condizione di avvalersi, nel bilanciamento degli interessi, di sopprimere il bene giuridico tutelato del concepito per non far soccombere il proprio bene giuridico della salute o della vita.
In altri termini, e ritornando allo schema secondo cui l'aborto è consentito nell'ambito di uno stato di necessità (sia pure attenuato e sui generis) per la salute o la vita della donna, il soggetto titolare del diritto, che deve soccombere, non può invocare tutela risarcitoria nei confronti di alcuno, perché l'altro soggetto, che poteva avvalersi della scriminante, non si sia avvalso della stessa, per quanto per difetto di dovuta informazione.

5.4. Se esistesse il diritto a non nascere, se non sano, tale diritto sarebbe poi opponibile a tutti: al personale medico, e paramedico e, soprattutto alla madre, con la conseguente contraddizione che il minore potrebbe usare della sua qualità di soggetto di diritto per invocare l'ingiustizia del mancato ricorso all'aborto, che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritto.

6.1. In ogni caso nella specie, ove anche fosse concepibile detto ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile per il nato deforme o con gravi patologie.

Non è l'inadempimento del medico in sé che viene risarcito, e costituito nella fattispecie nella mancata informazione alla madre delle malformazioni fetali, ma il danno che è conseguenza immediata e diretta di tale inadempimento, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c. Sennonché il danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare.

L'omessa o errata informazione non ha apportato per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante (diversamente dalla legislazione francese suddetta, che considera già come un pregiudizio l'handicap del feto).

6.2. Né questo danno può essere ritenuto ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima non ci sarebbe stata, e neppure la vita, per quanto malata, con la non nascita (o morte del concepito), che costituisce perdita assoluta.

Infatti, indipendentemente da considerazioni etiche (pur comuni alla maggior parte della cultura occidentale secondo cui il bene della vita è il massimo dei valori e non esiste una perdita maggiore della morte), va osservato che tale principio è trasfuso anche nel nostro ordinamento che sanziona in modo più severo l'aggressione alla vita (art. 575 c.p.) rispetto all'aggressione all'integrità fisica, per quanto gravissima (artt. 582/583 c.p.).

6.3. Per sfuggire all'incongruenza di dover comparare una vita, per quanto con handicap, con una non vita o alla difficoltà etica per cui solo decidendo di interrompere la gravidanza si sarebbe potuto evitare il danno da malformazione congenita, si è proposto di abbandonare la prospettiva della responsabilità, come lesione di una situazione giuridica soggettiva, data la difficoltà di individuare l'interesse protetto ed il danno conseguente, è si è affermato, invece che il vivere una vita malformata è di per sé una situazione esistenziale negativa, indipendentemente dalle alternative a disposizione.

Ciò che si concepisce come danno è l'obiettività del vivere male, se è comunque conseguenza di un'azione colpevole altrui.

Si è inquadrato il danno del nato malformato tra le lesioni della personalità, per un'esistenza difficile da vivere in ragione delle gravi limitazioni fisiche, e quindi come danno esistenziale, più che tra quelle alla persona umana.

6.4. La tesi non sfugge alle difficoltà già evidenziate.

A parte il rilievo che non esiste la categoria del c.d. danno esistenziale, essendo, invece risarcibili le lesioni di specifici valori

costituzionalmente protetti (Cass. n. 8827/2003); va anzitutto rilevato che anche in questo caso, si pone, il problema dell'alternativa all'evento dannoso, come comportamento dovuto nei confronti del danneggiato, e cioè quello di non farlo nascere perché malformato, sulla cui inconsistenza già si è detto sopra.

La tesi esposta, accennata nella memoria dei ricorrenti, infatti "baipassa" inspiegabilmente quello che è l'inizio della c.d. vita senza dignità del malformato e cioè la nascita dello stesso in luogo della non nascita, cui poi eziologicamente va collegata la successiva c.d. Wrongful life.

6.5. Quindi il discorso ritorna sul punto se esiste un diritto a non nascere se da detta nascita deriva poi una vita "ingiusta", già accertabile allo stato fetale.

Inoltre anche nella lesione dei diritti della personalità, non può sostenersi che il danno è in re ipsa, ma occorre la prova di un danno che presenti i requisiti di cui all'art. 1223 c.c., costituito dalla privazione o diminuzione di un valore personale per effetto della condotta dell'agente, cui commisurare il risarcimento.

Inoltre, poiché non si può invocare dall'ordinamento tutela per il non acquisto della condizione umana e contro il fatto che rende il nato soggetto all'ordinamento, ciò vale anche per i diritti della personalità, la cui violazione può avvenire anche prima dell'acquisto della capacità giuridica, purché però poi segua la nascita, ma che non riguardano né un diritto né una semplice aspettativa a nascere sano, dal momento che l'alternativa sarebbe quella di non nascere affatto e non quella diversa tra nascere sano o nascere malato per colpe altrui.

7.1. Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 205 c.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in punto alla liquidazione dei danni patiti da essi coniugi.

Assumono i ricorrenti l'inadeguatezza del quantum liquidato, tenuto conto dei gravi danni sia patrimoniali che biologici patiti, nonostante essi siano stati riconosciuti dal c.t.u. e documentalmente provati; lamentano, poi, che la sentenza impugnata ha omesso ogni motivazione sul punto, limitandosi a dire che era congrua la somma di €. 350 milioni liquidata dal tribunale; lamentano, altresì, la contraddittorietà della motivazione.

7.2. Ritiene questa Corte che il motivo è fondato e va accolto. Infatti la sentenza impugnata si è limitata ad aderire alla liquidazione del danno effettuata dal giudice di primo grado.

Osserva questa Corte che la motivazione "per relationem" della sentenza pronunciata in sede di gravame è legittima purché il giudice di appello, facendo proprie le argomentazioni del primo giudice, esprima, sia pur sinteticamente, le ragioni della conferma della pronunzia in relazione ai motivi di impugnazione proposti, in modo che il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante e corretto. Deve viceversa essere cassata la sentenza d'appello quando la laconicità della motivazione adottata, formulata in termini di mera adesione, non consenta in alcun modo di ritenere che all'affermazione di condivisione del giudizio di primo grado il giudice di appello sia pervenuto attraverso l'esame e

la valutazione di infondatezza dei motivi di impugnazione (Cass. 14/02/2003, n. 2196; Cass. 23/12/2002, n. 18296).

7.3. Va poi osservato che la liquidazione del danno, operata della sentenza, è anche intimamente contraddittoria.

Infatti la sentenza impugnata ritiene a pag. 10 e segg., come pregiudizi conseguenti all'inadempimento della mancata informazione da parte del E.R.P., sia nel caso in cui la A.G. avesse voluto interrompere la gravidanza (non potendo ciò fare esclusivamente per l'inadempimento del E.R.P.), sia che non l'avesse volontariamente interrotta (ancorché tempestivamente ed esattamente informata), lo stravolgimento della vita dei coniugi attori, l'impossibilità per gli stessi di condurre una vita normale, lo stato di stress e di affaticamento, nonché il danno materiale costituito dalle spese ed i disagi solo in parte coperti dall'assistenza pubblica.

Sennonché la stessa somma (€. 350 milioni) non può ritenersi congrua, sia che la gestante avesse voluto interrompere la gravidanza sia che non l'avesse voluto, in quanto è di intuitiva evidenza che lo stravolgimento della vita dei genitori, lo stress e l'affaticamento, nonché le spese ed i disagi derivanti dalla patologia della minore, nell'ipotesi in cui; la gestante, ancorché tempestivamente avvertita, non avesse voluto interrompere la gestazione del feto malformato o anomalo, si sarebbero comunque determinati, ma non per condotta addebitabile al medico ma per scelta della gestante di non interrompere la gravidanza, anche se in misura in parte attenuata in relazione ad alcune voci per la preventiva preparazione psicologica.

8. È opportuno, a questo punto, esaminare il secondo motivo del ricorso incidentale della Ras, con cui la stessa lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2697 c.c., art. 185 c.p. e l. n. 194/1978, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. nonché il difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia.

Il motivo è sostanzialmente analogo alla seconda parte del secondo motivo del ricorso incidentale del E.R.P. (pag. 34-40). Con essi sostanzialmente si censura l'impugnata sentenza per aver ritenuto la legittimazione attiva del M.D.D. a richiedere il risarcimento del danno per mancata informazione dei rischi di malattia della nascitura, con conseguente mancato esercizio del diritto di interruzione della gravidanza da parte della gestante. Entrambi i ricorrenti incidentali sostengono che nella specie il M.D.D. non era legittimato a chiedere detto risarcimento del danno e che in ogni caso il M.D.D. ha sempre lamentato un pregiudizio direttamente rinveniente a suo carico e non come danno riflesso da quello subito dal coniuge.

9.1. Ritiene questa Corte che le suddette censure sono infondate e vanno rigettate.

Come questa Corte ha già osservato (Cass. 10.5.2002, n. 6735) la responsabilità del ginecologo deriva dall'inadempimento ad una obbligazione di natura contrattuale: rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi, impiegando in ciò la diligenza e perizia richieste.

L'inadempimento espone il medico a responsabilità per i danni che ne derivano (art. 1218 cod. civ.).

Non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato, e cioè: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano.

La possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza, assume dunque rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale.

Non l'assume come criterio di selezione dei danni risarcibili, non almeno come criterio di selezione tra tipi di danno.

Perché, trattandosi di responsabilità contrattuale, ad essere risarcibili sono i danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 cod. civ.). Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si incentrano sul fatto della procreazione - quali si desumono si dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; art. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.) - vale poi a spiegare perché anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta.

Ne deriva che l'inadempimento si presenta tale anche verso il padre ed espone il medico al risarcimento dei danni, immediati e diretti, che pure al padre possono derivare dal suo comportamento.

Né rileva che l'uomo possa essere coinvolto dalla donna nella decisione circa l'interruzione della gravidanza, ma non chiederla.

9.2. Ciò attiene al nesso causale.

La madre, pur informata, può scegliere di non interrompere la gravidanza: l'ordinamento non consente al padre di respingere da sé tale eventualità e nulla potrebbe imputarsi al medico.

Ma, sottratta alla donna la possibilità di scegliere, al che è ordinata l'esatta prestazione del medico, gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento dei danni che ne sono derivati.

Certamente la decisione di interrompere la gravidanza, dalla l. n. 194/1978, può essere presa solo dalla donna, previo esame e riconoscimento delle sue condizioni di salute (come sopra si è detto).

Da ciò discende che il padre non ha titolo per intervenire in siffatta decisione e la Corte Costituzionale ha riaffermato la legittimità costituzionale di tale scelta legislativa (ord. 31.3.1988, n. 389, ed in parte C.Cost. 5.5.1994, n. 171).

9.3. Sennonché diversa questione è quella relativa al danno che il padre del nascituro potrebbe subire, perché altri hanno impedito alla stessa di esercitare il diritto di interruzione della gravidanza, che essa (e solo essa) legittimamente poteva esercitare.

Qui non si fa questione di un diritto del padre del nascituro ad interrompere la gravidanza della gestante, che certamente non esiste, ma solo se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro.

La risposta al quesito è, come si è detto positiva, e, poiché si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale) il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c.

10. Con il primo motivo del ricorso incidentale il E.R.P. lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, c. 2, 2236 e 2697 c.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché l'insufficienza e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.

Lamenta il ricorrente che la sentenza impugnata abbia ritenuto la sua responsabilità per colpa ai sensi dell'art. 1176 c.c., mentre è consuetudine che il medico accetti, senza ulteriori controlli quanto dichiarato dalla coppia, astenendosi dal prescrivere ulteriori indagini e che nella fattispecie il M.D.D. aveva dichiarato di non essere affetto da talassemia. Secondo il ricorrente incidentale egli avrebbe operato, quindi, con la media diligenza.

11.1. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

È stato sottolineato che sotto il profilo sistematico le norme sulla diligenza (art. 1176, c. 2, c.c.) sono previste per tutti i tipi di obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte, per cui il concetto di colpa è unitario.

Dottrina e giurisprudenza tendono, quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Pertanto la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (Cass. 12.8.1995, n. 8845).

Infatti il medico-chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, c. 1°, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, c. 2°, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

11.2. Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Comunemente si dice che trattasi di una diligentia in abstracto, ma ciò solo per escludere che trattisi di diligentia quam in suis, e cioè la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore. Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete.

11.3. A norma dell'art. 2236 c.c., applicabile anche ai medici, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave.

Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

In atti anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (Cass. 18.11.1997, n. 11440; Corte Cost. 22.11.1973, n. 166).

Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.

In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che

trascendono la preparazione media (Cass. 11.4.1995, n. 4152), ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12.8.1995, n. 8845).

11.4. La corte di merito, con esatta applicazione dei suddetti principi e con motivazione immune da censure in questa sede di legittimità, ha ritenuto che di fronte ad una situazione di grave rischio costituita dalla tara talassemica della gestante A.G., il E.R.P. non doveva acquietarsi alla sola dichiarazione del M.D.D. di assenza di talassemia, senza richiedere almeno l'esibizione di un referto di analisi, atteso che la patologia del M.D.D. era del tutto asintomatica (e ciò tanto più perché il E.R.P. era uno specialista ginecologo), perché la coppia si era a lui rivolta per un parere ed egli operava in un territorio in cui la situazione epidemiologica deponeva per un'alta incidenza delle coppie a rischio. In buona sostanza risulta escluso che si versasse in ipotesi clinica che trascendesse la preparazione medica di quel debitore qualificato (ginecologo).

12.1. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente incidentale E.R.P. lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 6 lett. b) l. n. 194/1978, violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1225, 1226, 2056 e 2697 c.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 c.c. e l'omessa, insufficiente motivazione, ex art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.

Assume il ricorrente che la sentenza impugnata erratamente applicando le suddette norme della l. n. 194/1978 non ha accertato

l'esistenza delle condizioni stabilite dalla stessa per l'interruzione volontaria della gravidanza; che le condizioni sono diverse a seconda che si versi nell'ipotesi di cui all'art. 4 o in quella di cui all'art. 6 della l. n. 194/1978; che occorreva accertare se l'informazione circa le malformazioni del feto avrebbe determinato l'insorgenza di una vera e propria patologia per la donna, destinata ad evolvere verso una situazione di gravità; che detti accertamenti non erano stati effettuati; che non era stato accertato se la A.G., una volta informata, avrebbe richiesto l'interruzione della gravidanza.

Lamenta poi il ricorrente che la corte di merito ha confermato la liquidazione equitativa del danno, ovviando alle lacune probatorie degli attori, che, invece, avrebbero dovuto provare il danno sia patrimoniale che biologico.

Infine, sempre con il secondo motivo il ricorrente lamenta che sia stato riconosciuto il risarcimento del danno anche al coniuge della gestante, pur non avendo alcun diritto di interrompere la gravidanza della moglie: su quest'ultima censura si è già detto sopra (punto 6), ritenendola infondata.

12.2. Con il primo motivo del ricorso incidentale la Ras lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 1223 c.c. e della legge n. 194/1978, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., nonché il vizio motivazionale su un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.c.

Assume la ricorrente che i M.D.D. non solo non hanno provato, ma nemmeno hanno mai assunto che la A.G., se a conoscenza dei rischi del nascituro, avrebbe sicuramente interrotto la gravidanza e che su

tale specifica censura la corte di merito non si era pronunciata; che il danno da stress ed affaticamento non poteva, invece, trovare causa nel solo inadempimento tempestivo dell'informazione da parte del medico, con conseguente preparazione psicologica, in quanto la sola informazione tempestiva e la preparazione psicologica dei genitori non avrebbe eliminato detti assunti pregiudizi.

13.1. Ritiene questa corte che i due motivi di ricorso, essendo strettamente connessi vadano esaminati congiuntamente.

Essi sono infondati e vanno rigettati.

Va, anzitutto, osservato che, sebbene la sentenza in questione non prenda una precisa posizione se nella fattispecie, ai fini della possibile interruzione della gravidanza si versi nell'ipotesi di cui all'art. 4 o dell'art. 6 l. n. 194 del 1978, riferendosi ad entrambe le norme, tuttavia sulla base dei dati storici riferiti dalla stessa sentenza (visita ginecologica effettuata il 19.2.1991 e nascita della minore D.G. il 7.10.1991), deve ritenersi che l'ipotesi della possibile interruzione di gravidanza rientri nella fattispecie di cui all'art. 4 l. n. 194/1978, e cioè quella relativa ad una gravidanza che non abbia superato i primi 90 giorni.

Ciò comporta, anzitutto, che non è necessario che già nella gravidanza o nel parto la malformazione o anomalia del feto dia luogo ad un serio (e non necessariamente grave, come nell'ipotesi di cui all'art. 6) pericolo per la salute, potendo lo stesso essere anche successivo alla nascita e dipendente quindi esclusivamente dalla maternità.

13.2. Inoltre, trattandosi di valutazione prognostica da effettuare, nell'ipotesi di cui all'art. 4 l. n. 194/1978, peraltro sulla base delle sole circostanze "accusate" dalla gestante, essa va effettuata in termini di probabilità, secondo le nozioni della scienza medica, ma non di certezza (che non può che riferirsi ad un fatto attuale o già verificatosi), con giudizio da effettuarsi ex ante.

Nella fattispecie la sentenza impugnata ha ritenuto che sussistessero alla data della visita (19.2.1991) tutte le ci costanze previste dalla legge per l'interruzione della gravidanza.

In particolare ha ritenuto che sussistesse (pag. 12) un danno alla salute per la gestante connesso alla maternità di una figlia con la grave patologia talassemica.

13.3. È vero che la lesione del diritto ad interrompere la gravidanza per effetto dell'inadempimento del sanitario sussiste, come è ovvio, non solo perché è perfezionata la fattispecie del diritto nei termini detti, ma anche perché si è in presenza di volontà della gestante di esercitare tale diritto.

Quindi il risarcimento del danno per il mancato esercizio di detto diritto può essere riconosciuto alla donna non per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere, ma se siano provate la sussistenza dei presupposti della fattispecie legale per l'esercizio del diritto e la volontà di esercitarlo da parte della gestante, se fosse stata informata correttamente della diagnosi.

Il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo al diritto al risarcimento del danno eventuale

conseguente a detta causale, ma non al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza.
Ciò per l'ovvia considerazione che in caso di mancanza dei predetti elementi integrativi della fattispecie legale, la mancata interruzione della gravidanza è da ascriversi eziologicamente alla non integrazione della fattispecie legale ovvero alla mancanza di una volontà in tal senso della gestante e non all'omessa o errata informazione da parte del medico.
13.4. Tuttavia, come ha già rilevato questa Corte (Cass. N. 6735/2002) in termini condivisibili ed applicabili alla fattispecie in esame, la circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà; che elementi indicativi della volontà della donna di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza possono trarsi da fattori ambientali, culturali, di storia personale e dallo stesso fatto che la gestante si sia rivolta al professionista appunto per esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, segno questo di un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni.

14 1. Con il terzo motivo di ricorso il ricorrente E.R.P. lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 209 c.p.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraria motivazione (in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.).

Lamenta il ricorrente che la sentenza impugnata ha ritenuto di confermare la statuizione di condanna, senza acquisire le prove addotte da lui.

14.2. Ritiene questa corte che il motivo sia inammissibile, per difetto di specificità, sotto il profilo dell'autosufficienza del ricorso.

Infatti, qualora, con il ricorso per Cassazione, venga lamentata la mancata ammissione o valutazione di mezzi istruttori (un documento, deposizioni testimoniali, dichiarazioni di parti, ecc.), è necessario, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività della prova non ammessa o non valutata (o insufficientemente valutata), che il ricorrente precisi - ove occorra, mediante integrale trascrizione della medesima nel ricorso - il contenuto della prova che egli asserisce decisiva e non ammessa o non valutata, dato che, per il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione, il controllo deve essere consentito alla corte di cassazione sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative. Nella fattispecie non risultano indicati nel ricorso il contenuto delle prove richieste dal ricorrente e non ammesse dal giudice di merito.

15.1. Con il terzo motivo del ricorso incidentale, la RAS lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 e 1226 c.c. e della l. 22.5.1978 n. 194, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., nonché

l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.

Lamenta la ricorrente che la corte di appello abbia liquidato anche il danno economico connesso alle spese ed ai disagi derivanti dalla patologia della minore, nella parte in cui non erano coperte dalle prestazioni della sanità pubblica, mentre avrebbe dovuto essere liquidato solo il danno alla salute della donna a norma della legge n. 194/1978, secondo quanto affermato da Cass. n. 6464/1994.

15.2. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

Infatti, il danno risarcibile non può essere limitato solo al danno alla salute in senso stretto della gestante (in questo senso, invece, Cass. 8.7.1994, n. 6464).

Lo stato patologico ed il pericolo grave per la salute rilevano, infatti, solo ai fini del perfezionamento della fattispecie per l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, ma una volta che esso si è perfezionato, non operano come limitazione della responsabilità del sanitario inadempiente.

In altri termini detto pericolo di danno grave alla salute, che si inserisce su un processo patologico, delimita il diritto di aborto, non la responsabilità contrattuale del sanitario.

Come sopra si è detto la possibilità per la madre di esercitare il suo diritto di aborto rileva in sede di giudizio di nesso causale, ma non come criterio di selezione tra tipi di danno.

Infatti, poiché si versa in tema di inadempimento contrattuale, il danno, al cui inadempimento il debitore inadempiente è tenuto ex art.

1218 c.c., deve essere valutato secondo i criteri di cui agli artt. 1223, 1225, 1227 c.c. Se danno è il pregiudizio subito dal creditore, allora è questo pregiudizio che occorre risarcire, secondo i principi della regolarità causale (art. 1223 c.c.). In questo danno rientra non solo il danno alla salute in senso stretto ma anche il danno biologico in tutte le sue forme ed il danno economico, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario, in termini di causalità adeguata (Cass. n. 12195/1998).

16. Pertanto va accolto il secondo motivo del ricorso principale e vanno rigettati il primo motivo nonché i ricorsi incidentali.

Esistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio di cassazione tra i ricorrenti, nella qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore, ed i ricorrenti incidentali.

Va cassata l'impugnata sentenza, in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per le spese del giudizio di cassazione tra le altre parti, ad altra sezione della Corte di appello di Lecce.

P.Q.M

Riunisce i ricorsi. Accoglie il secondo motivo del ricorso principale. Rigetta il primo motivo nonché i ricorsi incidentali. Compensa le spese del giudizio di cassazione tra i ricorrenti principali, nella qualità, ed i ricorrenti incidentali. Cassa, in relazione, l'impugnata sentenza e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, anche per le spese del giudizio di Cassazione tra le altre parti.

Così deciso in Roma, lì 6 maggio 2004.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 29 LUG. 2004.