

TI_GERICHTE 12.2011.191 vom 2. Oktober 2013

TI Tribunale d'appello, 2013-10-02, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.191

FR: TI_GERICHTE 12.2011.191 du 2 octobre 2013

IT: TI_GERICHTE 12.2011.191 del 2 ottobre 2013

Regeste

Responsabilità del medico (wrongful birth e wrongful life)

Erwägungen

E. 1

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il nuovo codice di diritto processuale civile svizzero (CPC; RS 272). Ritenuto che la procedura innanzi al Pretore è stata avviata prima di quella data, la stessa, fino alla sua conclusione, resta disciplinata dal diritto cantonale previgente (art. 404 cpv. 1 CPC) e meglio dal codice di procedura civile ticinese (CPC/TI; RL 3.3.2.1). Non così invece la procedura ricorsuale in rassegna, che, avendo preso avvio a seguito di una decisione pretorile comunicata dopo quella data, è retta dalle nuove disposizioni federali (art. 405 cpv. 1 CPC).

E. 2

Le questioni oggetto di esame in questa sede sono molteplici. Per facilitarne la comprensione, appare opportuno esporre già sin d'ora lo schema espositivo che verrà di seguito applicato: dopo l'esame della valenza probatoria della perizia 31 gennaio 2011 del S_____ (consid. 3), si procederà così ad accertare gli aspetti di fatto relativi alla questione dell'insorgenza della trisomia 21 (consid. 4) e dell'encefalopatia ipossico-ischemica (consid. 5), per poi trattare, dopo un breve riassunto (consid. 6), gli aspetti di diritto conseguenti a questi accertamenti fattuali (consid. 7) ed infine passare in rassegna le pretese dell'attrice (consid. 8) rispettivamente dell'attore (consid. 9).

E. 3

In questa sede il convenuto contesta innanzitutto la validità della perizia 31 gennaio 2011 del S_____, ritenendo da una parte che la stessa dovrebbe essere annullata siccome allestita di fatto da un terzo (dal dr. med. L_____), oltretutto "stranamente" proposto a suo tempo dalla controparte, e rilevando dall'altra che agli accertamenti peritali che esulavano dalle domande sottoposte non poteva essere riconosciuta alcuna valenza probatoria. La questione, già posta in prima istanza (la prima con l'allegato conclusivo e la seconda con un'istanza di stralcio parziale della perizia poi evasa con ordinanza 23 marzo 2011 ai sensi dei considerandi, nel senso che il tema sarebbe poi stato risolto con la sentenza), non è stata oggetto di esame da parte del Pretore, che ha di fatto però ritenuto di potersi avvalere delle risultanze di quel referto.

E. 3.1

Il perito giudiziario viene di regola assunto per supplire alla carente conoscenza del giudice chiamato a valutare questioni di fatto che esigano nozioni specialistiche, in particolare tecniche (cfr. art. 247 cpv. 1 CPC/TI; Cocchi, Appunti sul tema della perizia giudiziaria nel

processo civile, in: Rep. 1994 [in seguito: Cocchi , Appunti] p. 161; Cocchi , La perizia nel processo civile, in: AAVV , Le perizie giudiziarie, CFPG 39 [in seguito: Cocchi , Perizia], p. 57). Egli ha per principio funzione ausiliaria e deve conformarsi al mandato ricevuto (II CCA 19 gennaio 1993 inc. n. 77/91, 9 luglio 1996 inc. n. 12.96.91, 6 febbraio 1997 inc. n. 12.96.224). L'incarico ha carattere personale e di conseguenza il perito deve provvedere in proprio alle indagini ed ai rilievi necessari per poter assolvere il suo compito. È comunque sicuramente ammissibile che egli, per una limitata ricerca di preparazione, possa utilizzare del personale ausiliario, sotto la sua responsabilità e controllo (Cocchi , Appunti, p. 167; Cocchi , Perizia, p. 57). Se però i bisogni dell'accertamento peritale interessano un altro ambito scientifico, allora sarà sempre necessaria, per poter coinvolgere un altro esperto, l'autorizzazione del giudice all'esecuzione di una subperizia rispettivamente, a dipendenza della singola fattispecie, la nomina di un altro perito, il quale condurrà singolarmente gli accertamenti che toccano la sua specifica competenza professionale, o ancora l'affiancare al perito già nominato un altro in modo da costituire un collegio peritale (Cocchi , Perizia, p. 57 seg.; II CCA 9 luglio 1996 inc. n. 12.96.91).

E. 3.1.1

Contrariamente a quanto ritenuto dal convenuto, nel fatto che il dr. med. L. _____, consulente del S. _____ nell'ambito della perizia 31 gennaio 2011 dello stesso S. _____, fosse a suo tempo stato proposto dagli attori, dapprima per l'allestimento del complemento della perizia 18 gennaio 2009 del dr. med. G. _____ (cfr. lettera 24 aprile 2009) e quindi ancora per l'allestimento della perizia poi invece assegnata a quel S. _____ (cfr. osservazioni 28 agosto 2009 all'istanza di assunzione suppletoria di prove), non si ravvisa in realtà alcunché di "strano", nulla agli atti permettendo di ritenere - come ipotizzato implicitamente dal convenuto - che quel consulente potesse essere prevenuto o comunque non sufficientemente imparziale (anche se l'estensione dell'esame peritale a questioni non richieste, accertata di seguito nel considerando 3.2, potrebbe far sorgere qualche dubbio in tal senso, cfr. Dolge , Basler Kommentar, n. 8 ad art. 183 CPC).

E. 3.1.2

Il convenuto è malvenuto a lamentare in questa sede il fatto che il S. _____ abbia ritenuto di avvalersi di un terzo consulente, e meglio del dr. med. L. _____, per allestire la perizia. Con lettera 30 agosto 2010, intimata alle parti, quel S. _____ aveva in effetti comunicato al Pretore che il dr. med. L. _____ era il "medico incaricato dello svolgimento della perizia", senza che il convenuto avesse allora avuto da ridire. E in seguito, con lettera 7 dicembre 2010, sempre intimata alle parti, lo stesso S. _____ aveva informato il giudice di prime cure di aver più volte sollecitato il dr. med. L. _____ a terminare la perizia, anche in questo caso senza che il convenuto avesse avuto da obiettare. In tali circostanze il comportamento del convenuto, che ha atteso ad eccepire la circostanza solo in sede conclusionale, dopo che la perizia in questione era già stata consegnata alle parti, si scontra con il principio della buona fede processuale, in virtù del quale la parte che contesta un (asserito) vizio di procedura è tenuta a segnalarlo immediatamente, in un momento ove ancora sia possibile rimediare (DTF 119 Ia 221 consid. 5a; TF 3 febbraio 2010 4A_486/2009 consid. 4.1).

E. 3.1.3

Resta però il fatto che il S _____ non si è limitato ad avvalersi del dr. med. L _____ a titolo di consulente per allestire la perizia, ma di fatto gliel'ha delegata per in seguito farla propria, tant'è che la perizia consegnata al Pretore altro non è che la pressoché integrale ricopiatura del consulto del dr. med. L _____, a cui i medici di quel S _____ hanno poi aderito senza commenti (le risposte fornite dal dr. med. L _____ alle domande, esposte da p. 35 a p. 42, sono in effetti state ricopiate pari pari, da p. 44 a p. 51, e costituiscono le risposte del S _____). Ora, se il convenuto - non avendo a suo tempo avuto da obiettare in proposito - poteva aspettarsi che il dr. med. L _____ agisse come consulente (cfr. supra consid. 3.1.2), cioè fosse stato interpellato per coadiuvare il perito su aspetti tutto sommato marginali (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 9 ad art. 248; II CCA 9 luglio 1996 inc. n. 12.96.91, 6 febbraio 1997 inc. n. 12.96.224), è solo con il ricevimento della perizia che egli ha potuto prendere atto che il perito designato aveva in realtà rinunciato a ogni sua prerogativa e che il contributo del dr. med. L _____ era stato da lui considerato determinante. Non avendo nell'occasione il perito agito con la necessaria autorizzazione del Pretore (cfr. punti 2 e 4 dell'ordinanza 19 aprile 2010), la sua perizia deve pertanto essere annullata (cfr. II CCA 9 luglio 1996 inc. n. 12.96.91, 6 febbraio 1997 inc. n. 12.96.224; Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 8 ad art. 248; Cocchi, Appunti, p. 167 seg.; Cocchi, Perizia, p. 58, secondo cui in tal modo il comportamento del perito si scontra con l'obbligo imprescindibile di eseguire personalmente la perizia e viola il diritto delle parti di esprimersi contro quell'ausiliario con la presentazione di un'eventuale domanda di ricusa).

E. 3.2

Ma, a prescindere da quanto precede, è a ragione che il convenuto ha contestato la valenza probatoria degli accertamenti di fatto contenuti nella perizia 31 gennaio 2011 del S _____ nella misura in cui gli stessi esulavano dal tema della lite e soprattutto dalle domande sottoposte al perito (inerenti il test AFP Plus). Come risulta dal punto 2 dell'ordinanza 19 aprile 2010, quel S _____ era stato incaricato di "rispondere ai quesiti e controquesiti peritali designati al superiore punto 1", ossia alle 6 domande presentate dal convenuto e alle 3 domande - con 3 sottodomande - presentate dagli attori, tutte aventi per oggetto per l'appunto la questione del test AFP Plus. Esso non era pertanto tenuto, e tanto meno autorizzato, ad ampliare il tema della perizia su altri aspetti non richiesti dal giudice e dalle parti (cfr. Walder-Bohner, Zivilprozessrecht, 3^a ed., § 29 n. 88; cfr. pure, sia pure con riferimento al nuovo CPC federale, qui non applicabile, Dolge, op. cit., ibidem), che del resto erano già stati oggetto di precedenti prove peritali. In una tale situazione il perito, se lo avesse ritenuto necessario, avrebbe dovuto limitarsi a richiamare l'attenzione del giudice o delle parti sulle eventuali carenze o incongruenze delle precedenti perizie e, solo a quel momento, dopo aver dato alle parti la facoltà di esprimersi ed aver ottenuto la necessaria autorizzazione, avrebbe semmai potuto esternare le proprie considerazioni. Non avendo costui proceduto in tal senso, i suoi accertamenti di fatto esulanti dal tema della perizia e soprattutto dalle domande sottoposte non possono essere presi in considerazione (cfr. Frank / Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^a ed., n. 6 ad § 176 ZPO/ZH; Dolge, op. cit., ibidem; analogamente, la giurisprudenza cantonale ritiene pure prive di valenza probatoria le circostanze riferite in esubero in occasione di interrogatorio formale della parte, cfr. Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 1 ad art. 276). Si aggiunga che il S _____, pur avendo - come detto - ritenuto di far proprie, ricopiandole, le risposte alle domande fornite in precedenza dal dr.

med. L _____, non ha in ogni caso riprodotto la parte denominata “conclusioni” allestita da quest’ultimo (a p. 42 e 43 della perizia, dove venivano trattate le questioni esulanti il tema della perizia), che di fatto nemmeno è stata così ratificata; lo stesso dicasi per la parte denominata “considerazioni generali” (allestita da p. 33 a p. 35), che è unicamente stata oggetto di un vago accenno.

E. 4

Il Pretore ha imputato al convenuto un comportamento negligente per la mancata scoperta nell’attore della trisomia 21, e meglio per non aver informato l’attrice rispettivamente averle proposto l’esecuzione del test AFP Plus, che, se eseguito, avrebbe poi dato la chiara indicazione per la successiva effettuazione di un’amniocentesi, rivelatrice del problema genetico. Egli ha aggiunto che quella negligenza avrebbe fatto perdere all’attrice la facoltà di interrompere la gravidanza. In questa sede il convenuto contesta ogni sua responsabilità per la mancata scoperta della trisomia 21. Contesta che l’esecuzione dell’amniocentesi fosse dovuta, rispettivamente che vi fossero altre indicazioni per l’effettuazione del test AFP Plus. Nega di aver violato l’obbligo di informazione alla paziente. E rileva che la controparte non aveva allegato, né provato, di essere stata disposta ad abortire, ciò che invero non sarebbe stato legittimo.

E. 4.1

Il Pretore ha giustamente spiegato che i test prenatali a disposizione di un medico nel 1998 per poter individuare una trisomia 21, che è una malattia genetica non curabile, erano sostanzialmente i seguenti (cfr. perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G _____ p. 8): l’ecografia, il test AFP semplice (test dell’alfafetoproteina), il test AFP Plus (o “test triplice” dell’alfafetoproteina, della coriogonadotropina umana e dell’estriolo libero) e l’amniocentesi, ritenuto che i primi tre sono semplici test di screening, servono cioè a determinare se vi è un profilo di rischio per la trisomia 21 e danno unicamente l’indicazione per l’effettuazione di un test diagnostico, mentre il quarto è per l’appunto un test diagnostico, che permette di stabilire la diagnosi della sindrome di Down (cfr. perizia 18 gennaio 2009 del dr. med. G _____ p. 7). Sempre a ragione il giudice di prime cure ha pure rilevato che le indicazioni per eseguire l’amniocentesi erano allora l’età avanzata della paziente, l’esistenza di malformazioni tipiche o sospette visibili nell’ecografia, l’esistenza di casi di anomalie cromosomiche nella famiglia della paziente, il risultato positivo del test AFP semplice o del test AFP Plus, oppure, in assenza delle indicazioni menzionate, il desiderio espresso della paziente di eseguire quel test diagnostico (cfr. perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G _____ p. 7 seg. e soprattutto p. 17).

E. 4.2

Secondo il Pretore, nel caso di specie le indicazioni per l’esecuzione del test AFP Plus, poi mai effettuato, erano senz’altro date, e in ogni caso l’età della paziente, il valore basso del test AFP semplice eseguito e la rilevazione ecografica del femore corto del feto avrebbero a loro volta dovuto indurre all’esecuzione dell’amniocentesi, poi non eseguita. In questa sede il convenuto è di tutt’altro avviso.

E. 4.2.1

Contrariamente a quanto ritenuto dal Pretore, non è stato sufficientemente provato - nel senso della verosimiglianza preponderante, vigente nei procedimenti che reggono la responsabilità del medico (DTF 133 III 81 consid. 4.2.2, 132 III 715 consid. 3.1; TF 25

ottobre 2011 4A_315/2011 consid. 3.2; II CCA 3 agosto 2011 inc. n. 12.2010.120) - che nella fattispecie il test AFP Plus dovesse essere proposto all'attrice. Nelle sue quattro perizie, il perito dr. med. G_____ si è invero espresso sulla questione in modo altalenante, optando nel primo complemento peritale per l'esistenza di un obbligo in tal senso a carico del medico (complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 6), indicando nella seconda perizia l'assenza di un tale obbligo (perizia 18 gennaio 2009 p. 3, 8 e 9) e concludendo nel secondo complemento peritale di nuovo per l'esistenza di un tale obbligo (complemento peritale 25 luglio 2009 p. 4, 5 e 6). In tali circostanze, nonostante le indicazioni contenute nella seconda perizia - diversamente da quelle contenute nei due complementi peritali, pressoché privi di motivazioni sul tema - siano fondate apparentemente su maggiori riferimenti di letteratura specializzata, per cui sembrerebbe potersi prediligere quella soluzione, non è possibile evadere con la necessaria verosimiglianza la questione. Proprio per tale motivo era stata richiesta una nuova perizia, quella poi rilasciata il 31 gennaio 2011 dal S_____. Ora, già si è detto che quella perizia andrebbe giustamente annullata (cfr. supra consid. 3.1.3), senza che l'esistenza dell'obbligo di proporre il test AFP Plus possa con ciò essere confermata. Ma, se anche per ipotesi si volesse ammetterne la validità, resterebbe in ogni caso il fatto che in quell'occasione l'esperto ha escluso che il medico fosse tenuto ad eseguire un tale test (perizia 31 gennaio 2011 p. 38 e 41), ciò che esclude una responsabilità del convenuto per non averlo allora proposto.

E. 4.2.2

Il Pretore non può essere seguito nemmeno laddove ritiene che l'età dell'attrice (che aveva 34 anni e mezzo allorché era rimasta incinta e ne avrebbe avuti oltre 35 al termine calcolato per la nascita) avrebbe dovuto indurre il convenuto ad eseguire l'amniocentesi, non essendo in realtà stato sufficientemente provato che quell'età fosse allora tale da obbligarlo ad eseguire un tale test diagnostico. Il perito dr. med. G_____, con riferimento a una pubblicazione della Clinica _____ di _____ (doc. 8) e soprattutto al tenore dell'art. 13 lett. d dell'Ordinanza del DFI del 29 settembre 1995 sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (OPre, RS 832.112.31, nella versione in vigore al momento dei fatti, cfr. RU 1995 p. 4971 [basata sulla decisione DTF 112 V 303]), secondo cui l'assicurazione di base assumeva l'amniocentesi in caso di "donne a partire dai 35 anni d'età" (senza però l'aggiunta chiarificatoria, riportata tra parentesi nella formulazione attualmente vigente, RU 2013 p. 1930, secondo cui "sono determinanti gli anni compiuti al termine calcolato della nascita"), ha indicato che l'esecuzione dell'amniocentesi si imponeva solo in presenza di un'età della paziente superiore ai 35 anni al momento del concepimento, escludendo così nel caso di specie l'obbligo del test (perizia 5 novembre 2005 p. 7, 8, 13 e 17, complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 8, complemento peritale 25 luglio 2009 p. 2). Il fatto che nella perizia 31 gennaio 2011 il S_____, con riferimento alla Convenzione tra l'Ordine dei Medici del Cantone Ticino e la Federazione Ticinese delle Casse Malati valevole al momento dei fatti (doc. SS) e versata agli atti solo in un momento successivo, abbia invece ritenuto che un'indicazione per quel test diagnostico fosse data già in presenza di un'età della paziente di almeno 34 anni (perizia 31 gennaio 2011 p. 35 e 42), non basta ancora per inficiare quell'accertamento: già si è detto che quest'ultima perizia avrebbe giustamente dovuto essere annullata (cfr. supra consid. 3.1.3); la stessa non poteva comunque essere considerata probante per la particolare questione, visto e considerato che quell'accertamento esulava dalla tematica del test AFP Plus oggetto dell'esame peritale

(cfr. supra consid. 3.2), tanto più il perito ha dovuto ammettere che le direttive di cui alla Convenzione di cui al doc. SS - per altro nemmeno inequivocabili, nella misura in cui la formulazione lì riportata “donne dopo il 34.mo anno di età” avrebbe anche potuto essere intesa come quella prevista dall’art. 13 lett. d OPre (“donne a partire dai 35 anni d’età”) - non corrispondevano alle pratiche usuali nel resto della Svizzera nel 1998/1999 (perizia 31 gennaio 2011 p. 35); e in ogni caso, in presenza di accertamenti peritali discordanti, di cui nessuno appare preminente, la soluzione proceduralmente corretta sarebbe stata quella di decidere a sfavore della parte gravata dell’onere della prova, cioè degli attori (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 4 ad art. 90).

E. 4.2.3

Neppure si può concordare con il Pretore che l’esecuzione dell’amniocentesi (o almeno del test AFP Plus) si sarebbe rivelata necessaria in virtù delle risultanze delle ecografie ed in particolare del fatto che il feto presentava un femore corto. Anche in questo caso la circostanza non è stata sufficientemente provata. Il perito dr. med. G _____ ha in effetti escluso che dagli esami ecografici eseguiti il convenuto potesse sospettare o addirittura riconoscere la presenza di una trisomia 21 (perizia

E. 4.2.4

Per considerazioni del tutto analoghe neppure può essere confermato l’assunto pretorile secondo cui l’esecuzione dell’amniocentesi (o quanto meno del test AFP Plus) si sarebbe imposta in considerazione del valore basso del test AFP semplice eseguito. Anche in questo caso, mentre il dr. med. G _____ ha ritenuto che il valore riscontrato fosse normale (perizia 5 novembre 2005 p. 13 e 15), la perizia del S _____ - di cui già si sono detti i limiti - ha fornito una valutazione del tutto opposta (perizia 31 gennaio 2011 p. 38, 41 e 42), che non può perciò essere ritenuta sufficientemente dimostrata.

E. 4.3

Secondo il Pretore, al convenuto doveva in ogni caso essere rimproverata una carenza di informazione e di consulenza sulle possibili analisi prenatali. In questa sede il convenuto obietta che l’assenza di indicazioni per l’esecuzione del test AFP Plus e dell’amniocentesi escludeva ogni suo obbligo di informazione.

E. 4.3.1

In base alla giurisprudenza il medico è tenuto a dare al paziente, in modo chiaro, intelligibile e il più completo possibile, un’informazione sulla diagnosi, la terapia, il pronostico, le alternative al trattamento proposto, i rischi dell’operazione, le possibilità di guarigione, eventualmente sull’evoluzione spontanea della malattia e sulle questioni finanziarie, in particolare relative all’assicurazione (DTF 133 III 121 consid. 4.1.2; CCC 14 luglio 2009 inc. n. 16.2008.108 in: RtiD I-2010 n. 42c; II CCA 21 giugno 2012 inc. n. 12.2010.153). L’estensione dell’informazione dipende dalle particolarità del caso, in particolare dalle conoscenze e dalla formazione del paziente, così come dalle peculiarità dell’intervento prospettato (Gattiker, Die Verletzung der Aufklärungspflicht und ihre Folgen, in: Die Haftung des Arztes und des Spitals, p. 112 segg.). Il medico è tenuto a provare di aver sufficientemente informato il paziente e ottenuto il consenso chiaro di quest’ultimo prima dell’intervento (DTF 133 III 121 consid. 4.1.3; II CCA 27 settembre 2010 inc. n. 12.2009.126, 21 giugno 2012 inc. n. 12.2010.153). La violazione di questo obbligo è tale da ingenerare una responsabilità contrattuale del medico (Gattiker, op. cit.,

p. 131; DTF 133 III 121 consid. 4.1.1; TF 28 aprile 2003 4P.265/2002 consid. 4.1; CCC 14 luglio 2009 inc. n. 16.2008.108 in: RtiD I-2010 n. 42c).

E. 4.3.2

L'assunto pretorile secondo cui al convenuto doveva essere imputata una carenza d'informazione in merito all'esecuzione del test AFP Plus può senz'altro essere confermato. Nonostante in un primo momento il perito dr. med. G _____, contraddicendo per altro quando da lui sostenuto in precedenza (perizia 5 novembre 2005 p. 18 e complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 7 seg.), abbia escluso l'esistenza di un obbligo d'informazione in tal senso a carico del convenuto (perizia 18 gennaio 2009 p. 8), che era stato pacificamente richiesto di fornire chiarimenti in punto alla necessità di tali test (replica p. 2), egli ha in seguito rettificato tale assunto, concludendo per l'esistenza di un tale obbligo (complemento peritale 25 luglio 2009 p. 6). La circostanza è stata per altro confermata anche dalla perizia 31 gennaio 2011 dal S _____ (perizia 31 gennaio 2011 p. 35, 38 e 41), e ciò a prescindere dei suoi limiti, di cui già si è detto. Senonché, il convenuto non ha provato, contrariamente a quanto da lui preteso (risposta p. 12), di aver spiegato i vantaggi e gli svantaggi di un tale test: nel caso concreto, dalla cartella medica allestita dal convenuto (doc. B, trascritta sub doc. 2 e 2bis) e dal foglio di controllo per le gravidanze (doc. C), redatti in modo rudimentale (perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G _____ p. 6), non è stato possibile stabilire se ed eventualmente in che modo il convenuto abbia fornito all'attrice queste informazioni (perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G _____ p. 8, 12, 14 e 17 seg.); e d'altro canto egli non è stato in grado di dimostrare che nei suoi atti medici era solito annotare solo le circostanze che esulavano dalla routine e che quelle informazioni rientravano per l'appunto nella routine, dato che le sue dichiarazioni in tal senso in sede di interrogatorio formale (ad 6) non hanno trovato conferma in ulteriori risultanze istruttorie (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, n. 764 ad art. 276 e CPC-TI App., m. 3 e n. 433 ad art. 276).

E. 4.3.3

Nel caso di specie, già per quanto precede, è chiaro che il convenuto non può aver ossequiato nemmeno l'obbligo di informazione in merito all'amniocentesi, che sarebbe stata eseguita in considerazione dell'esito - che sarebbe stato certamente positivo - del test AFP Plus. Oltretutto contrariamente a quanto ritenuto dal convenuto, tale informazione faceva senz'altro parte di quelle che un medico era tenuto a fornire a una paziente nel 1998, tanto più che l'art. 13 lett. d OPre, nella versione in vigore al momento dei fatti (RU 1995 p. 4971), indicava che l'amniocentesi era a carico dell'assicurazione di base "dopo approfondito colloquio con spiegazioni e consulenza", che doveva essere autenticato solo in caso di donne di più di 35 anni o in caso di donne più giovani con un rischio comparabile: nonostante in un primo tempo il perito dr. med. G _____ abbia ritenuto che l'informazione sull'amniocentesi potesse essere dovuta solo in presenza di un'indicazione per la sua esecuzione (perizia 5 novembre 2005 p. 8 e 13), nel prosieguo della sua relazione egli ha di fatto chiarito che quell'obbligo era in realtà più generalizzato (perizia 5 novembre 2005 p. 17 segg. ed in particolare p. 19, secondo cui l'informazione deve mantenersi nell'ambito delle complicazioni probabili e frequenti, ciò che è senz'altro il caso per la trisomia 21, definita a p. 34 della perizia 31 gennaio 2011 del S _____, "una delle aneuploidie più frequenti nell'uomo") a maggior ragione se - come risultava pacificamente - il convenuto era poi stato richiesto di fornire chiarimenti in punto alla necessità di tali test (replica p. 2), e in considerazione dell'età limite dell'attrice; quel

punto di vista è poi stato ribadito nei suoi successivi referti (complemento peritale 10 febbraio 2006 p.

E. 4.4

AmMESSO con ciò un comportamento negligente del convenuto per non aver a suo tempo informato la paziente in merito alla possibilità di eseguire il test AFP Plus e l'amniocentesi (e con ciò di accertare l'esistenza della sindrome di Down), si tratta ora di esaminare se questa negligenza abbia impedito all'attrice di interrompere legalmente la gravidanza (sul tema del nesso di causalità ipotetico, cfr. in generale DTF 129 III 65 consid. 6.1; II CCA 27 settembre 2010 inc. n. 12.2009.126; sul tema specifico della perdita della facoltà di interrompere una gravidanza a seguito di carenze di informazione, cfr. Pally , *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, p. 53 segg.). Come detto, il convenuto rimprovera alla controparte di non aver allegato, ancor prima che provato, di essere stata pronta ad interrompere la gravidanza con un aborto, che a suo dire sarebbe per altro stato penalmente punibile.

E. 4.4.1

Il rimprovero mosso all'attrice di non aver allegato la sua ipotetica volontà di interrompere la gravidanza qualora fosse stata informata dell'esistenza di una trisomia 21 del figlio non può trovare accoglimento. Nonostante il tema dell'eventuale interruzione della gravidanza da parte sua in caso di scoperta della malattia genetica - per altro già ritenuto sottointeso dal convenuto con la risposta (p. 13 seg.) e con la duplica (p. 15) - non sia stato esplicitamente sollevato con la petizione, lo stesso è in effetti stato proposto chiaramente in replica (p. 16 seg.), laddove l'attrice ha rilevato che in tal caso il suo eventuale aborto non sarebbe stato punibile.

E. 4.4.2

Non avendo il convenuto contestato negli allegati preliminari che l'attrice avrebbe in tal caso rinunciato, rispettivamente non sarebbe stata disposta ad interrompere la gravidanza, essa non era tenuta ad assumere eventuali prove per confermare tale circostanza. Stando così le cose, il rimprovero di non aver dimostrato la sua volontà ipotetica di abortire va respinto.

E. 4.4.3

Quanto alla legittimità, o meglio alla non-punibilità penale, di un'interruzione della gravidanza tempestivamente eseguita a seguito della scoperta di una trisomia 21 nel feto, il giudizio con cui il Pretore l'ha ammessa può senz'altro essere confermato. Secondo il diritto vigente al momento dei fatti (art. 120 n. 1 vCP), l'interruzione non punibile della gravidanza era possibile soltanto se esisteva un'indicazione medica. Mentre il legislatore storico pensava in primo luogo a pericoli di natura somatica per la vita e la salute della donna incinta, col passare del tempo si è viepiù applicata la nozione estesa di salute così com'è stata definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, così che l'indicazione medica teneva conto anche dell'indicazione giuridica, sociale ed embriopatica (cfr. Iniziativa parlamentare. Modifica del Codice penale in materia di interruzione della gravidanza - Parere del Consiglio federale relativo al rapporto 19 marzo 1998 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale, in: FF 1998 p. 4287; cfr. pure Niggli/Riklin , *Strafrecht - Besonderer Teil*, 9^a ed., p. 38; Trachsel , *Schweizerisches Strafrecht*, 2^a ed., n. 3 ad art. 120 vCP). Detto altrimenti, un'interruzione della gravidanza per sindrome di Down del figlio era allora non punibile se uno psichiatra avesse

attestato che la consapevolezza di una tale malformazione del bambino avrebbe provocato presso la madre un disturbo psichico grave e permanente (perizia 18 gennaio 2009 del dr. med. G_____ p. 6; in tal senso pure Trachsel , op. cit., ibidem; Niggli/Riklin , op. cit., p. 41 e 47; Honsell , Handbuch des Arztrechts, p. 336 seg. con rif.), in concreto senz'altro da ammettere (perizia 18 gennaio 2009 del dr. med. G_____ p. 6). Nulla permette pertanto di escludere una responsabilità del convenuto per il fatto che, accertando l'esistenza di quella malattia, si sarebbe eventualmente reso colpevole di complicità in un aborto punibile; tanto più che ad essere punibile sarebbe semmai stata la donna e non certo il medico che aveva diagnosticato la malattia (a meno che egli non avesse disatteso gli obblighi di notifica previsti dal n. 2 della disposizione). 5. Nel prosieguo del suo esposto il Pretore ha rimproverato al convenuto un comportamento negligente anche in relazione all'insorgenza della grave encefalopatia ipossico-ischemica, segnatamente per aver omesso di eseguire ulteriori visite di controllo dopo il 30 novembre 1998, che avrebbero permesso di riscontrare quegli elementi di sospetto per una sofferenza fetale. In questa sede il convenuto contesta che la mancata effettuazione di ulteriori controlli dopo quella data fosse costitutiva di una violazione dell'arte medica e che eventuali nuovi controlli avrebbero permesso di scoprire l'affezione.

E. 5

novembre 2005 p. 11 e 13 seg., complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 2 e 4). Il fatto che nella perizia 31 gennaio 2011 il S_____ abbia invece ritenuto che la misurazione di un femore corto del feto costituisse un indizio per la sindrome di Down (perizia 31 gennaio 2011 p. 34 e 40) non basta per inficiare quell'accertamento: anche in questo caso già si è detto che quest'ultima perizia avrebbe giustamente dovuto essere annullata (cfr. supra consid. 3.1.3); la stessa non poteva comunque essere considerata probante per la particolare questione, visto e considerato che quell'accertamento esulava dalla tematica del test AFP Plus (cfr. supra consid. 3.2); e in ogni caso, in presenza di accertamenti peritali discordanti, di cui nessuno appare preminente, come si è visto la soluzione proceduralmente corretta sarebbe stata quella di decidere a sfavore della parte gravata dell'onere della prova, cioè degli attori (Cocchi/Trezzini , CPC-TI, ibidem).

E. 5.1

Il Pretore ha giustamente rilevato che l'encefalopatia ipossico-ischemica, che è una lesione cerebrale causata dalla mancanza di ossigeno, è avvenuta prima del parto e meglio, come stabilito dal perito dr. med. J_____, tra una e due, al massimo tre, settimane prima del parto (perizia 16 luglio 2007 p. 5 seg., complemento peritale 26 novembre 2007 p. 2; nella perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G_____, a p. 12, 14 e 21, si riteneva che l'ipossia fosse avvenuta tra la trentaduesima e la trentasettesima settimana di gravidanza), cioè solo dopo l'ultima visita di controllo effettuata (perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G_____ p. 23). Va aggiunto che l'eventuale insorgenza di sintomi per la sua esistenza, cioè una sofferenza fetale, avrebbe tutt'al più dovuto indurre il medico, sempre che la maturazione degli organi del feto lo avesse consentito, a procedere ad un parto anticipato tramite taglio cesareo (perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G_____ p. 11, complemento peritale 10 febbraio 2006 del dr. med. G_____ p. 11).

E. 5.2

Il Pretore non ha ritenuto di esaminare se al più tardi in occasione della visita di controllo del 30 novembre 1998 il convenuto avrebbe potuto e dovuto riconoscere i sintomi per una sofferenza fetale e non è nemmeno chiaro se l'attrice nelle sue osservazioni all'appello incidentale abbia riproposto questo argomento. In assenza di accertamenti univoci su tale aspetto, la responsabilità del convenuto per tale questione deve in ogni caso essere esclusa. Ben due periti hanno in effetti negato l'esistenza a quel momento di indizi o particolarità tali da far sospettare una futura insorgenza di quell'affezione (perizia 5 novembre 2005 del dr. med. G_____ p. 11 e 13 segg., complemento peritale 10 febbraio 2006 del dr. med. G_____ p. 10, perizia 16 luglio 2007 del dr. med. J_____ p. 4 seg.), tanto più che l'attrice non ha dimostrato, pur avendolo allegato, di aver a quel momento segnalato al medico eventuali scarsi movimenti del feto. La perizia 31 gennaio 2011 del S_____ ritiene al contrario che a quel momento degli indizi per un'insufficienza placentare, che a sua volta avrebbe potuto essere la causa della successiva crescita ridotta del feto, avrebbero potuto essere intravisti (p. 34): senonché, già si è detto che quella perizia doveva giustamente essere annullata (cfr. supra consid. 3.1.3), rispettivamente che non poteva avere valenza probatoria nella misura in cui il perito si era pronunciato su questioni che nulla avevano a che fare con il test AFP Plus o l'amniocentesi (cfr. supra consid. 3.2) e a maggior ragione quindi per la questione che qui ci occupa che nemmeno concerne la tematica della sindrome di Down; ma quand'anche, per ipotesi la si volesse comunque considerare, resterebbe il fatto che il perito non è stato categorico in merito a una violazione delle regole dell'arte medica da parte del convenuto, ma è stato solo possibilista; e oltretutto, in presenza di eventuali accertamenti peritali discordanti, di cui nessuno appare preminente, la soluzione proceduralmente corretta sarebbe stata quella di decidere a sfavore della parte gravata dell'onere della prova, cioè degli attori (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 4 ad art. 90)

E. 5.3

La questione a sapere se l'intervallo di tempo tra la visita del 30 novembre 1998 e quella successiva, prevista per 6 settimane dopo (cfr. doc. C; cfr. pure interrogatorio formale del convenuto, ad 13, secondo cui avrebbe dovuto rivedere la paziente nella seconda quindicina di gennaio 1999), ossia all'incirca alla data in cui è poi avvenuto il parto, sia stato eccessivo e con ciò contrario alle norme dell'arte medica, non ha trovato una risposta chiara e univoca. Se in un primo tempo il perito dr. med. G_____ ha in effetti evidenziato che la buona pratica richiedeva che durante le ultime settimane di una gravidanza i controlli medici fossero più frequenti, ad intervalli di due settimane circa, per modo che l'intervallo previsto (fino alla prima metà di gennaio 1999) dal convenuto appariva troppo lungo (perizia 5 novembre 2005 p. 11), in un secondo momento, richiesto espressamente di chiarire se la mancata esecuzione di ulteriori visite di controllo tra la trentaduesima e la trentasettesima settimana costituiva una violazione delle regole dell'arte medica, ha risposto in modo negativo alla domanda, dopo aver rilevato che, in considerazione dei giorni festivi in quel periodo, l'intervallo per la visita successiva, che a suo giudizio avrebbe dovuto aver luogo approssimativamente quattro settimane dopo l'ultimo controllo (cioè verso la fine di dicembre 1998 o all'inizio di gennaio 1999), poteva essere in buona fede esteso di circa una settimana, per cui avrebbe dovuto essere eseguito proprio nei giorni in cui l'attrice entrava in clinica per il parto (complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 12). In tali circostanze la violazione delle regole dell'arte non può essere ritenuta sufficientemente provata, anche perché la perizia 31 gennaio 2011 del S_____ non ha permesso di eventualmente chiarire la questione: già

detto della sua nullità (cfr. supra consid. 3.1.3), rispettivamente della sua scarsa valenza probatoria nella misura in cui il perito si era pronunciato su questioni che nulla avevano a che fare con il test AFP Plus o l'amniocentesi (cfr. supra consid. 3.2) e a maggior ragione quindi per la questione che qui ci occupa che nemmeno concerne la tematica della sindrome di Down, si osserva che in quel referto l'esperto neppure si è espresso sulla questione a sapere se l'intervallo di tempo trascorso dopo il 30 novembre 1998 fosse eccessivo o meno, limitandosi a sostenere che rimaneva per lui un "mistero" il motivo per cui non sarebbero stati previsti ulteriori controlli dopo l'ultima visita (perizia 31 gennaio 2011 p. 34).

E. 5.4

Contrariamente a quanto ritenuto dal Pretore, in ogni caso neppure è stato sufficientemente provato che in occasione di un'eventuale visita successiva al 30 novembre 1998 si sarebbero potuti riconoscere i sintomi per una sofferenza fetale. Il perito dr. med.

G_____ ha in effetti dichiarato che se anche si fossero eseguiti ulteriori controlli dopo quella data non era possibile determinare se sintomi corrispondenti sarebbero apparsi per allarmare il medico (perizia 5 novembre 2005 p. 13 e 15, complemento peritale 10 febbraio 2006 p. 11), tanto più che l'attrice, pur avendolo anche qui allegato, non ha dimostrato di aver a quel momento segnalato al medico un'ulteriore diminuzione dei movimenti del feto (dalla cartella medica di cui al doc. C, trascritta nel doc. 2 e 2bis, si evince anzi che essa ha telefonato al convenuto il 14 e il 17 dicembre 1998 senza aver comunicato particolarità di rilievo). La perizia 31 gennaio 2011 del S_____ è invero di parere diametralmente opposto (p. 34 e 40 seg.): senonché, già si è detto che essa doveva essere annullata (cfr. supra consid. 3.1.3), rispettivamente che non poteva avere valenza probatoria nella misura in cui il perito si era pronunciato su questioni che nulla avevano a che fare con il test AFP Plus o l'amniocentesi (cfr. supra consid. 3.2) e a maggior ragione quindi per la questione che qui ci occupa che nemmeno concerne la tematica della sindrome di Down; ma quand'anche, per ipotesi la si volesse comunque considerare, resterebbe anche qui il fatto che, in presenza di accertamenti peritali discordanti, di cui nessuno appare preminente, la soluzione proceduralmente corretta sarebbe nuovamente stata quella di decidere a sfavore della parte gravata dell'onere della prova, cioè degli attori (Cocchi/Trezzini, CPC-TI, ibidem) 6. Riassumendo, contrariamente a quanto ritenuto dal Pretore, il convenuto deve pertanto essere ritenuto responsabile solo per la carente informazione in merito alla possibilità di eseguire il test AFP Plus e l'amniocentesi, ciò che ha impedito all'attrice di poter interrompere la gravidanza; non così invece per l'encefalopatia ipossico-ischemica successivamente intervenuta nel bambino.

E. 7

In diritto, la causa promossa dalla madre nei confronti del medico per la nascita di un figlio invalido - senza che al medico possa essere imputata una responsabilità per l'invalidità insorta - viene denominata con il termine *wrongful birth* (da distinguere dalla causa denominata *wrongful conception* rispettivamente *wrongful pregnancy*, che viene da lei promossa per la nascita non voluta di un figlio sano a seguito di un intervento di sterilizzazione, rispettivamente di interruzione della gravidanza, o messo o non riuscito, cfr. Müller, *Wrongful-life-Klage – erster Entscheid eines Obergerichts*, in: *recht* 2013 p. 47 [in seguito: Müller, *erster Entscheid*]), mentre quella promossa dal figlio invalido nei confronti del medico nelle medesime circostanze viene denominata *wrongful-life* (Müller, *erster Entscheid*, ibidem; Melchert, *Ärztliche Haftung bei Fällen von Wrongful life*, in: *Jusletter*

12 gennaio 2004, n. 2). Diversamente dalle cause di responsabilità del medico per l'invalidità insorta nel bambino o di wrongful conception rispettivamente di wrongful pregnancy , per quanto riguarda la causa wrongful birth , che è di natura contrattuale, e la causa wrongful-life , che secondo la dottrina maggioritaria è invece di natura extracontrattuale (Mannesdorfer , in: AJP 2002 p. 1364 [in seguito: Mannesdorfer , AJP]; Mannesdorfer , Pränatale Schädigung, n. 932 [in seguito: Mannesdorfer , Pränatale Schädigung]; Melchert , op. cit., n. 10 e 38; Müller , Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, in: AJP 2003 p. 530 [in seguito: Müller , Haftpflicht]; Müller , erster Entscheid, p. 51), non vi è sino ad oggi alcuna giurisprudenza del Tribunale federale (Müller , erster Entscheid, p. 47).

E. 8

Nella sentenza impugnata, il Pretore ha accolto solo in parte la causa wrongful birth promossa dall'attrice. Egli, per quanto qui interessa, le ha negato il risarcimento della perdita di guadagno; ha ammesso la sua pretesa per torto morale limitatamente a fr. 30'000.-; e le ha riconosciuto la domanda di rifusione delle spese legali proprocessuali per fr. 120.-; il tutto oltre interessi. In questa sede l'attrice ribadisce il buon fondamento della richiesta di risarcimento della perdita di guadagno parziale (fr. 306'000.- per il passato e fr. 368'568'50 capitalizzati per il futuro) e chiede di ammettere integralmente la sua pretesa di risarcimento delle spese di patrocinio preprocessuale (fr. 2'152.-) nonché la sua domanda di torto morale (fr. 50'000.-). Dal canto suo, il convenuto chiede di respingere tutte le richieste della controparte, compresa la sua pretesa per torto morale e quella volta alla rifusione delle spese legali proprocessuali.

E. 8.1

Il giudice di prime cure ha respinto la domanda dell'attrice volta al risarcimento della perdita di guadagno ritenendo applicabile nella fattispecie la soluzione adottata in Germania, secondo cui una tale pretesa non poteva essere ammessa siccome non era possibile valutare in quale misura la rinuncia della madre al lavoro fosse avvenuta volontariamente (Pally , op. cit., p. 26 seg., con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza). In questa sede l'attrice ritiene di avere in realtà provato documentalmente (doc. GG-II, incarto AI nel plico doc. rich. II°) la necessità di interrompere l'attività lavorativa per accudire il figlio invalido. La censura è infondata. L'attrice non ha in effetti contestato la validità della scelta dottrinale e giurisprudenziale tedesca, ritenuta applicabile anche dalla dottrina svizzera menzionata dal giudice di prime cure. E in ogni caso i documenti da lei indicati dimostrano solo che il figlio necessitava di essere assistito diverse ore al giorno e non invece che per quel motivo essa fosse obbligata a interrompere la sua attività lavorativa: il fatto che nella lettera 30 giugno 1999 (doc. II) al suo datore di lavoro essa abbia indicato di essere "costretta a disdire il nostro rapporto di lavoro" per poter accudire al meglio il figlio non costituisce una prova sufficiente, trattandosi di una semplice dichiarazione della stessa parte; oltretutto dal certificato medico 1° aprile 1999 (doc. GG), da lei stessa prodotto, risulta che essa avrebbe potuto riprendere il suo lavoro già dopo sei settimane.

E. 8.2

Non è contestato che nell'ambito di una causa wrongful birth la madre, se sono adempiute le condizioni previste dalle legge, possa pretendere il risarcimento del torto morale subito (cfr., per tanti, Müller , erster Entscheid, p. 48).

E. 8.2.1

In questa sede il convenuto rimprovera innanzitutto al Pretore di aver ritenuto che l'attrice avesse patito delle gravi sofferenze morali (sfociate per un certo periodo in uno stato depressivo) per essersi dovuta confrontare, senza alcuna preparazione, con la nascita di un figlio affetto da grave handicap, rispettivamente uno scombussolamento dei ritmi di vita che aveva portato a una diminuzione della sua qualità di vita, quando a suo dire queste circostanze non sarebbero state allegare, ancor prima che provate. La censura, oltre che ampiamente infondata, è temeraria. Con la petizione prima (p. 6 e 12) e con la replica poi (p. 8 e 23) l'attrice aveva evidenziato che la domanda volta all'ottenimento di un'indennità era stata formulata in considerazione del torto morale legato "alle grandi sofferenze per essersi dovuta confrontare, senza alcuna preparazione, con il grave handicap di AP 2, ed al conseguente rivoluzionamento della qualità di vita", e trovava fondamento "nelle sofferenze patite a seguito della nascita del figlio invalido, segnatamente nella depressione da lei subito dopo il parto" oltre che "a seguito della violazione da parte del medico convenuto dei propri doveri contrattuali". In tali circostanze non le può essere rimproverata una carenza di allegazione delle circostanze alla base dell'indennità. Ritenuto che con la risposta (p. 19) e con la duplica (p. 18) il convenuto non aveva provveduto a contestare queste circostanze, tranne per quanto si dirà qui di seguito, l'attrice nemmeno era tenuta ad assumere eventuali prove atte a confermarle. L'unico aspetto che è stato a suo tempo contestato dal convenuto è stato l'avvenuto scombussolamento della vita familiare dell'attrice a seguito dei fatti (risposta p. 6), senonché lo stesso non può seriamente essere messo in dubbio già per considerazioni derivanti dalla comune esperienza della vita, tanto più in virtù della necessità di assistenza costante dell'attore risultante dall'incarto AI agli atti (doc. rich. II°), correttamente accertata anche nella sentenza impugnata.

E. 8.2.2

Al Pretore il convenuto rimprovera in seguito di non aver spiegato le ragioni per cui quelle circostanze avrebbero dovuto indurlo a riconoscere un'indennità per torto morale nel caso di specie, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso, quali le condizioni di vita e la posizione sociale della vittima, le circostanze nelle quali il torto era stato causato, ecc.. Il rilievo è nuovamente infondato. Pur potendosi dar atto dell'estrema stringatezza del giudizio pretorile sul tema, si osserva in effetti che il giudice di prime cure ha correttamente evidenziato gli aspetti rilevanti e le particolarità della fattispecie, in parte da lui già evocati nei suoi precedenti considerandi. In ogni caso non risulta, né del resto è stato preteso, che egli abbia trascurato delle circostanze che avrebbero eventualmente permesso di ridurre l'entità dell'indennità dovuta dal convenuto.

E. 8.2.3

In merito all'ammontare dell'indennizzo per torto morale, il convenuto ritiene eccessivo l'importo di fr. 30'000.- riconosciuto dal Pretore, mentre l'attrice lo reputa insufficiente alla luce della giurisprudenza in materia e pretende una somma di fr. 50'000.-. L'importo preteso dall'attrice può senz'altro essere ammesso. Con decisione 2 maggio 2011 (ZK Nr. 10/569, pubblicata nel sito www.justice.be) la Seconda camera civile dell'Obergericht del Canton Berna, esprimendosi in una causa wrongful birth, ha sì avuto modo di confermare, sia pure senza effettuare un esame approfondito, la somma per torto morale di fr. 30'000.- assegnata dall'autorità di prima istanza alla madre, ma quel caso (relativo a un bambino affetto da fibrosi cistica) era di gran lunga meno grave rispetto a quello che ci occupa. La decisione 7 giugno 2011 (recte : 2001), menzionata dall'attrice, con cui l'Amtsgericht

Solothurn-Lebern ha assegnato alla madre un'indennità per torto morale di fr. 50'000.- a seguito della nascita di un figlio gravemente invalido, non è di per sé stata resa nell'ambito di una causa wrongful birth (tale causa, poi appellata e in seguito decisa dal Tribunale federale, in TF 19 maggio 2003 4C.32/2003, che ha confermato il giudizio, ha in realtà per oggetto una causa di responsabilità del medico per l'invalidità causata al bambino in occasione della sua nascita). Sennonché, viste le evidenti similitudini con il caso di specie (anche in quel caso il bambino aveva in effetti sofferto di una grave affezione cerebrale con gravi disturbi motori), un'analogia con quella fattispecie appare senz'altro giustificata, tanto più che il convenuto, pur non essendo - come detto - responsabile dell'insorgenza dell'encefalopatia ipossico-ischemica, dovuta per caso fortuito, risponde comunque in equità del pregiudizio che ne è derivato (cfr. Pally, op. cit., p. 41). Si aggiunga che l'importo attribuito dal Pretore era stato determinato con riferimento alle indennità dovute in caso di morte di un figlio (Hütte/Ducksch, Die Genugtuung, p. 0/4 e I/34), mentre nel caso che ora ci occupa la sofferenza morale dell'attrice perdura da parecchi anni e perdurerà ancora fintanto che il bambino sarà in vita, per cui appare corretto riconoscere importi più elevati.

E. 8.3

In prima sede l'attrice ha pure chiesto il rimborso delle sue spese legali preprocessuali (fr. 2'152.-, doc. MM). La pretesa è stata accolta dal Pretore per fr. 120.-, proporzionalmente al buon fondamento delle pretese da lei azionate, e in questa sede l'attrice la ripropone integralmente, mentre il convenuto la ritiene infondata, in considerazione della reiezione delle sue altre pretese - ipotesi questa non verificatasi (cfr. supra consid. 8.2.3) - rispettivamente del fatto - in realtà del tutto infondato - che quella pretesa era stata indicata nei considerandi conclusionali e d'appello ma non nelle relative domande di giudizio. Come giustamente rilevato dal giudice di prime cure, le spese connesse all'intervento di un legale prima dell'apertura di un processo civile e non comprese nelle ripetibili - che sono poi quelle indispensabili causate dal processo e un'adeguata indennità per gli onorari di patrocinio (art. 150 CPC/TI) - possono costituire una posizione di danno risarcibile solo nella misura in cui sia provata la necessità dell'intervento del legale sia in relazione alla situazione personale che in relazione alla natura del patrocinio, che, a sua volta, deve essere giustificato, necessario e appropriato (DTF 117 II 101; TF

E. 12

febbraio 2003 4C.288/2002; II CCA 13 ottobre 2005 inc. n. 12.2004.163; Cocchi/Trezzini, CPC-TI, m. 1 ad art. 150), ritenuto che le stesse sono considerate appropriate e necessarie se la pretesa di cui si vuole ottenere l'esecuzione giudiziale esiste effettivamente (TF 19 maggio 2003 4C.11/2003 consid. 5.2; Cocchi/Trezzini, CPC-TI App., m. 57 ad art. 150). Ora, preso atto che la pretesa dell'attrice ha trovato accoglimento innanzi al Pretore solo in minima parte, e meglio in ragione di circa il 5%, aumentato in questa sede a circa il 9%, è senz'altro lecito sostenere che essa non poteva pretendere l'integralità delle somme esposte per le spese legali preprocessuali, che di fatto non si erano rivelate del tutto appropriate (II CCA 24 aprile 2007 inc. n. 12.2006.77). Quand'anche non si volesse poi condividere il modo di procedere adottato dal Pretore - che per altro a detta dello stesso Tribunale federale si fonda su motivazioni degne di rilievo (TF 19 maggio 2003 4C.11/2003 consid. 5.2; Cocchi/Trezzini, CPC-TI App., m. 57 ad art. 150; II CCA 24 aprile 2007 inc. n. 12.2006.77) - il quale aveva automaticamente ridotto nella medesima proporzione la pretesa per spese legali preprocessuali, va comunque rilevato che l'attrice neppure ha spiegato in

quale misura le spese fatturate nel doc. MM - che comunque concernono solo in minima parte il convenuto e perlopiù hanno per oggetto altri aspetti qui non pertinenti, quali i preventivi contatti con varie assicurazioni e la ricerca di documenti e atti - non fossero già comprese nel concetto di "ripetibili" attribuite in base alla procedura cantonale, rispettivamente e soprattutto se ed in che misura quelle non comprese nelle ripetibili potessero essere superiori all'importo a lei attribuito di fr. 120.-, ora aumentati a fr. 200.- in considerazione del nuovo grado di soccombenza delle parti. 9. Nella sentenza qui impugnata, il Pretore ha infine respinto la causa wrongful-life promossa dall'attore. Pur avendo ammesso la ricevibilità della sua azione, gli ha negato la legittimazione attiva a far valere le pretese volte all'ottenimento dell'indennità per torto morale e del risarcimento dei maggiori costi di cura e di assistenza, quest'ultima per altro da respingere già per una serie di carenze da un punto di vista allegatorio e probatorio. In questa sede l'attore ribadisce il buon fondamento delle sue pretese volte al risarcimento dei maggiori costi di cura e di assistenza (fr. 1'250'000.- capitalizzati per il passato e una rendita di fr. 100'000.- per il futuro) e all'ottenimento di un'indennità per torto morale (di fr. 120'000.-). 9.1 Con le sue osservazioni il convenuto rimprovera innanzitutto al Pretore di aver ammesso la ricevibilità dell'azione dell'attore, nonostante solo la madre avesse tempestivamente acconsentito all'inoltro della causa, mentre che il padre A_____ aveva dato il suo consenso solo dopo la fase dello scambio degli allegati preliminari. A torto. Di per sé egli ha ragione a rilevare che la procura sottoscritta unicamente della madre (doc. 4) non era sufficiente per avviare un processo a nome del figlio, la dottrina avendo escluso che in un caso del genere la presunzione secondo cui ciascun genitore agisca con il consenso dell'altro di cui all'art. 304 cpv. 2 CC trovi applicazione (Schwenzer, Basler Kommentar, n. 11 ad art. 304 CC). Egli ha pure ragione laddove rileva che, nonostante le sue rimostranze negli allegati preliminari, il padre aveva dato il suo consenso all'inoltro della causa solo dopo che quella fase processuale era da tempo terminata, con una procura (doc. PP) allegata a un non meglio precisato scritto 26 novembre 2004, mai notificato alla controparte (apparentemente non agli atti). Sennonché, il momento determinante per esaminare l'esistenza di un presupposto processuale, qual è la capacità processuale di una parte (art. 97 cpv. 1 n. 4 CPC/TI), è quello dell'emanazione del relativo giudizio (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8^a ed., § 35 n. 85), di modo che al momento dell'emanazione della sentenza qui impugnata il problema era ormai stato risolto. Si aggiunga, per completezza, che in un caso del genere un eventuale giudizio di irricevibilità dell'azione, senza che all'attore fosse in precedenza stato assegnato un ulteriore breve termine per eventualmente sanare il difetto (art. 99 cpv. 3 CPC/TI), sarebbe senz'altro stato sanzionabile, in quanto costitutivo di un formalismo eccessivo. 9.2 Il convenuto ribadisce in questa sede che le pretese dell'attore dovevano essere respinte già per il fatto che erano prescritte, questione questa sulla quale il Pretore non si è pronunciato. 9.2.1 Già si è detto (cfr. supra consid. 7) che in base alla dottrina maggioritaria la causa wrongful-life non è di natura contrattuale, ma di carattere extracontrattuale, di modo che la sua prescrizione è disciplinata dall'art. 60 CO. In base al cpv. 1 di questa norma, per quanto qui interessa, l'azione di risarcimento o di riparazione si prescrive in un anno decorribile dal giorno in cui il danneggiato conobbe il danno e la persona responsabile, mentre secondo il cpv. 2 di quella disposizione, se però la detta azione deriva da un atto punibile, a riguardo del quale la legislazione penale stabilisca una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. 9.2.2 In una causa wrongful-life, nella quale il figlio invalido rimprovera in sostanza al medico di averlo fatto nascere, è escluso che possa entrare in considerazione una responsabilità penale di

quest'ultimo e con ciò il prolungamento del termine di prescrizione previsto dall'art. 60 cpv. 2 CO. L'invalidità del bambino nato con l'handicap non è in effetti stata causata - con un comportamento attivo o per omissione - dal medico, visto e considerato che si tratta di una malattia genetica insorta al momento del concepimento (non curabile). 9.2.3 Resta pertanto da esaminare se la causa sia stata promossa entro un anno da che l'attore ha conosciuto il danno e la persona responsabile (art. 60 cpv. 1 CO), in altre parole se nella presente fattispecie egli sia venuto a conoscenza di queste circostanze prima del 9 gennaio 2003, ossia un anno prima dell'inoltro della petizione, primo atto interruttivo della prescrizione agli atti. 9.2.3.1 Il termine di prescrizione comincia a decorrere da quando il creditore conosce l'esistenza, la natura e gli elementi del danno, in modo da poter fondare e motivare un'azione giudiziaria (DTF 126 III 163 consid. 3c, 112 II 118 consid. 4, 108 Ib 99 consid. 1c). Poiché la conoscenza del danno include pure la cognizione della sua estensione, il danneggiato deve essere in grado di valutare almeno a grandi linee il danno complessivo, e il processo che lo provoca deve essere concluso. Finché l'evento dannoso è in atto non può sussistere la conoscenza dell'intero danno e il termine di prescrizione non comincia a decorrere (DTF 126 III 163, 111 II 436, 109 II 418 consid. 3; Brehm, Berner Kommentar, 3^a ed., n. 27 segg. ad art.60 CO). Secondo il principio dell'unità del danno, questo non dev'essere considerato come la somma di pregiudizi distinti, ma va valutato nel suo insieme. Ne risulta che il termine di prescrizione non corre in caso di evoluzione della situazione, prima che l'ultimo elemento del danno sia intervenuto (DTF 92 II 1 consid. 3; Brehm, op. cit., n. 29 segg. ad art. 60 CO). In presenza di una situazione in evoluzione, il punto di questione è quello di sapere se la stessa si è a un certo momento stabilizzata, oppure sia stata prevedibile con un sufficiente grado di sicurezza (DTF 112 II 123, 108 Ib 100; II CCA 11 settembre 2006 inc. n. 12.2005.173, 29 agosto 2008 inc. n. 12.2006.214, 25 settembre 2008 inc. n. 12.2007.170, 17 febbraio 2011 inc. n. 12.2010.11). 9.2.3.2 Ora, che il convenuto, e non altri, potesse essere responsabile per non aver permesso all'attrice, a seguito dalla mancata informazione, di interrompere la gravidanza, era chiaro già al momento della nascita dell'attore e comunque, al più tardi, allorché il suo patrocinatore è stato incaricato di tutelare i suoi interessi, il 15 marzo 2002 (cfr. doc. 4), ciò che per altro lo aveva indotto a rivolgersi al convenuto il 28 marzo 2002 (doc. 5). Quanto alla conoscenza del danno, la stessa è a sua volta intervenuta ben prima del 9 gennaio 2003: già a pochi mesi dalla nascita dell'attore era in effetti chiaro che la sua situazione valetudinaria era sostanzialmente stazionaria e semmai sarebbe stata destinata al peggioramento (cfr. la richiesta di prestazioni AI del 19 gennaio 1999 nel plico doc. rich. II°, il rapporto dell'Inselspital di _____ del 26 gennaio 1999 [doc. I], il rapporto medico della Clinica _____ del 28 gennaio 1999 nel plico doc. rich. II°, il rapporto medico dell'Ospedale _____ del 20 luglio 1999 nel plico doc. rich. II°, rapporto del dr. med. _____ dell'8 settembre 1999 nel plico doc. rich. II°, il rapporto d'accertamento AI del 4 luglio 2000 nel plico doc. rich. II°, la decisione AI del 15 settembre 2000 che riconosce un contributo per le spese di cure a domicilio per l'assistenza intensa nel plico doc. rich. II°, la richiesta di assegni per grandi invalidi del 7 febbraio 2001 nel plico doc. rich. II°, rapporto d'accertamento AI del 9 marzo 2001 nel plico doc. rich. II°, la decisione AI del 21 marzo 2001 che riconosce un sussidio per assistenza a domicilio nel plico doc. rich. II°, il rapporto medico dell'Ospedale _____ del 17 settembre 2001 nel plico doc. rich. II°, la decisione AI del 26 settembre 2001 che riconosce alcuni provvedimenti sanitari nel plico doc. rich. II°), per cui già allora sarebbe stato possibile quantificare, almeno a grandi linee, il pregiudizio economico da lui patito (del resto nessuna

delle pretese fatte valere con la petizione e, poi confermate con la replica, si fondava su nuove circostanze di fatto intervenute dopo il 9 gennaio 2003); oltretutto, il patrocinatore dell'attore risulta aver interpellato l'assicuratore RC del convenuto _____ per un possibile componimento bonale della vertenza già a far tempo dal 28 novembre 2002 (cfr. pure le ulteriori lettere inviate all'assicuratore o da quest'ultimo ricevute il 3, 9, 12 e 16 dicembre 2002, indicate nel doc. MM; cfr. pure replica p. 6 seg. e conclusioni p. 6), dimostrando con ciò di essere in grado già a quel momento di poter far valere delle pretese nei suoi confronti. Si aggiunga, per completezza, che per quantificare in modo definitivo le sue pretese, l'attore, con le conclusioni prima (p. 37 seg.) e in questa sede poi (p. 21 seg. e 26), si è in ogni caso fondato su una decisione resa dall'AI il 26 febbraio / 3 marzo 2003 rispettivamente il 18 maggio 2004 (entrambe nel plico doc. rich. II°), analoga a quella già emanata il 15 settembre 2000, per cui, anche per questo motivo, si può senz'altro ritenere che egli sarebbe stato in grado di quantificare, almeno approssimativamente, la sua pretesa ben prima del 9 gennaio 2003. Le pretese sono pertanto prescritte. 9.3 Ma, a prescindere da quanto precede, la petizione dell'attore avrebbe in ogni caso dovuto essere respinta anche per le considerazioni esposte qui di seguito. 9.3.1 Come rilevato dal Pretore e contrariamente a quanto preteso dall'attore, la pretesa volta al risarcimento dei maggiori costi di cura e di assistenza non può essere azionata dall'attore nell'ambito di una causa wrongful-life : in tal senso si sono espressi, all'estero, quasi tutti i Paesi europei (cfr. Koch , Personenschäden in Europa – Aktuelle Trends, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2007, Tagungsbeiträge, p. 311) - oltre al legislatore francese (cfr. art. 1 cpv. 1 della legge n. 2002-203 del 4 marzo 2002, cosiddetta “Loi Kouchner”, citata da Müller , Haftpflicht, p. 526 e 529 n. 69 e 70), la giurisprudenza tedesca (BGH 18 gennaio 1983, in: BGHZ 86, 240, citata da Müller , Haftpflicht, p. 529 n. 72), austriaca (OGH 10B91/99k 25 maggio 1999 pubblicata nel sito www.ris.bka.gv.at , citato nella decisione 2 maggio 2011 ZK Nr. 10/569 della Seconda camera civile dell'Obergericht del Canton Berna), inglese (McKay v. Essex AHA, [1982] QB 1166, 1192, citata da Rüetschi , “Wrongful life” - die französische Sichtweise, in: FamPra.ch 2/2001 p. 269 e 273), polacca (cfr. Koch , op. cit., ibidem) e portoghese (cfr. Koch , op. cit., ibidem), non così invece quella ungherese e olandese (cfr. Koch , op. cit., ibidem) - e gli Stati Uniti d'America (cfr. il riassunto della relativa giurisprudenza citato da Rüetschi , op. cit., p. 269); in Svizzera, già detto dell'assenza di giurisprudenza del Tribunale federale sul tema (le sentenze TF 9 luglio 2010 4A_48/2010 e DTF 132 III 359 indicate dall'attore hanno in realtà per oggetto la responsabilità del medico per l'invalidità insorta nel bambino rispettivamente per un intervento di sterilizzazione non riuscito con conseguente nascita di un figlio sano), si osserva che la giurisprudenza cantonale (nella decisione 2 maggio 2011 ZK Nr. 10/569 la Seconda camera civile dell'Obergericht del Canton Berna esclude qualsiasi pretesa del figlio) e la maggioranza della dottrina (così Müller , Haftpflicht, p. 524; Pally , op. cit., p. 25) sono a loro volta di questo medesimo avviso (Kuhn , Aktuelle Probleme der Ärzthaftpflicht, in: SJZ 1993 p. 287 seg.; Chappuis , L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français, in: HAVE 2006 p. 381 e n. 22; Mainardi-Speziali , Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik, p. 146; Melchert , op. cit., n. 5 e 36 segg.; Torrione , Le préjudice d'être né, in: HAVE 2006 p. 388 segg. e 398; Werro , Commentaire Romand, n. 29 seg. ad art. 41 CO; contra : Mannesdorfer , Pränatale Schädigung, n. 942 seg. e n. 46; Mannesdorfer , AJP p. 1364 segg.; Mannesdorfer , Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, in: ZBJV 2001 p.

621 [in seguito: Mannesdorfer , Haftung]; Schwenger , Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, 3^a ed., n. 14.04; Müller , Haftpflicht, p. 537 seg.; Roberto , Schweizerisches Haftpflichtrecht, n. 112 e 773; Pally , op. cit., p. 25 segg.: questi ultimi quattro autori, pur ritenendo discutibile una tale soluzione in base all'attuale diritto della responsabilità civile, la ritengono comunque giustificata sulla base di considerazioni di natura di politica giudiziaria e di equità). E in ogni caso, in questa sede, nonostante il Pretore abbia ritenuto che la pretesa doveva essere respinta anche in considerazione di presunte carenze nell'onere di allegazione (a suo giudizio, in petizione, a p. 11, l'attore si era limitato a indicare una semplice stima dell'asserito maggior esborso non coperto dalla cassa malati e dall'AI [per spese mediche, paramediche e ospedaliere, apparecchi di supporto, ecc.], invece di specificare concretamente il danno, le sue componenti, i parametri e le circostanze che potevano essere di ausilio per calcolare il suo pregiudizio, poi considerati per la prima volta, e con ciò irrivalentemente (art. 78 CPC/TI), con le conclusioni, ove al contrario era stata proposta una nuova modalità di calcolo per i maggiori costi per cure di assistenza e di sorveglianza), l'attore non ha spiegato, in violazione dell'obbligo di motivazione (art. 311 cpv. 1 CPC), per quali ragioni l'onere di allegazione sarebbe invece stato da lui validamente ossequiato negli allegati preliminari, così che in definitiva su questo punto l'appello è finanche irricevibile. In tali circostanze non occorre esaminare se - come pure ritenuto dal Pretore - il riferimento ai dati contenuti nell'incarto AI (plico doc. rich. II°) fosse insufficiente per ritenere dimostrati i maggiori costi dovuti all'handicap.

9.3.2 Quanto alla pretesa volta all'ottenimento di un'indennità per torto morale, la stessa, anche qui come rilevato dal Pretore e contrariamente a quanto preteso dall'attore, non può trovare accoglimento già per il fatto che nell'ambito di una causa wrongful-life al figlio nato invalido non può essere riconosciuta la relativa legittimazione attiva, e ciò per le considerazioni giuridiche già esposte nel considerando precedente. In tal senso si è del resto espressa anche la giurisprudenza cantonale più recente (decisione 2 maggio 2011 ZK Nr. 10/569 della Seconda camera civile dell'Obergericht del Canton Berna, approvata da Fullin/Zehntner , Die Haftung für ungewolltes Leben unter Berücksichtigung neuer Urteile, in: HAVE 2013 p. 106; contra : Müller , erster Entscheid, p. 47), tanto più che è senz'altro a ragione che il Pretore ha evidenziato che le condizioni per riconoscere un'indennità per torto morale a favore del figlio erano ancora più restrittive rispetto a quelle per ammettere le sue pretese di risarcimento dei danni (cfr. Mannesdorfer , Haftung, p. 622 e Mannesdorfer , AJP ibidem, secondo cui una tale indennità potrebbe essere riconosciuta solo con riserbo).

10. Visto quanto precede, l'appello principale dev'essere parzialmente accolto nella misura in cui è stato promosso dall'attrice, con un aumento dell'indennità per torto morale e del risarcimento delle spese legali preprocessuali a suo favore, mentre dev'essere respinto nella misura in cui è stato promosso dall'attore e lo stesso vale per l'appello incidentale. Gli oneri processuali e le ripetibili della procedura di secondo grado, calcolati sulla base di un valore litigioso ampiamente superiore a fr. 30'000.- (appello principale dell'attrice di fr. 696'600.50, appello principale dell'attore di fr. 1'370'000.- [con un'ulteriore rendita di fr. 100'000.- annui], appello incidentale di fr. 30'120.-), seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 106 CPC), ritenuto che gli attori, essendo stati posti al beneficio del gratuito patrocinio nella procedura d'appello (cfr. decisione 21 marzo 2012 di questa Camera), sono dispensati dal pagamento degli oneri processuali (art. 118 cpv. 1 lett. b CPC), non però delle ripetibili (art. 118 cpv. 3 CPC). Per la procedura d'appello adesivo, si è pure tenuto conto del fatto che l'attore, pur interpellato e intervenuto, non era in realtà parte in causa, dato che le pretese allora litigiose erano quelle dell'attrice. Per i quali motivi, richiamati gli art. 106

CPC e la LTG decide: I. L'appello 12 ottobre 2011 è respinto in quanto ricevibile nella misura in cui è stato promosso da AP 2 ed è parzialmente accolto nella misura in cui è stato promosso da AP 1. Di conseguenza la sentenza 8 settembre 2011 della Pretura della giurisdizione di Mendrisio nord, invariati gli altri dispositivi, è così riformata: 1. La petizione di AP 1 è parzialmente accolta. Il dr. med. AO 1 è condannato a versare all'attrice fr. 50'200.- oltre interessi al 5% dal 9 gennaio 2004. 2. La tassa di giustizia di fr. 3'500.- e le spese di fr. 11'250.-, sono poste a carico dell'attrice (e per essa, al beneficio dell'assistenza giudiziaria, a carico dello Stato) in misura del 90% e a carico del convenuto in misura del 10%. L'attrice rifonderà al convenuto fr. 10'665.- a titolo di parziali ripetibili. II. Gli oneri processuali della procedura d'appello di complessivi fr. fr. 20'000.- sono a carico per il 32% dell'appellante AP 1, per il 66% dell'appellante AP 2 (e per loro, al beneficio del gratuito patrocinio, a carico dello Stato) e per il 2% dell'appellato. A quest'ultimo, a titolo di ripetibili, l'appellante AP 1 rifonderà fr. 9'000.- e, l'appellante AP 2 rifonderà fr. 20'000.-. III. L'appello incidentale 28 giugno 2012 del dr. med. AO 1 è respinto. IV. Gli oneri processuali della procedura d'appello incidentale di complessivi fr. 2'000.- sono a carico dell'appellante incidentale, tenuto inoltre a rifondere alla parte appellata incidentale AP 1 fr. 2'500.- per ripetibili. V. Notificazione: - -, Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio nord Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente Il vicecancelliere Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario con un valore litigioso superiore a fr. 30'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.