

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE TERZA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. TRAVAGLINO Giacomo – Presidente –
Dott. SCARANO Luigi A. – Consigliere –
Dott. PORRECA Paolo – rel. Consigliere –
Dott. MOSCARINI Anna – Consigliere –
Dott. GORGONI Marilena – Consigliere –
ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

(omissis)

Fatto
FATTO E DIRITTO

Rilevato che:

D.S. e Z.G. convenivano in giudizio S.P. e B.S., in uno all'AUSL n. (OMISSIS) di Pistoia, esponendo che:
– si erano rivolti al primo dei due medici citati, ginecologo, per accertarsi che la signora non fosse portatrice sana di talassemia;
– infatti, essendo tale il marito, qualora fosse risultato lo stesso “status” fisico anche nel coniuge si sarebbe avuta la probabilità del 25% di concepire un figlio malato di talassemia “maior”, altamente invalidante;
– il ginecologo aveva prescritto esami ematici e li aveva indirizzati da una specialista ematologa, la Dottoressa B.;
– per errore diagnostico, i valori riscontrati erano attribuiti a carenza di ferro, con esclusione della talassemia;
– erano nate due gemelle, L. e D., che avevano contratto la talassemia “maior”, e si era così scoperto che la deducente madre ne era portatrice sana;
– spettavano quindi i conseguenti danni anche non patrimoniali;
il Tribunale, accertata la colpa medica prevalente della dottoressa B., aveva tuttavia rigettato la domanda per mancanza di prova della volontà di abortire della signora Z., e, al contempo, mancanza di allegazione specifica, e correlativa prova, dei danni lamentati;
la Corte di appello riformava la decisione di prime cure osservando che:
– dagli esami ematici la B. avrebbe dovuto evincere un sospetto di talassemia, mentre non aveva fatto ripetere le verifiche e non aveva neppure segnalato alcunchè al ginecologo, nonostante la richiesta specifica della paziente e la conoscenza del suo stato di gravidanza;
– lo S. aveva mancato di esaminare autonomamente i valori anche alti segnalati dagli esami, non aveva richiesto chiarimenti all'ematologa, pur avendo notizia dell'affezione di D., di una riferita carenza di ferro della Z., e non aveva domandato notizie su affezioni rilevanti del ramo collaterale, poi infatti risultate con riguardo alla sorella e ai relativi figli dell'attrice;
– nei rapporti interni, tenuto conto delle diverse discipline specialistiche, doveva ripartirsi la quota di corresponsabilità nella misura del 70% in capo a B. e nel 30% residuo a carico di S.;
– sussisteva, d'altra parte, un concorso di colpa dei genitori istanti, nella misura del 20%, poichè: erano a conoscenza della natura genetica della malattia, di cui D. era consapevole portatore sano, proprio perciò risolvendosi a fare accertamenti; erano a conoscenza della patologia ematica definita

microcitemia propria dei nipoti, figli della sorella della Z., ma non ne avevano parlato con i medici in sede di anamnesi;

– ciò posto, gli attori avevano dapprima, in citazione, solo prospettato la lesione derivante dall'essere stata preclusa "la possibilità di far ricorso alla interruzione della gravidanza", più nettamente rimarcata, in termini di "impedimento di ricorrere" alla stessa, nella memoria di precisazione assertiva depositata in Tribunale; poi, tardivamente, solo nella seconda memoria istruttoria, gli stessi avevano allegato la circostanza per cui ad amici e parenti, ma non ai medici, era stata manifestata la volontà di abortire; tenuto conto di questa condotta processuale complessiva, l'istruttoria non aveva confermato la volontà in questione, attesa l'inattendibilità dei due testimoni addotti a supporto, di cui la prima aveva riferito che la Z. si era recata dalla dottoressa B. senza essere ancora a conoscenza dello stato di gravidanza, mentre gli istanti avevano affermato il contrario, e la seconda aveva affermato "sua sponte" di aver saputo della volontà di abortire anche prima della gravidanza, laddove, inoltre, tale esternazione sarebbe stata più ragionevolmente comprensibile se Z. avesse saputo di essere portatrice sana, cosa che, con riguardo a quel tempo, aveva sempre negato; infine, nulla poteva indicare l'amniocentesi fatta per ricercare possibili sindromi di down, posto che si trattava di patologie incurabili, a differenza della talassemia "maior", suscettibile di cura con trapianto midollare compatibile, come fortunatamente avvenuto, in seguito, con esito positivo, per le figlie degli attori;

– in questo quadro di risultanze, non vi era spazio per risarcire il danno alla salute delle figlie, poi guarite, e anche il pregiudizio da sconvolgimento esistenziale, che era derivato dal concepimento e non dall'errore diagnostico;

– stessa conclusione doveva trarsi per il danno patrimoniale, in particolare da spese mediche;

– il danno biologico proprio dei genitori e delle figlie, inoltre, era stato comunque escluso da un'ordinanza istruttoria, poggiata sulle stesse ragioni per le figlie e sul rilievo per cui gli attori avevano essi stessi escluso di aver subito quel tipo di pregiudizio: si trattava di provvedimento che, contenendo un accertamento di merito, aveva valore di sentenza, ed era passato in giudicato per mancata impugnazione;

– restava diversamente da risarcire, equitativamente, invece, la risultata lesione, a titolo contrattuale per la madre e aquiliano per il padre, del diritto all'autodeterminazione, che aveva inciso sulla consapevolezza e sulla libertà di scelta dei deducenti genitori;

– infine, le domande di manleva assicurativa svolte dovevano essere respinte poichè le polizze coprivano le lesioni fisiche ma non quella, appena menzionata, unica risarcibile;

avverso questa decisione hanno proposto ricorso per cassazione D.S. e Z.G., in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sulle figlie minori D.L. e D., contenente cinque motivi;

ha proposto successivo ricorso S.P., articolato in due motivi;

hanno resistito con controricorso S.P., che ha introdotto, altresì, distinto ricorso incidentale recante due motivi, B.S., anch'essa ricorrente incidentale per un motivo, e Allianz s.p.a., chiamata in garanzia da S.;

hanno depositato memorie, B., S. e Allianz; il Pubblico Ministero ha formulato conclusioni scritte.

Rilevato che:

con il primo motivo del ricorso principale di D.S. e Z.G., si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c., artt. 40 e 41, c.p., in uno alla carenza di motivazione, poichè la Corte di appello avrebbe errato nell'affermare il concorso di colpa dei deducenti genitori, posto che l'anamnesi rientra nei doveri del medico, senza che risultasse spiegato come la mancata integrazione spontanea di quella potesse avere nesso eziologico con i pregiudizi subiti;

con il secondo motivo di tale ricorso si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697, c.c., artt. 115,116 c.p.c., art. 183 c.p.c., comma 6, in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, poichè la Corte di appello avrebbe mancato di considerare che:

a) sin dalla citazione era stata allegato di aver subito la preclusione della possibilità di valutare l'interruzione della gravidanza, ribadita con maggiore nettezza nella memoria ex art. 183 c.p.c., comma 1;

b) gli attori deducenti, in citazione, non avevano affermato di essersi recati dall'ematologa facendo presente lo stato di gravidanza, bensì di averla contattata su indicazione del dottor S., aver ricevuto dalla stessa prescrizioni telefoniche e, dopo aver saputo della gravidanza, essersi andati, personalmente, nell'immediatezza della notizia, dalla B.;

c) la seconda testimone, poi, non aveva fatto un riferimento non richiesto al periodo pregresso rispetto alla gravidanza (parlando delle manifestazioni di volontà della Z.), come mal percepito dal Collegio di merito, bensì aveva risposto relazionandosi all'ampio arco temporale del capitolo di prova (che riportava la dicitura "a più riprese");

d) i deducenti si erano recati dai due medici e, del resto, avevano fatto l'amniocentesi, sia pure alla ricerca di altre patologie, proprio per vagliare l'interruzione di gravidanza, con una condotta inequivoca cui come tale, oggettivamente, non poteva attribuirsi un differente significato;

con il terzo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2,3,29,30,32 Cost., art. 2059 c.c., art. 115 c.p.c., in uno alla carenza di motivazione, poichè la Corte di appello avrebbe errato escludendo il risarcimento del danno da nascita disagiata in capo alle due figlie, inteso non propriamente come correlato alla lesione del diritto a non nascere o alla malformazione in sè, bensì come stato funzionale d'infermità, nella sua dimensione relazionale, avendo avuto una vita peggiore perchè i genitori non erano stati resi pronti a far fronte alle esigenze imposte dalla patologia non diagnosticata preventivamente, secondo quanto univocamente evincibile applicando correttamente il regime delle presunzioni ai fatti accertati;

con il quarto motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2,29,30,31,32 Cost., art. 2059 c.c., perchè la Corte di appello avrebbe errato mancando di riconoscere ai genitori il pregiudizio per la sofferenza data dalla scoperta della malattia e per l'assenza di preparazione all'alterazione della vita quotidiana seguita all'errore diagnostico: in citazione e in specie nel quinto motivo di appello era stato allegato questo pregiudizio obliterato dal Collegio di merito, così com'era stata ingiustamente esclusa l'ammissione della consulenza medica sui deducenti al fine di accertare il relativo e allegato danno biologico, correlato al logoramento subito dal deducente padre e agli interventi di inseminazione, nella prospettiva del trapianto midollare, per la deducente madre, laddove, di conseguenza, parimenti illegittima era stata l'esclusione del relativo danno patrimoniale da spese mediche e riduzione dei guadagni lavorativi;

con il quinto motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 279,177,178 c.p.c., poichè la Corte di appello avrebbe errato attribuendo valore di sentenza all'ordinanza istruttoria escludente il danno biologico, che invece non conteneva alcuna pronuncia sul merito tale da poter evincersene natura di sentenza;

Con il primo motivo del ricorso successivo di S.P. si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso poichè la Corte di appello avrebbe mancato di scrutinare l'art. 37 del contratto assicurativo, che garantiva il fatto accidentale connesso all'attività diagnostica e terapeutica della professione, senza limitazioni quali quelle statuite nella sentenza gravata;

con il secondo motivo di tale ricorso si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, poichè la Corte di appello avrebbe escluso dal perimetro assicurato le lesioni all'autodeterminazione senza effettiva motivazione in ordine alla descritta lettura riduttiva del contratto evocato;

con il primo motivo di ricorso incidentale S.P. prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, poichè la Corte di appello avrebbe aprioristicamente ovvero contraddittoriamente imputato al deducente una corresponsabilità a fronte di uno scrutinio

specialistico ematologico e valori alti ma nel perimetro ritenuto accettabile, il tutto statuendo a suo carico, senza effettiva motivazione, una significativa quota nei rapporti interni tra coobbligati; con il secondo motivo di tale ricorso si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218,1223,2043,2056 c.c., L. n. 164 del 1978, artt. 4, 5, 6 e in subordine dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, poichè la Corte di appello avrebbe errato affermando il diritto risarcitorio del padre quando la scelta abortiva era propria solo della donna, e comunque, contraddittoriamente, ricostruendo una volontà della madre di generare e allo stesso tempo affermando la lesione della libertà di scelta; con l'unico motivo di ricorso incidentale la dottoressa B. prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218,1223,1226,2043,2056 c.c., poichè la Corte di appello avrebbe errato mancando di considerare che la lesione della libertà di scelta avrebbe potuto rilevare non in sè, ma quale antecedente causale di un concreto pregiudizio conseguente, nel caso non configurabile posta la ricostruita volontà di procreare e la guarigione delle figlie, fermo restando che in alcun caso avrebbe potuto essere titolare del diritto il padre, spettando la scelta abortiva solo alla madre;

Rilevato che:

preliminarmente nel controricorso riferito al ricorso incidentale di S.P. (alle pagg. 3 e 4), D.S. e Z.G. hanno eccepito l'inammissibilità del menzionato gravame per "estinzione", i.e. consumazione del diritto d'impugnazione esercitato con il ricorso principale;

l'eccezione risulta fondata alla luce della giurisprudenza di questa Corte;

è stato ribadito anche di recente (Cass., Sez. U., 09/03/2020, n. 6691) il principio secondo cui il ricorso per cassazione deve essere proposto, a pena d'inammissibilità, con unico atto avente i requisiti di forma e contenuto indicati dalla normativa di rito, sicchè è inammissibile un nuovo atto (nella specie si trattava della costituzione di un ulteriore difensore) con articolazione di altri motivi di censura rispetto a quelli in origine dedotti, essendo invece possibile, nell'osservanza del principio di consumazione dell'impugnazione e dei relativi termini, la proposizione di un nuovo gravame in sostituzione del primo che non sia stato ancora dichiarato inammissibile;

in altri termini, la parte rimasta in tutto o in parte soccombente, esercitando il potere di impugnazione, consuma la facoltà di critica e di contestazione della decisione che la pregiudica, per cui non può proporre in prosieguo altri motivi o ripetere, specificare o precisare quelli già dedotti, non vigendo nel rito civile l'istituto dei motivi aggiunti (Cass., Sez. U., n. 6691 del 2020, cit., p. 2);

in questa cornice si colloca l'ulteriore precisazione a mente della quale non è possibile introdurre nuovi e diversi motivi di censura neppure mediante un successivo ricorso incidentale, che, se proposto, va dichiarato inammissibile, pur restando esaminabile come controricorso nei limiti in cui sia rivolto a contrastare l'impugnazione avversaria (Cass., Sez. U., 22/02/2012, n. 2568, Cass., 16/05/2016, n. 9993);

potrebbe ipotizzarsi, astrattamente, un riesame del suddetto orientamento sulla base del principio dell'interesse all'impugnazione, posto tutte le volte che il ricorrente principale metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza alla quale l'impugnante incidentale aveva prestato ("parte qua") acquiescenza, sorge uno specifico interesse al gravame incidentale stesso, proprio perciò da questa Corte ammesso anche ai sensi dell'art. 334 c.p.c. (cfr., ad esempio, specie in tema di obbligazioni solidali, Cass., 16/11/2015, n. 23396, Cass., 25/01/2018, n. 1879, Cass., 12/03/2018, n. 5876, Cass., 15/06/2018, n. 15770, che hanno ripreso e confermato l'orientamento riferibile a Cass., 27/11/2007, n. 24627);

del resto, una diversa e più restrittiva interpretazione indurrebbe ciascuna parte a cautelarsi proponendo un'autonoma impugnazione tempestiva sulla statuizione implicata e rispetto alla quale è rimasta soccombente, con inevitabile proliferazione dei processi d'impugnazione (cfr., Cass., 12/07/2018, n. 18415, Cass., 30/05/2018, n. 13651);

e così, nell'ipotesi, l'interesse di S. a dedurre, nei tempi assegnati per l'impugnativa incidentale, ragioni volte ad escludere o ridurre la propria area di responsabilità, è insorto, evidentemente, dal contenuto del ricorso dei coniugi D. e Z., mirato ad ampliare il perimetro della risarcibilità; ciò nondimeno:

– il ricorso principale di S. è stato notificato il giorno successivo alla ricezione della notifica di quello dei menzionati coniugi, sicchè egli avrebbe potuto valutare la proposizione di tutti i propri motivi in unico gravame;

– i motivi contenuti nell'impugnativa principale avrebbero dovuto dichiararsi comunque infondati; e infatti, quanto al primo, la motivazione del giudice di merito all'evidenza sussiste e non contiene alcuna irresolubile contraddittorietà, avendo sottolineato che, a fonte della specifica richiesta di accertamenti da parte della paziente, e visti i valori ematici non solo alti ma anche ambigui e contraddittori rispetto all'ipotizzata carenza di ferro (pagg. 16, terzultimo e penultimo capoverso, e 17, primo capoverso sub B, della sentenza gravata), avrebbe potuto e dovuto almeno sollecitare chiarimenti ovvero estendere l'anamnesi che avrebbe potuto far emergere i dubbi derivanti dalla microcitemia del ramo collaterale, dal che l'imprudenza e imperizia, laddove la ripartizione delle quote interne di corresponsabilità è stata ancorata, affatto immotivatamente, al differente settore specialistico dei due medici coinvolti;

quanto al secondo motivo in questione, la statuizione della Corte territoriale risulta corretta, come tornerà a dirsi scrutinando il motivo di ricorso incidentale proposto da B., posto che, una volta affermata la lesione del diritto all'autodeterminazione in ragione dell'errore diagnostico, la stessa dev'essere ritenuta sussistente anche in capo al padre che, seppure non è il titolare della scelta abortiva, risulti aver concorso, secondo una regolarità causale presumibile salve opposte quanto specifiche circostanze, alla valutazione finale del coniuge;

al contempo, escludere la prova della volontà abortiva, non implica, logicamente, che non vi sia stata la lesione della consapevolezza nella scelta, con quanto ad essa accede, profilo, questo, su cui si tornerà;

esaminando, dunque, il ricorso principale dei coniugi D. e Z., si osserva ciò che segue;

il primo motivo è fondato per quanto di ragione;

la Corte territoriale ha erroneamente sussunto i fatti accertati nella disciplina del concorso colposo del creditore;

il paziente, infatti, eccetto omissioni a fronte di specifiche richieste del medico in sede di anamnesi, non può ritenersi avere responsabilità per le carenze di quella, non rientrando tra i propri obblighi nè avere specifiche cognizioni di scienza medica (e così, nel caso, riguardo alla microcitemia), nè sopperire ad accertate mancanze investigative del professionista, tanto più quando allo stesso ci si rivolga proprio per la specifica ragione in parola, ossia per accertarsi di non incorrere nella trasmissione, da portatore sano, della patologia altamente invalidante venuta all'attenzione (il Pubblico Ministero cita Cass., 12/09/2013, n. 20904, sia pure con riferimento all'esclusione della limitazione di responsabilità ex art. 2236 c.c.);

il secondo motivo è inammissibile;

è stato ripetutamente ribadito (Cass., 26/08/2020, n. 17821, Cass., 07/11/2019, n. 28619, Cass., 10/09/2019, n. 22525) che, in tema di valutazione delle prove, il principio del libero convincimento, posto a fondamento degli invocati artt. 115 e 116 c.p.c., opera sul piano dell'apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità, sicchè, in questa chiave, la denuncia della violazione delle predette regole da parte del giudice del merito non configura un vizio di violazione o falsa applicazione di norme processuali, bensì un errore di fatto, che dev'essere censurato attraverso il corretto paradigma normativo del difetto di motivazione, e dunque nei limiti consentiti dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, "ratione temporis" applicabile (Cass., 12/10/2017, n. 23940), fermo il limite dell'art. 348 ter c.p.c., comma 5;

in questa cornice, la violazione dell'art. 116, c.p.c., è idonea per altro verso a integrare il vizio di cui all'art. 360 c.p.c., n. 4, solo quando il giudice di merito disattenda il sopra ricordato principio in assenza di una deroga normativamente prevista, ovvero, all'opposto, valuti secondo prudente apprezzamento una prova o risultanza probatoria soggetta a un diverso regime; mentre la violazione dell'art. 115 c.p.c., può essere dedotta come analogo vizio solo denunciando che il giudice ha dichiarato espressamente di non dover osservare la regola contenuta nella norma, ovvero ha giudicato sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli, e non anche che il medesimo, nel valutare le prove proposte dalle parti, ha finito per attribuire maggior forza di convincimento ad alcune o ad alcuni profili delle stesse, piuttosto che ad altri (Cass., 10/06/2016, n. 11892, Cass., Sez. U., 05/08/2016, n. 16598, pag. 33; di recente, Cass., 26/08/2020, n. 17821);

la violazione dell'art. 2697 c.c., poi, si configura solamente se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'onere della prova a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni (Cass., Sez. U., 05/08/2016, n. 16598, pag. 35, Cass., 15/05/2020, n. 8994);

ciò posto, la censura, ponendosi fuori dei perimetri appena ricostruiti, è in realtà diretta a una rilettura istruttoria;

infatti:

a) è sicuramente vero che l'allegazione del pregiudizio per aver impedito il ricorso all'interruzione della gravidanza, è fatto costitutivo allegato per tempo, come desumibile dalla combinata (e non formale) lettura della citazione e della memoria per le emende assertive, quali riportate "parte qua", ma;

b) è altrettanto vero che la Corte territoriale ha sottolineato i diversi e progressivi accenti delle allegazioni quali momenti della condotta processuale da vagliare in uno alle risultanze probatorie (pag. 11, quinto capoverso), in specie tenuto conto che;

c) dallo stesso ricorso (pag. 15, punto 6, della citazione riportata) emerge che correttamente la Corte territoriale ha constatato l'incongruità tra l'affermazione testimoniale per cui i coniugi si sarebbero recati dalla dottoressa B. facendo presente lo stato di gravidanza, e l'affermazione contraria degli stessi attori;

d) inoltre, la Corte di appello ha poi vagliato le risposte della seconda e ultima testimone osservando che un elemento di sospetto era offerto dalla mancanza di un'esplicita menzione, nella domanda capitolata, del periodo temporale precedente la gravidanza, aggiungendo, nell'ambito del proprio libero convincimento, che una esplicitazione come quella in parola sarebbe stata poco comprensibile quando la signora ancora non era a conoscenza di essere portatrice sana e non aveva mai svolto previ accertamenti, pur sapendo della condizione di portatore sano del marito (pag. 12 della sentenza gravata);

e) infine, la Corte di appello aggiunge – con rilievo che al di là della condivisibilità nel merito non può dirsi viziato e neppure illogico come prospettato dai ricorrenti – che non era paragonabile, ai fini di cui sopra, l'amniocentesi, eseguita in funzione della rilevazione di patologie, come la sindrome di down, incurabili, a differenza della talassemia "maior";

riguardo al punto e) il Pubblico Ministero argomenta, diversamente, che la sindrome di down può rientrare nelle anomalie o malformazioni che sono presupposto del timore per la salute psicofisica della madre, e legittimano la scelta abortiva;

la lettura non è condivisa dal Collegio, posto che non si tratta della legale possibilità di abortire, ma della ricostruzione in fatto della volontà, esercitabile, di interrompere la gravidanza;

il quinto motivo, da esaminare prioritariamente rispetto ai residui, per ragioni logiche, è fondato;

nell'ordinanza istruttoria riportata non è rinvenibile alcuna statuizione di merito che possa fungere da presupposto per il reclamato valore di sentenza, essendo rinvenibile un breve inciso univocamente funzionale alla pronuncia istruttoria e, pertanto, rivedibile in sentenza (cfr., Cass., 19/02/2018, n. 3945, pag. 8);

va escluso, quindi, che vi sia una ragione ostativa processuale all'eventuale riconoscimento del danno biologico quale conseguenza della riconosciuta lesione dell'autodeterminazione;

ora, qualora il giudice, operata una statuizione d'inammissibilità, con la quale si è spogliato della "potestas iudicandi" in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l'onere nè l'interesse ad impugnare;

conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito (Cass., Sez. U., 20/02/2007, n. 3840, e succ. conf., tra cui, ad es., Cass., 16/06/2020, n. 11675);

la suddetta questione del danno biologico è dunque rimessa al rinvio;

il terzo motivo è infondato;

questa Corte ha affermato che il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno consistente nella sua stessa condizione, giacchè l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", nè la vita del nato può integrare un danno-conseguenza dell'illecito del medico (Cass., Sez. U., 22/12/2015, n. 25767; si tenga conto che Cass., 28/06/2016, n. 13254, richiamata in ricorso, fa affermazioni diverse ma in ragione della riconosciuta soggezione al giudicato interno);

va perciò esclusa la possibilità di riconoscere un pregiudizio biologico e relazionale in capo alle figlie, essendo per loro l'alternativa quella di non nascere, inconfigurabile come diritto in sè;

differenti considerazioni avrebbero potuto ipotizzarsi se fosse stato allegato specificatamente il pregiudizio subito dal figlio per non essere stato in concreto accolto amorevolmente nella famiglia impreparata all'evento ovvero non posta nelle condizioni di prepararsi, ovvero ancora, in tesi, che abbia manifestato il rifiuto dello stesso a seguito della lesione del diritto all'autodeterminazione;

i ricorrenti indicano di aver allegato il profilo dell'impreparazione nel quinto motivo di appello (pag. 28 del ricorso), riportato ex art. 366 c.p.c., n. 6, mentre non riportano parimenti quanto specificatamente dedotto nella originaria citazione (pag. 27, ultimo capoverso, del ricorso), novità peraltro non oggetto di specifico ricorso incidentale;

ma quanto riportato si riferisce alla frustrazione delle aspettative e comunque alla posizione genitoriale, e non esplicita un pregiudizio relazionale tra genitori e figlie, che anzi viene smentito dalle allegazioni che riferiscono della tenacia compassionevole del padre e della madre, sia pure tra le comprensibili e descritte difficoltà, volta, fortunatamente con esito positivo, alla inseminazione mirata, a sua volta, al trapianto midollare infine riuscito: ossia l'esatto opposto di un diniego di accettazione o cura;

il quarto motivo è anch'esso infondato;

definita come sopra la questione dell'eventuale danno biologico (dei genitori, colti impreparati a causa dell'errore diagnostico), ed escluso il diritto al risarcimento di spese mediche che comunque la coppia avrebbe sostenuto una volta attuata la scelta di non abortire, alla lesione del diritto fondamentale all'autodeterminazione, che non avalla la risarcibilità di un danno "in re ipsa" (cfr., Cass., 14/11/2019, n. 28985, p. 2.4), consegue, invece, il risarcimento del correlato pregiudizio, dato dalla sofferente quanto inaspettata scoperta della malattia e dall'assenza di consapevole preparazione all'alterazione della vita quotidiana seguita all'errore diagnostico: fattispecie, queste, diverse dalla sofferenza da rifiuto o per l'alterazione patologica delle figlie in sè, da negare posta l'esclusione di una prova della volontà abortiva;

deve ritenersi che la Corte territoriale abbia infatti tenuto conto di ciò, facendo riferimento al diritto in specie della paziente alla “valutazione dei rischi cui intende esporsi” (pag. 14 della sentenza), e dunque a prepararsi alla scelta che, nella fattispecie, si è ricostruito avrebbe comunque fatto;

il motivo di ricorso incidentale della Dottoressa B. è infondato;

come appena visto, alla lesione del diritto all’autodeterminazione può correlarsi un pregiudizio anche quando si ricostruisce che vi sarebbe stato comunque il consenso (qui, alla gravidanza), perchè la scelta sarebbe stata declinata in modo differente, con la possibilità di essere preparati all’evento accettato, laddove la motivazione della Corte di appello deve evidentemente ritenersi far riferimento a questo, ferma la liquidazione equitativa, quando discorre di “valutazione dei rischi” (pag. 4 capoverso, in fine);

e per ciò che concerne la posizione del padre, si è osservato, più sopra, che anch’egli avrebbe avuto il diritto di scegliere quale opinione e contributo dialogico offrire alla moglie in funzione della scelta finale di quest’ultima;

quanto, infine, al ricorso autonomo e successivo di S.P., il secondo motivo, da esaminare per ragioni logiche prioritariamente rispetto all’altro, è infondato;

la decisione del giudice di merito, che legge la lettera esaminata del contratto assicurativo riferendo le lesioni a quelle (solo) fisiche, è all’evidenza motivata, fermo restando che la censura sull’ermeneutica contrattuale non può risolversi nella mera contrapposizione tra l’interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, poichè quest’ultima non deve essere l’unica astrattamente possibile ma solo una delle plausibili interpretazioni, sicchè, quando di una clausola contrattuale sono possibili due o più interpretazioni, non è consentito, alla parte che aveva proposto l’interpretazione poi disattesa dal giudice di merito, dolersi in sede di legittimità del fatto che fosse stata privilegiata l’altra (cfr., ad esempio, Cass., 28/11/2017, n. 28319, Cass., 27/06/2018, n. 17987);

il primo motivo è, invece, fondato;

infatti, nella sua ricostruzione interpretativa, il Collegio di merito non ha esaminato una clausola, quella contenuta nel riportato art. 37 del contratto assicurativo, oggetto di contraddittorio e riportata, (pag. 8 del ricorso), potenzialmente rilevante per vagliare il perimetro degli eventi coperti dalla garanzia, secondo il nuovo accertamento di merito che propriamente e compiutamente andrà effettuato;

consegue la cassazione per quanto di ragione.

P.Q.M.

La Corte:

- accoglie il primo e il quinto motivo del ricorso di D.S. e Z.G., dichiara inammissibile il secondo e rigetta il terzo e il quarto;
- rigetta il ricorso incidentale di B.S.;
- rigetta il primo motivo del ricorso principale di S.P., e accoglie il secondo;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale di S.P.;
- cassa la sentenza impugnata in relazione a quanto accolto e rinvia alla Corte di appello di Firenze perchè pronunci anche sulle spese del giudizio di legittimità;
- ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, la Corte dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte di ciascuno dei ricorrenti incidentali, se dovuto, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Così deciso in Roma, il 13 ottobre 2020.

Depositato in Cancelleria il 20 novembre 2020