

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

RESPONSABILITÀ MEDICA: QUANDO IL CONSENSO, VERAMENTE INFORMATO, FA LA DIFFERENZA

di Francesco Cecconi *e di* Gaia Cipriani



GIUFFRÈ EDITORE

54 ERRORE DURANTE IL PARTO E DANNI CEREBRALI AL NEONATO: IL MEDICO NON È SEMPRE RESPONSABILE

TRIB. FIRENZE, 3 SETTEMBRE 2013 - G.U. CALVANI

Responsabilità medica - Encefalopatia del nascituro - Carenza della struttura - Danno non patrimoniale - Nesso causale - Risarcimento.

(C.C. ARTT. 1218, 1917, 2043, 2049, 2059)

1. *Nel nostro ordinamento il risarcimento del danno non è una sanzione per aver tenuto una condotta negligente o imprudente, ma è il ristoro dovuto a fronte dei danni che quella condotta ha provocato; di fronte ad una condotta, pur se colposa, che non abbia però avuto incidenza causale nella produzione del danno, nel senso che questo si sarebbe ugualmente verificato, non vi è luogo per disporre un obbligo risarcitorio.*

Responsabilità medica - Ostetrica - Errore - Autodeterminazione - Consenso informato - Risarcimento - Responsabilità della struttura - Non sussiste.

2. *I genitori, che si rivolgono consapevolmente informati ad un centro attrezzato per il parto naturale, si assumono il rischio dei danni al neonato insorgenti per il caso di emergenza, alla stregua di quanto avviene durante un parto domiciliare.*

[Non constano precedenti]

FATTO - M.M. e L.G., in proprio ed in rappresentanza dei figlio minore E.M., hanno chiamato avanti a questo giudice l'Azienda USL ** di Firenze, il dott. A.S. e l'Azienda Ospedaliera Se.

Riferiscono che il ** la sig.ra G. era ricoverata con prodromi di travaglio da parto al Centro Nascita Se.**, al quale ella aveva deciso di affidarsi essendole stato garantito che, in caso di necessità di induzione al parto o di altre emergenze, sarebbe stata immediatamente trasferita presso un presidio ospedaliero più idoneo, non essendo il Se. sufficientemente attrezzato.

Nel corso del travaglio, inizialmente regolare, si evidenziava ad un certo punto (ore 22 circa) una spiccata e prolungata bradicardia, talché l'ostetrica contattava telefonicamente il dott. S., non presente e che non interveniva; successivamente, anziché procedere immediatamente al taglio cesareo o al trasferimento della G. presso altra struttura, il personale attendeva l'esito naturale del parto, che avveniva alle ore 1.00.

E.M. veniva alla luce cianotico e con gravi problemi respiratori e motilità estremamente scarsa, era sottoposto a manovre rianimatorie e trasportato all'Ospedale di Montevarchi, ove era formulata diagnosi di encefalopatia in esito a sofferenza ipossico-ischemica neonatale, caratterizzata da tetraparesi spastico-distonica e ritardo psicomotorio.

Gli attori affermano la responsabilità contrattuale dei sanitari del Se., in particolare del dott. S., per il mancato tempestivo intervento che ha determinato le lesioni, ed extracontrattuale dell'Ospedale e della USL di riferimento, e chiedono la loro condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali (biologico, morale, esistenziale) e patrimoniali (per incapacità di guadagno) subiti da E.M., nonché dei danni non patrimoniali (morale, esistenziale) e patrimoniali (spese mediche, di assistenza e per l'acquisto di attrezzature) subiti dai genitori stessi.

(Omissis).

DIRITTO - Si osserva, preliminarmente, che gli attori hanno convenuto in giudizio anche l'Azienda Ospedaliera Se., che non si è costituita: né avrebbe potuto farlo, poiché l'ospedale Se. non è una Azienda dotata di propria capacità giuridica ma è solo una struttura gestita dalla Azienda USL ** di Firenze.

Dagli atti emerge la totale estraneità del dott. S.: è infatti confermato che il Centro Nascita Se. non ha caratteristiche ospedaliere ma è una « Casa di maternità » che garantisce esclusivamente una assistenza ostetrica, senza intervento di medici (se non al momento dell'ammissione), una sorta di « parto domiciliare organizzato ».

Il dott. S. non ha avuto dunque alcun compito o incombenza nella vicenda in esame, una volta precisato che le condizioni di ammissione della sig.ra G. al Centro Nascita erano sussistenti — sul punto non vi è contestazione.

Si deve valutare allora se sussista una responsabilità della struttura, per come era organizzata e per quanto fu fatto o omesso dal personale presente (ostetriche).

Afferma il CTU che E.M. è affetto da paralisi cerebrale infantile, con tetraparesi spastica-distonica, conseguente ad uno stato di ipossia/asfissia verificatosi in occasione del travaglio; la condizione di sofferenza iniziò a manifestarsi con rallentamento della frequenza cardiaca fetale (FCF) dopo la rottura del sacco amniotico (h. 22,50) e perdurò, verosimilmente, fino al parto e anche oltre.

Il consulente aggiunge che la procedura del parto non fu seguita secondo la buona scienza ostetrica: le ostetriche presenti, infatti, avrebbero dovuto comprendere che l'abbassamento della FCF non era fisiologico, come invece ritennero, ma quanto meno « non rassicurante », dunque avrebbero dovuto mantenere la registrazione continua e disporre l'immediato trasferimento presso una struttura ospedaliera.

Anche le manovre di rianimazione neonatale, poste in essere dopo la nascita, sono giudicate insufficienti dal CTU.

Le valutazioni del CTU sono state contrastate con forza dalla convenuta Azienda USL.

Osserva la convenuta che, in realtà, la registrazione della FCF è avvenuta in modo quasi continuo, poiché gli intervalli sono stati ravvicinatissimi, e dal tracciato è ben possibile desumere che, dopo il primo episodio di decelerazione della FCF (4-5 minuti a 80 bpm), avvenuto proprio in concomitanza con la rottura del sacco amniotico e l'uscita della sig.ra G. dalla vasca per il travaglio, il battito aveva ripreso regolare (120-140 dalle h. 23 alle 23,04), salvo presentarsi altri episodi decelerativi di minore intensità.

Successivamente si registra un'altra decelerazione di un minuto (23,05-23,06) a 90-110 bpm; vero è che poi la registrazione è interrotta, ma è ripresa alle 23,09, segnando una frequenza di 120-130 — dunque, al massimo, anche il secondo episodio può avere avuto una durata di 4 minuti, ma poi la FCF permane sostanzialmente invariata per quasi un'ora (fino alle 00,05) su valori regolari (120-130), con una sola discesa a 105 immediatamente risalita a 120; dalle 00,07 all'ultima registrazione (00,52) le oscillazioni sono più numerose, passando la FCF più volte da un minimo di 80 ad un massimo di 155, senza continuità di frequenza.

La convenuta ne desume che non si verificò alcuna ipossia/asfissia intraparto, ma, più probabilmente, la paralisi cerebrale ha avuto una genesi prenatale.

I dati offerti dal CT di parte convenuta tendono dunque ad escludere che si sia verificata una vera e propria bradicardia: lo stesso CTU afferma che tale è l'abbassamento della FCF sotto i 110 bpm protrattosi per almeno 10 minuti.

Ciò non consente ancora di affermare con certezza che non vi fu ipossia o asfissia; ma, in ogni caso, la conclusione ultima non muta.

È chiaro, infatti, che se non si è verificata ipossia o asfissia le lesioni riportate da E.M. sono da attribuire a diversa causa, che non poteva essere accertata dalle ostetriche del Centro Nascita; dunque, la loro decisione attendistica non avrebbe avuto alcuna incidenza causale rispetto ad un danno che si era già verificato al momento dell'ingresso al Se.

Ma pure ipotizzando che la valutazione del CTU sia corretta, e dunque la paralisi cerebrale sia stata causata da ipossia o asfissia intraparto, si deve considerare che il Centro Nascita non disponeva comunque di attrezzature ospedaliere, mentre nell'ipotesi in esame, come riferisce il consulente, il feto

deve essere immediatamente estratto con taglio cesareo, onde evitare un'eccessiva permanenza in condizioni di sofferenza.

Il taglio, in particolare, dev'essere effettuato entro un tempo estremamente breve — massimo 30-40 minuti, secondo il CTU, tempo che può rivelarsi perfino eccessivo considerato che in caso di asfissia (l'evento più grave) il feto può perdere la vita o subire danni irreversibili già dopo 3-5 minuti.

Considerata la necessità di attivare l'ambulanza, contattare la struttura di Montevarchi, spostare la paziente (già in stato avanzato di travaglio), percorrere gli 11 km di distanza tra le due strutture, introdurla in quella di destinazione, predisporre la sala e consentire al medico di esaminare il caso e poi di praticare l'intervento, l'estrazione del nascituro non avrebbe potuto comunque avvenire prima di un'ora e mezzo circa.

Nel nostro caso la FCF, come visto, è stata quasi regolare fino alla mezzanotte, con poche (due) e molto brevi decelerazioni tra le 22,55 e le 23,05, mentre solo nell'ultima ora del travaglio, da mezzanotte all'una, si sono avuti episodi ancora di breve durata ma assai più numerosi, dunque un andamento più marcatamente anomalo.

Ma se le ostetriche, intorno alla mezzanotte, avessero deciso di trasferire la paziente all'ospedale di Montevarchi, il parto sarebbe avvenuto per via naturale prima ancora dell'arrivo all'ospedale, dunque nessun vantaggio avrebbe potuto ricevere E.M.

Anche se le ostetriche avessero optato per il trasferimento fin dai primi rallentamenti della FCF, intorno alle 23, la nascita tramite taglio cesareo avrebbe anticipato solo di pochi minuti quella naturale.

Oltre tutto, con riguardo ai rallentamenti avvenuti alle 23, la loro limitatezza nel numero e nella durata, seguita da un'ora pressoché ininterrotta di battito regolare, impedisce di ritenere avventata o senz'altro errata la decisione delle ostetriche: in quel momento i rischi che un trasferimento in pieno travaglio poteva comportare dovevano apparire senz'altro superiori all'attesa del parto naturale.

In ogni caso, tra l'eventuale e pur sempre ipotizzabile imperizia, negligenza o imprudenza delle ostetriche del Se. e le lesioni subite da E.M. non vi è nesso di causa-effetto: se anche esse avessero seguito il caso con la massima diligenza e rapidità decisionale ed organizzativa, l'ipossia/asfissia (sempre che esse siano state la causa della paralisi cerebrale) sarebbe durata un tempo superiore a quello massimo utile ad evitare danni irreversibili.

A completamento del discorso, si deve affermare che nel nostro ordinamento il risarcimento del danno non è una sanzione per aver tenuto una condotta negligente o imprudente, ma è il ristoro dovuto a fronte dei danni che quella condotta ha provocato; di fronte ad una condotta, pur se colposa, che non abbia però avuto incidenza causale nella produzione del danno, nel senso che questo si sarebbe ugualmente verificato, non vi è luogo per disporre un obbligo risarcitorio.

Resta allora da valutare se la stessa organizzazione di una Casa Nascita, con le caratteristiche di quella dell'ospedale Se., debba essere considerata fonte di responsabilità per la USL, non avendo l'Azienda dotato la struttura di un presidio medico in grado di intervenire tempestivamente in caso di emergenza.

La risposta è negativa: il Centro non voleva in alcun modo rappresentare un presidio ospedaliero, ma solo fornire una alternativa — più organizzata — al parto domiciliare e, dunque, del parto domiciliare aveva tutte le caratteristiche, salva la presenza di locali idonei, di ostetriche, di una strumentazione minima e di base (per esempio, quella per la registrazione della FCF) e di una ambulanza.

Gli attori sottolineano come il progetto di istituzione del Centro Nascita Se. prevedesse l'esistenza di «buoni collegamenti con strutture ospedaliere adeguatamente informate ed un rapido trasporto», ma si deve considerare che il collegamento con l'ospedale di Montevarchi era in effetti organizzato in vista di un rapido trasporto; il fatto è che l'emergenza verificatasi, tra tutte quelle che possono capitare, è di quelle che esigono una risposta chirurgica talmente rapida che talvolta, come noto e purtroppo, anche partendo già dall'interno di una struttura ospedaliera non si fa in tempo ad evitare che il feto ne risenta danno.

Di ciò, i sig. G.-M., come tutti i pazienti che si rivolgono ad esso, erano stati messi a conoscenza, come risulta dal foglio informativo da essi sottoscritto; chiedendo di partorire presso quella struttura, gli attori hanno effettuato una scelta che, per il caso di emergenza verificatosi, offriva pochissime garanzie più di un parto in casa.

La domanda non può essere accolta.

Le spese del giudizio devono essere rifuse al dott. S. e alla Reale Mutua Spa, essendo lo S. del tutto estraneo alla vicenda, mentre possono essere compensate tra attori e Azienda USL in considerazione della riscontrata negligenza/imprudenza/imperizia del personale sanitario. (*Omissis*).

RESPONSABILITÀ MEDICA: QUANDO IL CONSENSO, VERAMENTE INFORMATO, FA LA DIFFERENZA (*)

di **Francesco Cecconi** – *Avvocato in Firenze*

e di **Gaia Cipriani** – *Avvocato in Firenze e Dottore di ricerca in diritto civile nell'Università di Firenze*

Gli Autori affrontano un caso di gravissime lesioni personali ad un neonato causate anche dalla scelta della modalità del parto (parto medicalmente non assistito), approfondendo i requisiti e la validità del consenso, in relazione alle informazioni che devono essere fornite ai genitori per questa tipologia di parto e, di conseguenza, la sussistenza del nesso di causalità e la responsabilità del medico e delle ostetriche.

The Authors represent a case of serious damages suffered by an infant caused by the choice of the delivery's method (medically unassisted childbirth), deepening the requirements and the validity of the consent, in relation to all the information that must be provided to parents for this type of birth, and consequently the existence of the causal link and the doctors' and midwives' liability.

Sommario 1. Un caso di errore durante il parto: il medico non è sempre responsabile. — 2. Brevi cenni sulla responsabilità professionale dell'ostetrica. — 3. I principi consolidati sul tema del «consenso informato» — 4. Consenso informato e carenze organizzative della struttura. — 5. Scelte dei genitori dannose per il figlio: alcune considerazioni conclusive.

1. UN CASO DI ERRORE DURANTE IL PARTO: IL MEDICO NON È SEMPRE RESPONSABILE

Con la sentenza in esame il Tribunale di Firenze affronta il delicato caso di un gravissimo danno subito da un neonato in occasione del parto, attraverso un angolo visuale del tutto peculiare: quello del consenso informato.

Nel caso di specie, i genitori di un bambino nato con un gravissimo ritardo psichico e motorio, convenivano in giudizio, in proprio ed in rappresentanza del figlio minore ⁽¹⁾, l'Azienda USL locale, la struttura sanitaria ove era avvenuto il parto ed il ginecologo, al fine di vederli condannare al risarcimento di tutti i danni patiti e patendi, patrimoniali (per incapacità di guadagno oltre che per le spese mediche, di assistenza e per l'acquisto di

(*) Contributo approvato dai Referee.

⁽¹⁾ Sulla risarcibilità dei danni sopportati direttamente dal nato malformato, si veda la recente sentenza Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, in questa *Rivista*, 2013, 124, con nota di GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*, *ivi*, 148; e in *Foro it.*, 2013, I, 181, con nota di OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata*; e in *Danno resp.*, 2013, 139, con nota di CACACE, *Il giudice « rottamatore » e l'enfant préjudice*.

attrezzature) e non patrimoniali (biologico, morale, esistenziale), derivanti da responsabilità professionale medica.

Argomentavano gli attori di essersi rivolti ad un Centro Nascite attrezzato soltanto per il parto «naturale», presso il quale tuttavia era stato garantito ai genitori che, in caso di necessità di induzione al parto o di altre emergenze, sarebbe stato predisposto l'immediato trasferimento della partoriente presso un presidio ospedaliero dotato delle necessarie strutture.

Deducevano altresì i genitori che al momento dell'insorgenza di complicanze durante il travaglio, le ostetriche, anziché procedere immediatamente al taglio cesareo ovvero al trasferimento presso altra struttura, attendevano l'esito naturale del parto e quindi, solo dopo la nascita, il bambino veniva trasferito presso il vicino Ospedale, ove veniva formulata la diagnosi di «encefalopatia in esito a sofferenza ipossico-ischemica neonatale, caratterizzata da tetraparesi spastico-distonica e ritardo psicomotorio».

Gli attori affermavano la responsabilità contrattuale dei sanitari del Centro nascita, per il mancato tempestivo intervento che aveva cagionato le lesioni in un bambino che, altrimenti, sarebbe nato sano, ed extracontrattuale dell'Ospedale e della USL di riferimento ⁽²⁾.

I soggetti convenuti e le rispettive Compagnie assicuratrici chiamate in causa, deducevano che il Presidio ospedaliero era nato con la finalità di realizzare un luogo per consentire il parto naturale in un ambiente familiare e non ospedaliero, tanto che ivi non era prevista la presenza di medici, ma solo l'assistenza di ostetriche e l'organizzazione di un trasferimento presso la struttura ospedaliera più vicina in caso di emergenza clinica, analogamente a quanto avviene per il parto domiciliare ⁽³⁾. E di tale circostanza chiunque si rivolgeva al Centro era reso edotto, accollandosi pertanto i relativi ed eventuali rischi.

⁽²⁾ Si ricorda che secondo l'interpretazione tradizionale affermata si a partire Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, pubblicata in tutte le principali riviste giuridiche (tra cui in *Foro it.*, 2008, I, 455, con nota di PALMIERI; in questa *Rivista*, 2008, 849, annotata da GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasmfusione*; in *Danno resp.*, 2008, 788, nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica?*; in *Giur. it.*, 2008, 1653, nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*) la responsabilità professionale del medico nei confronti del paziente viene qualificata come di tipo contrattuale, o più recentemente da «contatto sociale», con tutto ciò che ne consegue in tema di ripartizione del regime probatorio.

Per completezza, si segnala la recente normativa in materia di responsabilità professionale medica, che sembra invece qualificare la responsabilità da inadempimento del medico come di tipo extracontrattuale, con ciò contravvenendo al citato e consolidato contrario orientamento giurisprudenziale: si tratta dell'art. 3, legge 8 novembre 2012, n. 189, pubblicata sulla G.U. del 10 novembre 2012, n. 263, entrata in vigore in data 11 novembre, che ha convertito con significative modifiche il c.d. «Decreto Balduzzi» avente ad oggetto «*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*», oggi salvato dalla pronuncia della Corte cost. n. 295/2013, al cui vaglio era stato sottoposto a seguito di ordinanza del Trib. Milano, 21 marzo 2013, in questa *Rivista*, 2013, 1256, con annotazioni di PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura oggettiva della colpa?*, *ivi*, 1263.

⁽³⁾ Secondo le Linee Guida della Toscana pubblicate nel 2009, ogni gestante può scegliere di partorire in uno dei 30 «punti nascita» presenti in Toscana ed espressamente autorizzati dall'ASL di appartenenza, che sono ivi definiti quali «*strutture ospedaliere attrezzate in modo da gestire in sicurezza il momento del parto*».

Gli obiettivi che la Regione così si prefigge sono quelli: «*di ridurre così il numero degli operatori che ruotano attorno alla gestante e alla puerpera; di dare alla gestante libertà di scelta circa i luoghi dove partorire; difendere la dimensione umana e relazionale dell'evento nascita secondo criteri di umanizzazione e personalizzazione dell'assistenza; di ridurre l'eccessiva medicalizzazione; promuovere le dimissioni precoci e/o protette*». Sempre

Contestavano inoltre la mancanza di prova circa il fatto che le condizioni di salute del neonato fossero state provocate dal personale sanitario in occasione del parto.

Il Giudice, rilevata la totale estraneità del ginecologo ⁽⁴⁾, dopo approfondita istruttoria orale ed una Consulenza Tecnica d'Ufficio, respingeva anche la domanda di condanna nei confronti della USL, motivando che, seppure il CTU avesse rilevato che la procedura eseguita dalle ostetriche al momento del parto non era stata condotta secondo la buona scienza ostetrica (in quanto ai primi segni delle problematiche verificatesi al momento del travaglio, gli operatori avrebbero dovuto disporre l'immediato trasferimento della partoriente presso una struttura ospedaliera e giudicando altresì insufficienti le manovre di rianimazione neonatale al momento della nascita), le valutazioni del CTP portavano ad escludere che la paralisi cerebrale fosse riconducibile alle manovre intraparto, optando invece per una possibile genesi prenatale ⁽⁵⁾.

Ma, in ogni caso, continuava la motivazione, se anche fossero da ritenere corrette le valutazioni del CTU (secondo cui, lo si ripete, la paralisi cerebrale era stata causata da ipossia o asfissia intraparto e non aveva quindi origine prenatale), le lesioni riportate dal bambino non erano da attribuire al negligente operato verificatosi durante le manovre che avevano o portato alla nascita del bimbo.

Difatti, si deve tener presente che il Centro Nascita non disponeva comunque di idonee attrezzature ospedaliere, mentre nell'ipotesi in esame, come riferito dallo stesso CTU, il feto doveva essere immediatamente estratto con taglio cesareo, onde evitare un'eccessiva permanenza in condizioni di sofferenza ⁽⁶⁾.

Orbene, considerata la necessità di organizzare il trasporto in ambulanza presso il più vicino ospedale, i chilometri da percorrere (11, nella specie), la necessità di predisporre la sala parto e di consentire al medico la visita della paziente, per poter poi condurre l'operazione, l'estrazione del nascituro non avrebbe potuto comunque avvenire prima di un'ora e mezzo circa.

Il Giudice concludeva pertanto che, se anche le ostetriche avessero optato per l'immediato e rapido trasferimento (così come indicato dal CTU) fin dai primi sintomi di una disfunzione ⁽⁷⁾, l'ipossia/asfissia (sempre che esse siano state la causa della paralisi cerebrale) sarebbe durata un tempo superiore a quello massimo utile ad evitare danni irreversibili al bambino.

Di qui l'assenza di nesso causale tra i danni subiti dal piccolo e l'operato — seppur negligente — delle ostetriche.

Pertanto, concludeva il Tribunale, «di fronte ad una condotta, pur se colposa, che non

secondo le predette Linee Guida della Toscana, ogni punto nascita autorizzato è in grado di fornire assistenza al parto fisiologico, mentre le gravidanze a rischio devono essere seguite dalle strutture più attrezzate.

⁽⁴⁾ Posto che il medesimo era intervenuto nella vicenda unicamente per verificare che la richiesta della madre di partorire presso il Centro Nascita potesse essere accolta, mentre non era neppure egli presente al momento del parto ed il contatto telefonico in quel momento avvenuto con le ostetriche era stato del tutto casuale e non finalizzato ad ottenere una consulenza medica. Di qui il rigetto della domanda svolta nei suoi confronti.

⁽⁵⁾ In particolare il CTP sosteneva che la registrazione della frequenza cardiaca fetale era avvenuta in modo quasi continuativo e che, nel caso di specie, non si era trattato di vera e propria «bradicardia».

⁽⁶⁾ Il taglio, nel caso di specie, doveva essere effettuato entro un tempo estremamente breve, massimo 30-40 minuti.

⁽⁷⁾ Ossia intorno alle ore 23 circa e non invece intorno alla mezzanotte, come sostenuto dal CTP della convenuta USL.

abbia però avuto incidenza causale nella produzione del danno, nel senso che questo si sarebbe ugualmente verificato, non vi è luogo per disporre un obbligo risarcitorio».

Peraltro, nel caso di specie, il Giudice riteneva che non si potesse neppure addossare alla USL una qualche forma di responsabilità per non aver dotato il Presidio di un medico in grado di intervenire tempestivamente in caso di emergenza.

Difatti l'intento del Centro Nascita era quello di fornire una alternativa, più organizzata, al parto domiciliare e, dunque, del parto domiciliare aveva tutte le caratteristiche (presenza di locali idonei, di ostetriche, e di una strumentazione minima e di base).

E proprio per tali motivi i genitori si erano rivolti non ad una struttura ospedaliera ma al Presidio citato in giudizio, come risultava dal foglio informativo che avevano sottoscritto.

Quindi, osservava il Giudice, «chiedendo di partorire presso quella struttura, gli attori hanno effettuato una scelta che, per il caso di emergenza verificatosi, offriva pochissime garanzie più di un parto in casa» e, conseguentemente, concludeva rigettando anche la domanda avanzata dagli attori nei confronti della USL.

2. BREVI CENNI SULLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DELL'OSTETRICA

Nonostante nel caso di specie le ostetriche non siano state citate in giudizio ⁽⁸⁾ vale la pena anzitutto ricordare che, nel caso di errori verificatesi in sala parto, la responsabilità professionale dell'ostetrica può essere equiparata a quella del medico.

Difatti le norme disciplinanti l'attività ostetrica (legge 18 ottobre 2000, n. 251, «Professioni sanitarie infermieristiche e sanitario ostetriche» e la più recente la legge 1° febbraio 2006, n. 43, recante «Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetriche, riabilitative tecnico sanitarie e della prevenzione») hanno riordinato ed innovato il tradizionale quadro normativo di riferimento (introdotto con il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, c.d. T.U. Leggi Sanitarie, d.P.R. n. 163/1975, poi modificato con legge 26 febbraio 1999, n. 42) — conferendo nuova dignità alle figure professionali delle ostetriche, prima appartenenti alla categoria del personale ausiliario.

In particolare l'art. 1 della citata legge n. 251/2000 stabilisce che «gli operatori delle professioni sanitarie dell'area delle scienze infermieristiche e della professione sanitaria ostetrica svolgono, con autonomia professionale, attività dirette alla prevenzione, alla cura ed alla salvaguardia della salute ed individuale e collettiva», demandando allo Stato ed alle Regioni — e quindi agli Organi amministrativi che ai vari livelli del S.S.N. a queste ultime fanno riferimento — «la valorizzazione e la responsabilizzazione delle funzioni e del ruolo delle professioni infermieristico ostetriche».

La predetta norma sembra quindi oggi attribuire una precisa «posizione di garanzia» delle ostetriche nel campo della tutela della salute; rafforzando l'obbligo giuridico di queste ultime di assistenza sanitaria pronta, competente, diligente, prudente e perita la cui violazione le espone alle diverse forme di responsabilità giuridica (di tipo penale, civile e disciplinare), al pari del personale medico.

⁽⁸⁾ Forse in considerazione della solidarietà dei singoli operatori sanitari in *équipe*, rispetto al danno causato al paziente. La giurisprudenza ha chiarito, in più occasioni, che il carattere solidale della responsabilità «non comporta la configurabilità di un *litisconsorzio necessario*» (Cass. civ., 30 gennaio 2001, n. 1266, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass. civ., 14 gennaio 2000, n. 347, in *Giur. it.*, 2000, 1362; Cass. civ., 5 novembre 1999, n. 12325, in *Mass. Foro it.*, 1999).

Con particolare riguardo all'assistenza al momento del parto, la rinnovata autonomia conferita dal legislatore alla posizione dell'ostetrica si concretizza, nella prassi giudiziaria, non solo nell'attività di prevenzione della patologia attraverso una pratica clinica appropriata e rispettosa delle migliori acquisizioni scientifiche in materia, ma anche in un obbligo di rilevazione delle situazioni a rischio o potenzialmente a rischio, in presenza delle quali è necessario saper modulare il proprio intervento al contesto specifico in cui agisce (ad esempio ospedale o domicilio ovvero struttura attrezzata) ed alla complessità del caso, attenendosi ai protocolli clinico/organizzativi ⁽⁹⁾.

In particolare, spetta all'ostetrica che assiste la partoriente il compito di richiedere con prontezza l'intervento del medico nelle situazioni di emergenza ed anche solo di potenziale rischio per la salute della donna e del nascituro (cfr. art. 4 del citato d.P.R.).

Nel caso in esame, come detto, pur in presenza di una negligenza da parte delle ostetriche con conseguenti rilevantissimi danni al neonato, non ne è stata accertata la responsabilità in quanto — secondo quanto statuito dal Tribunale — il danno cerebrale del neonato si sarebbe comunque verificato, proprio per la lontananza dalla struttura ospedaliera.

In proposito è opportuno brevemente ricordare che l'accertamento del nesso di causalità in tema di responsabilità professionale medica soggiace a regole particolari, di matrice giurisprudenziale. Come è noto, in letteratura sono state elaborate nel corso degli anni diverse teorie sull'accertamento del nesso causale, e la peculiarità dell'accertamento del nesso, nell'ipotesi di colpa civile medica, consiste nel fatto che è necessario accertare che, se il sanitario avesse tenuto il comportamento alternativo corretto, il paziente non avrebbe subito pregiudizi.

Orbene, come già detto, nel nostro caso il Giudice ha ritenuto che la condotta, pur negligente, delle ostetriche non abbia avuto incidenza causale nella produzione dei danni alla salute del bambino, avendo in tal senso assolto la struttura sanitaria l'onere della prova in virtù dei consolidati principi giurisprudenziali sul tema.

⁽⁹⁾ Sulla responsabilità civile delle ostetriche, in un caso analogo a quello in commento, si veda Trib. Bari, 26 luglio 2011, n. 2605 (in *Danno resp.*, 2012, 305, nota di SCALZINI, *Taglio cesareo ritardato e grave patologia al bambino: i danni risarcibili*), ove viene stabilito: «Nel caso in cui al minore venga riconosciuta una invalidità permanente assoluta, avendo subito un danno cerebrale a causa del taglio cesareo negligenza ritardato da parte dei sanitari, gli devono essere risarciti oltre al danno patrimoniale, il danno morale ed il danno biologico da invalidità permanente, mentre i genitori hanno diritto al risarcimento del danno morale, derivante loro dalla nascita di un bambino in tali condizioni, del danno esistenziale, per il trauma patito dalla scoperta della condizione del figlio minore e dalla necessità di una sua costante cura, e del danno patrimoniale, consistente nelle diminuzioni di reddito per la limitazione di tempo all'attività lavorativa ed alla vita di relazione». Si segnala in proposito anche Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Mass. Foro it.*, 2006, 260, ove, in un caso di parto gemellare in seguito al quale una neonata aveva riportato encefalopatia da asfissia secondaria ad una sofferenza fetale, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità della casa di cura, pur avendo rilevato l'omessa effettuazione di idonei controlli, quali il monitoraggio ctg all'ingresso in clinica della partoriente e la circostanza che l'ostetrica in servizio presso la clinica aveva ascoltato il battito di un solo feto senza sollecitare interventi medici o ulteriori accertamenti.

Sulla responsabilità penale delle ostetriche si veda in particolare Cass. civ., 29 gennaio 2004, n. 21709: «L'ostetrica, che abbia sotto la propria assistenza e controllo una partoriente, deve sollecitare tempestivamente l'intervento medico appena emergano fattori di rischio per la madre e comunque in ogni caso di sofferenza fetale».

3. I PRINCIPI CONSOLIDATI SUL TEMA DEL « CONSENSO INFORMATO »

La sentenza assume particolare rilievo anche sotto un ulteriore profilo: il Tribunale non ha potuto affermare la responsabilità della USL poiché la difficoltà a fronteggiare tutte le possibili emergenze per la lontananza del Centro Nascita dall'ospedale, era nota ai genitori, in virtù del consenso, apparentemente informato, prestato sul punto.

Appare quindi opportuno una breve disamina dei principi in tema di consenso informato, soprattutto alla luce di quanto affermato in giurisprudenza con riferimento alle dotazioni tecniche delle strutture sanitarie.

La riflessione intorno al tema del consenso libero e consapevole del paziente, quale presupposto di legittimità dell'operato del sanitario, costituisce l'aspetto forse più innovativo dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinarica degli ultimi anni, in tema di responsabilità professionale medica ⁽¹⁰⁾.

Il consenso « informato », inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, costituisce un momento essenziale e necessario allo svolgimento dell'attività medica, e si configura quale « vero e proprio diritto della persona che trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge" » ⁽¹¹⁾.

E tali principi sono ben saldi nella giurisprudenza di merito e di legittimità, che hanno in più occasioni chiarito come l'obbligo del consenso informato costituisca legittimazione e fondamento del trattamento sanitario, senza il quale l'intervento medico, al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio, ovvero in cui ricorra uno stato di necessità, è sicuramente illecito ⁽¹²⁾.

L'obbligo del medico di informare il paziente non è previsto, in via generale da una

⁽¹⁰⁾ Tra gli autori che più di recente si sono interrogati sul tema si segnalano: FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 85 ss.; ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Agg.*, VII, Torino, 2012, 177 ss.; DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. giur.*, 2010, 1201 ss.; PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010.

⁽¹¹⁾ Così Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328, richiamata in motivazione da Cass. civ., 28 luglio 2011, n. 16543.

⁽¹²⁾ Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in questa *Rivista*, 2009, 2063, con nota di GORGONI, *Nascitura e responsabilità sanitaria*, *ivi*, 2075; in *Foro it.*, 2010, I, 141, con note di BITETTO, *Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del bebé prejudice*; e di DI CIOMMO, « *Giurisprudenza-normativa* » e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano; e in *Nuova giur. civ.*, 2009, I, 1258, nota di CRICENTI, *Il c.d. dissenso informato*; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Danno resp.*, 2009, 414, con nota di GAGLIARDI, *Esercizio di attività sanitaria presso cliniche in convenzione: chi è responsabile?*; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, 125 (s.m), con nota di MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*; e in questa *Rivista*, 2008, 1103, con nota di GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Mass. Foro it.*, 2006, 453.

La vicenda che ha dato origine a questa importante pronuncia riguardava proprio la responsabilità di un ginecologo, il quale aveva prescritto dei medicinali ad una donna che non riusciva ad avere dei figli, che si erano poi rivelati dannosi per il feto, nato con gravissime malformazioni. In questo caso, osserva la Corte, « la mancata osservanza dell'obbligo consistente nel non aver informato la paziente della potenzialità pericolosità dei medicinali, rivelatisi poi dannosi per il concepito, impedendole così di acconsentire al trattamento (o negarlo) in piena consapevolezza dei rischi connessi », determinando la responsabilità del medico.

precisa norma di legge, ma si desume con chiarezza ed inequivocità da tutta una serie di norme sia di rango costituzionale, come sopra richiamate, sia ordinarie: si può fare riferimento a fonti interne, quali l'art. 5 c.c., la legge 13 maggio 1978, n. 180 (sulla riforma dei manicomi) e successivamente la legge n. 833/1978 (istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale), dove all'art. 33 si stabilisce che «*gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari*», salvi i casi espressamente previsti, oltre alla più recente legge n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, che si preoccupa di individuare in concreto il contenuto dell'informazione gravante sul medico ⁽¹³⁾.

L'attuazione di tale obbligo, non va intesa come un mero adempimento burocratico o come un momento di conflitto nella relazione medico-paziente, ma deve essere invece concepito come un momento di quella necessaria «*alleanza terapeutica*» ⁽¹⁴⁾ tra medico e paziente, fondamentale per affrontare in modo corretto la malattia.

Al centro della nuova concezione non c'è più il medico, portatore di un sapere quasi oscuro e non contestabile, e quindi unico sapiente «*amministratore*» della salute del paziente; ma c'è quest'ultimo, il quale è considerato l'esclusivo titolare della propria salute, e quindi l'unico soggetto cui spetta decidere se, come, quando, quanto e, aggiungiamo oggi, alla luce della pronuncia in commento, «*dove*» curarsi ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Si pensi inoltre all'art. 4, l. 26 giugno 1967, n. 458 («*Trapianto del rene tra persone viventi*»), in base al quale «*il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo senza il consenso di questo*»; oppure all'art. 14, l. 22 maggio 1978, n. 194 («*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*»), in base al quale «*il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi*» e che «*In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione di tali processi*»; o anche all'art. 2, l. 14 aprile 1982, n. 164 («*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*»), da quale si desume che l'attribuzione di sesso può essere disposta solo previo esperimento di un giudizio sull'esistenza d'una effettiva volizione; riferimenti al consenso informato si trovano anche nell'art. 121, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 («*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*»), negli artt. 1 e 2, d.m. 27 aprile 1992 («*Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all'immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, in attuazione della Direttiva n. 91/507/CEE*»). Si veda infine il Codice di deontologia medica, Capo IV, dedicato all'informazione e al consenso, con particolare riferimento all'art. 35 ove si ribadisce che il sanitario non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito ed informato del paziente.

A livello internazionale, la necessità del consenso è stata confermata anche dalla Convenzione di Oviedo adottata dal Consiglio d'Europa il 4 aprile 1997, ratificata in Italia con legge n. 145/2001 e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, stilata a Nizza il 7 dicembre 2000, al cui art. 3 prevede che il consenso informato sia posto a tutela della dignità dell'uomo. Sul rapporto tra la Carta di Nizza e l'ordinamento interno si veda ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Fam. dir.*, 2011, 85; ZATTI, *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 403.

⁽¹⁴⁾ Sul concetto di «*alleanza terapeutica*» cfr. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Ancona, 1996. In giurisprudenza si veda Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, nella motivazione, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di CASABURI, oltre alle conclusioni del Comitato nazionale bioetica, 24 ottobre 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Merito extra*, n. 2009.262.7.

⁽¹⁵⁾ In dottrina si segnala, tra le prime riflessioni degli anni Novanta sul tema, FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 54; ID., *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 941; SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico*, in *Dir. fam.*, 1993, 442; GIAMMARRIA, *Brevi note in tema di consenso del paziente ed autodeterminazione del chirurgo nel trattamento medico-chirurgico*, in *Giur. merito*, 1991, 1123.

Ovviamente perché il paziente possa esercitare consapevolmente questo diritto, è necessario che il medesimo sia debitamente informato su tutto quanto possa concernere il trattamento sanitario cui va a sottoporsi.

E questi principi valgono non solo davanti alla necessità di intraprendere interventi particolarmente complessi o invasivi, ma in relazione a qualsiasi attività sanitaria che implichi un rischio per la salute (finanche in presenza di meri esami diagnostici o strumentali), quindi certamente anche in relazione alle prestazioni svolte dalle ostetriche.

Da qui la particolare importanza del contenuto dell'informativa che deve essere completa e dettagliata e quindi riguardare ogni possibile aspetto dell'intervento medico e, in particolare, deve essere relativa «*alla natura dell'intervento medico-chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi*» ⁽¹⁶⁾.

E finanche, per quel che rileva nella fattispecie in esame, dovrà concernere le eventuali inadeguatezze della struttura ove l'intervento dovrà essere eseguito ⁽¹⁷⁾.

Nel caso di specie, leggendo le motivazione della sentenza, sembrerebbe che l'istruttoria sul punto si sia limitata alla produzione del foglio di consenso sottoscritto da entrambi i genitori. In realtà è pacifico in giurisprudenza come la prova del consenso, che grava in ogni caso sul medico ⁽¹⁸⁾, non possa desumersi soltanto dalla produzione di un mero foglio scritto, in quanto l'adesione del paziente può dirsi realmente consapevole solo in presenza di una

⁽¹⁶⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364 in *Foro it.*, 1997, I, 771, con nota di PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso « globale » e responsabilità del professionista*; Cass. civ., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Mass. Foro it.*, 2010; Cass. civ., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, 621, con nota di MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*; Cass. civ., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Professioni intellettuali*, n. 193; e in *Danno resp.*, 2013, 743, con nota di CLINCA, *Ragionamento presuntivo e consenso informato: il no della Cassazione al "consenso presunto" nel caso del paziente-medico*.

⁽¹⁷⁾ Cass. civ., 21 luglio 2003 n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395, annotata da D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*. Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6318, in *Dir. giust.*, 2000, 20, 1; Cass. civ., 19 ottobre 2006 n. 22390, in *Ragiusan*, 2008, fasc. 291, 216.

⁽¹⁸⁾ Se infatti la violazione dell'obbligo informativo determina sempre in questo ambito una responsabilità contrattuale, l'attore dovrà seguire la ripartizione probatoria stabilita dai giudici di legittimità per la domanda di adempimento, risoluzione ovvero risarcimento: sarà cioè sufficiente così provare la fonte dell'obbligo e allegare l'inadempimento. Difatti, com'è noto, l'orientamento tradizionale affermava che, in materia di obbligazioni contrattuali, è il creditore che deve dimostrare l'inadempimento oltre al contenuto della non adempiuta obbligazione, mentre il debitore è tenuto, dopo tale prova, a giustificare *ex art. 1218 c.c.* l'inadempimento che il creditore gli attribuisce (cfr. Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI; e in *Danno resp.*, 2001, 1165, con nota di ROSSETTI, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*; Cass. civ., 9 dicembre 2010, n. 24853, in questa *Rivista*, 2011, 829, nota di MIOTTO, *La prova del « consenso informato » e il valore di confessione stragiudiziale delle dichiarazioni rese nel « modulo » di adesione al trattamento terapeutico*; Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in questa *Rivista*, 2008, 781, su cui nota di GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito della violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, *ivi*, 1014; in *Foro it.*, 2010, I, 2113, nota di SIMONE). In tempi recenti, si è fatto strada, fino a divenire prevalente, il diverso orientamento secondo cui, nell'azione di adempimento, di risoluzione e in quella risarcitoria, il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo e non anche l'inadempimento dell'obligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto.

Sarà dunque sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento da parte del creditore-paziente, mentre graverà sul convenuto debitore-medico l'onere di fornire la prova dell'avvenuto assolvimento dell'obbligo contrattuale posto a suo carico, secondo i principi generali in materia di onere della prova nell'inadempimento delle

completa spiegazione da parte del medico, che deve essere proporzionata alla cultura e grado di comprensione dei genitori ⁽¹⁹⁾.

Difatti è pacifico in giurisprudenza che il consenso debba esser la conseguenza naturale di un rapporto autentico e non solo apparente, in cui il sanitario è tenuto a raccogliere un'adesione effettiva e partecipata del paziente all'intervento o al trattamento ⁽²⁰⁾.

Appare quindi lecito dubitare che se i genitori fossero stati correttamente informati su tutti possibili i rischi, ⁽²¹⁾ anche con riferimento alle oggettive difficoltà di affrontare le più gravi (e purtroppo non infrequenti) emergenze che possano verificarsi durante un parto ⁽²²⁾, forse non avrebbero prestato il loro consenso a partorire in quella struttura.

In tale eventualità (che in questa sede possiamo solo ipotizzare, non essendo a conoscenza degli atti di causa né del contenuto della relativa istruttoria) e quindi in presenza della violazione del consenso informato, i genitori avrebbero potuto ottenere il risarcimento dei danni per la sola violazione del loro diritto alla autodeterminazione, a prescindere cioè dalla valutazione di una eventuale e successiva responsabilità medica (responsabilità che

obbligazioni recentemente ribaditi dalla Cassazione (su tutte, Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammendo*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*). Ergo, nel giudizio di responsabilità medica per violazione dell'obbligo di acquisire una corretta informativa, dovrà essere il medico a provare di avere adempiuto l'obbligo di informazione.

Sul principio di vicinanza della prova v. in particolare Sez. Un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 in *Foro it.*, 2006, I, 704. In dottrina v. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 343, ove l'autore sottolinea come « la fonte dell'obbligo di informazione è la stessa del rapporto-medico-paziente, sia essa l'accordo contrattuale o l'obbligazione nascente ex lege ».

⁽¹⁹⁾ È pur vero che la prestazione del consenso, in ottemperanza al principio di libertà della forma, non esige alcuna forma scritta, potendo essere validamente espresso oralmente ovvero a mezzo di comportamenti conclusivi: Cass. civ., 6 dicembre 1968, n. 3906, in questa *Rivista*, 1970, 389; Cass. civ., 18 giugno 1975, n. 2439.

⁽²⁰⁾ Sul punto cfr. Trib. Milano, 29 marzo 2005; Trib. Lodi, 16 giugno 2008, n. 434; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791; Cass. civ., 2 luglio 2010, n. 15698. Un altro principio consolidato in giurisprudenza è quello secondo cui il consenso deve essere persistente e continuato: La Corte Suprema è tornata più volte su questo punto: « è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi » (Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, in questa *Rivista*, 1997, 374; e in *Foro it.*, 1997, I, 771, annotata di PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso « globale » e responsabilità del professionista*).

⁽²¹⁾ Sul punto si veda la significativa pronuncia della Cass. civ., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Mass. Foro it.*, 2011, 116, ove viene confermata la condanna del medico ginecologo che non aveva sufficientemente informato la propria paziente circa gli eventuali rischi derivanti dai limiti della organizzazione della clinica privata, nella ipotesi in cui la situazione fosse divenuta pericolosa per il parto. Statuisce in proposito la Corte: « L'obbligo informativo circa i limiti di equipaggiamento o di organizzazione della struttura sanitaria grava anche sul medico, convenzionato o non con la casa di cura, dipendente o non della stessa, che abbia concluso con la paziente un contratto di assistenza al parto presso la casa di cura in cui era convenuto che ella si sarebbe ricoverata; e ciò non solo per la natura trilaterale del contratto, ma anche in ragione degli obblighi di protezione che, nei confronti della paziente e dei terzi che con la stessa siano in particolari relazioni, come l'altro genitore ed il neonato, derivano da un contratto che abbia ad oggetto tale tipo di prestazioni; ne consegue che, in caso di violazione dell'obbligazione di informare, ove sia sostenibile che il paziente non si sarebbe avvalso di quella struttura se fosse stato adeguatamente informato delle conseguenze derivate dalle carenze organizzative o di equipaggiamento della struttura, risponde anche il medico col quale il paziente abbia instaurato un rapporto di natura privatistica ».

⁽²²⁾ La frequenza della asfissia *intra-partum* non è facilmente quantificabile. Studi radiologici recenti identificano lesioni cerebrali di natura asfittica ascrivibili al travaglio nel 70-80% dei parti. L'encefalopatia neonatale ha una frequenza piuttosto omogenea, intorno a 4/1000 nati, così PELLU-GHI, *La asfissia intra-partum*, in *Riv. it. ostetr. ginec.*, 4, 2004.

infatti nel caso di specie è dipesa dalla negligenza accertata dal Tribunale e non dalla violazione in sé del c.d. consenso informato) ⁽²³⁾.

Mentre infatti, secondo la teoria più tradizionalista, la violazione dell'obbligo di fornire al paziente un consenso libero e consapevole, non produceva di per sé alcun danno risarcibile, in assenza di un contestuale danno alla salute ⁽²⁴⁾, in questi ultimi anni, invece, ha preso campo una corrente più radicale, che afferma come il diritto alla autodeterminazione, leso dalla mancata acquisizione del consenso informato, sia risarcibile di per sé e, quindi, indipendentemente dal prodursi di un danno c.d. biologico ⁽²⁵⁾.

Si ritiene infatti che qualunque attività che comporti una indebita violazione nella sfera di libertà dell'individuo, ovvero del più generale principio della « dignità dell'uomo » ⁽²⁶⁾, debba considerarsi illegittima se posta in essere prescindendo dal consenso informato dell'interessato, anche se finalizzata, come quella medica in esame, al perseguimento di un risultato positivo (il miglioramento della salute del paziente) ⁽²⁷⁾.

⁽²³⁾ Si ricorda che l'onere della prova di una scelta diversa, in presenza di un consenso realmente informato, grava sui genitori: cfr., da ultimo, Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno resp.*, con nota di TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i punti fermi della Corte di Cassazione*; e, ci sia consentito il rinvio, in *Foro pad.*, 2013, I, 383 ss., con nota di CECCONI-CIPRIANI, *Il diritto all'autodeterminazione: la violazione del consenso informato è davvero risarcibile in assenza di un diritto alla salute? Il caso della nascita indesiderata*.

⁽²⁴⁾ Cass. civ., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Arch. civ.*, 1981, 544; Cass. civ., 22 settembre 1997, n. 9347, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 821; Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Professioni intellettuali*, n. 120; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, 1395, nota di D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*; Cass. civ., 14 marzo 2006, n. 5444, *cit.*; Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2621, secondo cui « la violazione del diritto primario del paziente ad essere adeguatamente informato dal medico delle proprie condizioni fisiche e dei suoi probabili sviluppi, anche negativi, e quindi del suo diritto all'autodeterminazione in ordine alle scelte che attengono alla propria salute, non consegue automaticamente un danno risarcibile, essendo questo configurabile solo nei casi in cui sia stato leso il bene "salute", rispetto al quale l'obbligo di informazione è necessariamente strumentale, ai fini dell'adempimento del contratto di cura » (nel caso risolto dal tribunale, sulla base di questo principio, veniva escluso il diritto al risarcimento, in quanto era stato accertato che non esistevano percorsi terapeutici diversi — rispetto al parto cesareo, comunque praticato, seppure d'urgenza, dal medico — che avrebbero potuto evitare alla paziente l'isterectomia).

Si v. anche Trib. Milano, 29 marzo 2005 (in *Corr. merito*, 2005, 787, nota di D'AURIA, *Il consenso informato ad un bivio: tra lesione del diritto alla salute ed autodeterminazione del paziente*; e in questa *Rivista*, 2005, 751, nota di GENNARI, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*) ove si precisa che in tali ipotesi, in assenza di alcun pregiudizio alla salute, la lesione del diritto all'autodeterminazione produce sì un danno non patrimoniale, pur tuttavia trattasi di un « danno ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile ».

⁽²⁵⁾ Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, *cit.*; Cass. civ., 28 luglio 2011 n. 16543, *cit.*; Cass. civ., 16 maggio 2013, n. 11950, inedita; Trib. Milano, 14 maggio 1998, in questa *Rivista*, 1998, 1623, nota di MAGLIONI, *Libertà di autodeterminazione e consenso informato all'atto medico: un'importante sentenza del tribunale di Milano*; e *ibidem* 1999, 487, nota di GORGONI, *La « stagione » del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Corr. merito*, 2005, 145, con nota di PETRI, *Il consenso informato all'atto medico*; e in questa *Rivista*, 2005, 519, nota di BORDON, *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*; Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno resp.*, 2006, 537, nota di LANOTTE, *L'obbligo d'informazione: adempimento di un « dovere burocratico »?*; e in *Foro it.*, 2006, I, 894; Trib. Arezzo, 16 ottobre 2009, in *www.dejure.it*; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 3, 39, nota di MICALI; Trib. Paola, 15 maggio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 2130, nota adesiva di GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*; Trib. Cagliari, 15 maggio 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2012, I, 29, nota di CORONA, *Responsabilità dell'ente ospedaliero in caso di nascita di un figlio indesiderato non affetto da alcuna patologia: una singolare ipotesi di contratto con effetti protettivi verso il terzo*.

⁽²⁶⁾ PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, *cit.*, 178; RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, Milano, 2011, 259 ss.

⁽²⁷⁾ Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, *cit.*

In queste ipotesi tuttavia non si può ritenere che il danno lamentato dalla paziente sia *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse protetto ⁽²⁸⁾, essendo invece necessaria l'allegazione e la prova dell'entità dello stesso che deve comunque essere apprezzabile per poter dar luogo a risarcimento ⁽²⁹⁾.

4. CONSENSO INFORMATO E CARENZE ORGANIZZATIVE DELLA STRUTTURA

Come accennato, anche la scelta della struttura e la dotazione delle relative strumentazioni rientra negli obblighi informativi del medico, il quale è tenuto a fornire al paziente una preventiva e puntuale informazione circa il livello di dotazioni a disposizione della struttura nella quale esercita e, qualora le ritenga insoddisfacenti, ad indicare una struttura meglio attrezzata per quel tipo di intervento ⁽³⁰⁾.

In particolare, proprio in un caso simile a quello in discussione, la Cassazione ha giudicato il medico ginecologo responsabile per le menomazioni irreversibili al sistema cerebrale subite dal nascituro, in quanto avrebbe dovuto avvertire la ricoveranda dei maggiori rischi cui si esponeva a causa della carenza strutturale ed organizzativa della struttura. Osserva in proposito la Corte: «*l'omessa informazione sul punto può configurare una negligenza grave, della quale il medico risponderà in concorso con l'ospedale sul piano della responsabilità civile, quindi del risarcimento del danno, ed eventualmente anche sul piano professionale, deontologico e disciplinare*». E nella stessa sentenza aggiunge che la mancanza «*nella legislazione italiana di uno standard di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre, non esime il medico (...) dal dovere di informare i pazienti della possibile inadeguatezza della struttura per l'indisponibilità (anche solo momentanea) di strumenti essenziali per una corretta terapia o per un'adeguata prevenzione di possibili complicazioni, tanto più se queste erano prevedibili in relazione alla particolare vulnerabilità del prodotto di concepimento*» ⁽³¹⁾.

In sostanza deve tenersi conto, nel giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco, da

⁽²⁸⁾ Cass. civ., 31 maggio 2003, n. 8827, nella motivazione, in *Foro it.*, 2003, I, 2273, con nota di NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

⁽²⁹⁾ «Non è l'inadempimento da mancato consenso informato che è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c.», così Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, *cit.*

Ma già Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, pubblicata, tra le altre riviste, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, imponeva al giudice di ricercare la prova, oltre che della lesione in *re ipsa*, della «*diminuzione o privazione di un valore personale*»; «*è sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato*». La Cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite, è tornata sul punto, con le note sentenze dell'11 novembre 2008, dal n. 26972 a 26975 del 2008, pubblicate in tutte le principali riviste giuridiche, tra cui in questa *Rivista*, 2009, 38, con commenti di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; e *ibidem*, 2419, PONZANELLI, *Dopo le decisioni delle Sezioni Unite: le «reali» divergenze tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti*.

⁽³⁰⁾ Trib. Roma, ord. 18 ottobre 2000, inedita; Cass. civ., 3 marzo 1995, n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 91; Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Arch. civ.*, 1999, 461.

⁽³¹⁾ Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6318, *cit.* In senso conforme cfr. Cass. civ., 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Danno resp.*, 2011, 835, con nota di BUGATTI, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio*.

un lato della prevedibilità dell'evento dannoso (nel nostro caso, l'asfissia durante il parto), dall'altro delle gravità delle conseguenze cui il paziente rischia di andare incontro (nel caso in esame, una malformazione grave alla salute del nascituro ovvero addirittura la morte).

Proprio ad un simile contemperamento sembra giungere la Cassazione nella fattispecie sopra richiamata, nell'affermare che il sanitario è tenuto a dare, in casi simili a quello in esame, puntuale comunicazione di tutti i rischi prevedibili «*anche se ridotti*», in quanto incidenti gravemente sulle condizioni di salute o, addirittura, sul bene supremo della vita ⁽³²⁾.

Nel caso di specie, pur in presenza di acclerate carenze strutturali e di equipaggiamento del Centro Nascita, il Tribunale ha ritenuto di dichiarare esenti da responsabilità sia la USL che il medico convenuto, in considerazione del fatto che ai genitori era stata fornita una corretta informazione in relazione a tutti i maggiori rischi cui andavano incontro.

Rimane il dubbio che le oggettive carenze nelle dotazioni e nell'organizzazione del Centro Nascita (ossia una distanza dall'Ospedale tale che anche un tempestivo intervento dei mezzi di soccorso non è sufficiente ad evitare il danno in caso di asfissia del neonato al momento del parto) non possano non incidere sulla responsabilità della azienda sanitaria pubblica che ne ha autorizzato a monte l'operatività.

La USL, a nostro avviso, dovrebbe infatti essere tenuta a soddisfare il livello di aspettativa dei pazienti che, rivolgendosi ad una struttura autorizzata dalla Regione, fanno certamente affidamento su di una struttura dotata di quell'organizzazione necessaria per intervenire tempestivamente, per lo meno, nelle situazioni di emergenza.

5. SCELTE DEI GENITORI DANNOSE PER IL FIGLIO: ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

In relazione a tale ultimo aspetto, possiamo affermare che l'interessante caso che ci occupa, pone seri interrogativi che vanno al di là degli aspetti tecnico-giuridici che hanno portato alla decisione.

La scelta del parto domiciliare, così come quella per un parto non medicalmente assistito (non dotato cioè di tutte le attrezzature sanitarie in grado di affrontare una emergenza, come nel caso di specie), comporta inevitabilmente l'assunzione di rischi, non solo per la salute della donna, ma soprattutto per quella del nascituro ⁽³³⁾.

E tali scelte sono di esclusivo appannaggio della coppia o, meglio, della donna che, giustamente, ha la piena libertà di poter decidere le modalità ed il luogo in cui vorrà partorire.

⁽³²⁾ Cass. civ., 15 gennaio 1997 n. 364, *cit.*; Cass. civ., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Mass. Foro it.*, 2004; Cass. pen., 21 dicembre 2012, n. 4541/2013, in *Ced Cass.*, rv. 254668; Cass. civ., 31 luglio 2013, n. 18334, in *Mass. Foro it.*, 2013, 576; Trib. Reggio Emilia, 20 luglio 2004.

⁽³³⁾ Una recente analisi pubblicata su una delle più autorevoli riviste scientifiche del settore (Wax JR, Lucas FL, Lamont M, et al., *Maternal and newborn outcomes in planned home birth vs planned hospital births: a metaanalysis*, in *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, 2010, 203), conclude che un minore intervento medico durante il parto pianificato a domicilio è associato con il triplo del tasso di mortalità neonatale. Un altro studio sui parti a domicilio avvenuti nel Sud dell'Australia (Robyn M Kennare, et al., *Planned home and hospital births in South Australia, 1991-2006: differences in outcomes*, MJA, Volume 192 Number 2, 18 January 2009) ha concluso che la nascita pianificata a domicilio ha un rischio di morte fetale *intra-partum* 7 volte più alto e un rischio di morte da asfissia fetale *intra-partum* 27 volte più alto.

In questi casi, però, l'opzione della donna per il «parto a domicilio», previsto dalla pianificazione sanitaria regionale oppure per il parto in uno dei centri autorizzati dalla ASL, non è giustificata, nella maggior parte dei casi, da una esigenza di tutela della propria salute⁽³⁴⁾.

È evidente che un parto domiciliare o comunque non medicalmente assistito, fa semmai aumentare i rischi di compromettere la salute della donna e del bambino (basti pensare all'ipotesi di emorragia per la donna o alla ipossia del bambino, come avvenuto nel caso qui commentato).

Dunque, una scelta che tende a tutelare unicamente la libertà individuale della donna (art. 13 Cost.) e non certo la salute del nascituro (art. 32 Cost.)⁽³⁵⁾.

Siamo consci che non può essere questa la sede per poter trattare un argomento così delicato e complesso, ma ci pare legittimo interrogarsi se il diritto alla libertà della persona possa esser messo sullo stesso piano di quello alla salute, anch'esso costituzionalmente garantito.

Da un lato, infatti, abbiamo la libertà della donna di decidere dove, come e con quali «tutele» far nascere il proprio bambino e, dall'altro, il diritto, anche del bambino, a vedere tutelata la propria salute (e finanche la vita), diritto che ci sembra senz'altro prevalente sul primo alla luce dei principi generali del nostro ordinamento⁽³⁶⁾.

La riflessione si impone soprattutto perché, nel caso di specie, non è in gioco soltanto la vita e la salute di chi quella scelta è chiamato ad effettuarla, ossia la madre, ma anche quella di un terzo soggetto (il bambino) che non ha evidentemente nessuna possibilità di influire nei processi decisionali della madre, sebbene sia la propria salute ad essere così pericolosamente esposta ai rischi connessi a certa tipologia di parti non adeguatamente assistiti⁽³⁷⁾.

Se il nascituro in quanto tale, è già considerato dal nostro ordinamento come un soggetto capace di poter vantare diritti ancor prima della nascita (cfr. artt. 1, comma 2, 462 e 784

⁽³⁴⁾ Tra i vantaggi di partorire in casa, evidenziati nelle Linee Guida di assistenza al travaglio e parto fisiologico a domicilio, stese dalla competente associazione nazionale, «*l'intimità e la riservatezza, la possibilità di decidere la posizione più fisiologica durante il travaglio ed il parto in un ambiente più favorevole alla donna, che ha la possibilità di essere assistita da una o più figure familiari. Dopo la nascita è più facile stabilire un contatto immediato tra mamma e bambino che facilita l'allattamento al seno immediato*».

⁽³⁵⁾ I vantaggi per il neonato sono sostanzialmente quelli dell'esclusività del contatto materno (il bambino non sarà manipolato da personale estraneo e sempre diverso, ma solo dalla mamma), che migliora il rapporto tra la mamma e il bambino, favorendo anche l'avvio dell'allattamento (cfr. MALVAGNA, *Il parto in casa. Istruzioni per l'uso*, Red Ed., 2010, e la letteratura ivi richiamata).

⁽³⁶⁾ In più occasioni la Corte costituzionale ha fatto riferimento all'intangibilità del diritto fondamentale alla salute, tanto che l'art. 32 Cost. viene oggi considerato quale norma che fornisce garanzia costituzionale ad un «*diritto sociale*» avente preminente valore nel giudizio di bilanciamento tra i diritti fondamentali dell'individuo, da leggersi in combinato disposto con l'art. 2 Cost., oltre che con l'art. 5 c.c. (*ex multis* Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 428, in *Foro it.*, 2009, I, 312).

⁽³⁷⁾ Difatti, se in linea generale può dirsi che chiunque può far valere il proprio diritto alla salute nei confronti delle istituzioni pubbliche e del privato ed è libero di esercitarlo o meno, nei limiti di cui all'art. 5 c.c. ovvero della legislazione speciale in materia (si pensi ad es. alla l. n. 180/1978 sui trattamenti sanitari obbligatori, poi confluita in quella sulla riforma sanitaria, la l. n. 833/1978); diversa è la situazione che attiene al minore di età, ove prevale sulle scelte del genitore quella di tutelare la salute del bambino. Ed in tal senso appaiono corrette le pronunce volte a limitare la potestà dei genitori, al fine di curare il minore, assicurandogli interventi rispetto ai quali i genitori avevano manifestato la loro contrarietà, per ragioni ideologiche o religiose (Cass. civ., 15 settembre 2009, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36, con nota di CASABURI; e in questa *Rivista*, 2009, 122, nota di GORGONI, *Libertà di coscienza v. salute - Personalismo individualista v. paternalismo sanitario*).

c.c.), sarebbe così arduo sostenere che durante il parto (che poi è il momento più rilevante per un feto, poiché segna il suo passaggio dallo stato di nascituro a quello di soggetto con vera e propria capacità giuridica), il nascituro debba essere maggiormente tutelato dall'ordinamento fino addirittura ad escludere la scelta di un parto non adeguatamente garantito?

Resta da chiedersi allora se la scelta dei genitori, rivelatasi gravemente dannosa per il figlio, sia meritevole di tutela risarcitoria. Evidentemente nel caso di specie, essendo avvenuto il parto in uno dei Centri autorizzati dalla Regione, nessuna colpa potrà essere ascritta in capo ai genitori.

Lo stesso dicasi per l'ipotesi di parto domiciliare «protetto». Va infatti precisato che anche la possibilità per la gestante di partorire a casa è selezionata in base a un rigido protocollo, messo a punto dal Coordinamento Nazionale delle Ostetriche ⁽³⁸⁾.

Diverso sarebbe stato se invece la coppia avesse deciso, in via del tutto autonoma ed arbitraria, per un parto a domicilio. In questo caso sarebbe infatti ipotizzabile una richiesta risarcitoria contro i genitori.

Sulla possibilità per il figlio di chiedere i danni ai genitori per una scelta dai medesimi compiuti ancor prima della nascita, si può ricordare il grande scalpore che suscitò, negli anni Cinquanta, la prima pronuncia di condanna del tribunale dei genitori che si erano resi colpevoli di aver inflitto alla propria figlia le sofferenze e la infelicità di una vita gravemente malata ⁽³⁹⁾. La sentenza all'epoca sollevò una protesta pressoché unanime della dottrina, volta a sostenere che, in ogni caso, la nascita debba essere considerata alla stregua di un «dono» ⁽⁴⁰⁾.

Posizione che oggi invece non suscita più clamore, alla luce delle riflessioni sorte in seguito sul c.d. danno da procreazione ⁽⁴¹⁾, ed anche dei più recenti interventi normativi che

⁽³⁸⁾ E difatti può avvenire solo se la gravidanza è a basso rischio, se non ci sono patologie e malattie croniche, non oltre la quarantaduesima settimana di gestazione, con l'assistenza di personale ostetrico e a condizione che l'abitazione non si distanti da un ospedale. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, se tali condizioni vengono rispettate, i rischi del parto in casa non sono maggiori di quello ospedaliero.

⁽³⁹⁾ Si tratta di Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987, con *Postilla* di CARNELUTTI; e in *Riv. dir. civ.*, 1956, 338, con nota critica di RESCIGNO, *Il danno da procreazione*. Ove si affermava che «i genitori, siano legittimi o naturali, sono responsabili per fatto illecito nei confronti dei figli, quando abbiano loro trasmesso, attraverso il concepimento, una condizione morbosa che ne menomi l'efficienza fisica». La questione, poi, non veniva riaffrontata nel merito dalla Corte d'appello di Bologna poiché, avendo il Tribunale dichiarato solidalmente responsabili entrambi i genitori, veniva negata alla madre la legittimazione ad agire per i danni quale rappresentante legale della figlia, ritenendosi necessaria la nomina di un curatore speciale (App. Bologna, 7 giugno 1951, in *Foro it.*, 1951, 987 ss.).

⁽⁴⁰⁾ LENER, *Mero delitto civile di paternità?*, in *Foro it.*, 1952, 4, 20; MIRABELLI, *Su di una presunta responsabilità dei genitori verso i figli ereditariati*, in *Dir. eccl.*, 1953, 400 ss.

⁽⁴¹⁾ La complessa tematica del «diritto a non nascere» è oggi al centro di un vivace dibattito dottrinario, a seguito delle pronunce della Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, *cit.*; e della contraria Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, *cit.*

Per esigenze di sintesi si rinvia alla lettura degli autori che si sono occupati negli anni in modo specifico del tema, tra cui: GORGONI, *La nascita va accettata senza «beneficio di inventario»?», in* *questa Rivista*, 2004, 1349; FRANZONI, *Errore medico, diritto di non nascere, diritto di nascere sano*, in *Resp. civ.*, 2005, 486 ss.; MOSCARINI, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.; PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contratto impr.*, 2005, 1 ss.; RESCIGNO, *Danno da procreazione*, Milano, 2006, *passim*; RILAMPA, *Il «diritto di non nascere» e la condizione*

sembrano legittimare l'ingresso della tutela aquiliana anche all'interno del rapporto genitori-figli ⁽⁴²⁾.

Ma la giurisprudenza aveva già esteso la tutela risarcitoria all'interno del rapporto tra i familiari, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., provvedendo ad esempio a condannare il padre, l'autore di un mendace riconoscimento di paternità, a risarcire il danno provocato nei confronti della minore, per il dolore di scoprirsi figlia di un altro ⁽⁴³⁾ e, più di recente, ipotizzando l'applicabilità dello strumento risarcitorio in caso di omesso mantenimento del figlio nato da coppia non coniugata per il connesso pregiudizio, di natura non patrimoniale, sorto in conseguenza del comportamento intenzionalmente e pervicacemente defatigatorio del padre stesso ⁽⁴⁴⁾. Per la Suprema Corte ciò che deve essere risarcita in questo caso è la lesione in sé di «*fondamentali diritti della persona*» ex art. 2 Cost., inerenti in particolare alla qualità di figlio (art. 30 Cost.) e di minore, derivanti dall'ostinato rifiuto del padre di versare al figlio stesso i mezzi per la sua sopravvivenza.

La Corte di cassazione sostiene infatti che la lesione di tali diritti «*collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti*», va comunque incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto oggettivo della lesione stessa.

Alla luce di questi principi, qui sinteticamente richiamati, pare evidente la legittimazione del figlio ad agire nei confronti dei genitori per le menomazioni subite al momento della nascita, a causa di una individuale ed arbitraria scelta di partorire privi di qualsivoglia assistenza.

Ma, come detto, non è il caso oggetto della sentenza qui commentata, dove la madre ha agito nel rispetto delle opzioni riconosciute alla gestante dal nostro ordinamento.

giuridica del nascituro, in *Resp. civ.*, 2006, 71 SS.; LANDINI, *Responsabilità civile dei genitori e diritto a non esistere*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 251 SS.

⁽⁴²⁾ Il rimando è all'art. 709-ter c.p.c., introdotto con legge 6 febbraio 2006, n. 54, e recante «*soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni*», che prevede la possibilità per il giudice di disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti del figlio minore ovvero dell'altro genitore, in presenza di una violazione dei doveri scaturenti da una separazione dei genitori medesimi, con particolare riferimento alla violazione delle statuizioni concernenti il diritto/dovere di visita del minore. Sul tema degli illeciti tra genitori e figli si rinvia a CIPRIANI, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. dir.*, 2008, 518, ed alla giurisprudenza ivi richiamata.

⁽⁴³⁾ Definendolo quale «*danno psicofisico e di carattere anche sociale inevitabilmente inferto*», così Trib. Torino, 31 marzo 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 193, con nota di DI CHIARA, *Ancora in tema di statuizioni incidentali del giudice in ordine a fatti costituenti reato: appunti a margine*.

⁽⁴⁴⁾ Cass. civ., 7 giugno 2000, n. 7713, in questa *Rivista*, 2000, 923, nota di ZIVIZ, *Continua il cammino del danno esistenziale*.

