



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI CATANIA
PRIMA SEZIONE CIVILE

Riunita in camera di consiglio e composta dai sigg.:

Dott. Giuseppe Ferreri	Presidente
Dott.ssa Marcella Murana	Consigliere
Dott. Antonio Caruso	Consigliere rel./est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. r.g. **805/2021** promossa da:

..... ASSICURAZIONE S.p.A. (C.F. 01047510710), con il patrocinio dell'avv. D'AIELLO GRAZIA MARIA (DLLGZM86A65F839A) e dell'avv. de Luca Nicola, elettivamente domiciliato nello studio di questi in VIA DEI CERCHI 45 00186 ROMA.

APPELLANTE

contro

.....
SEMINARA DARIO e dell'avv. GAGLIANO LISA (GGLLSI84S49C351A) VIALE XX SETTEMBRE 43 CATANIA; MARESCA GIUSEPPE (MRSGPP73P15C351S) V.LE XX SETTEMBRE, 43 CATANIA; elettivamente domiciliata in VIALE XX SETTEMBRE, 43 95128 Catania, presso il difensore avv. SEMINARA DARIO

MESSINA GIOVANNI (C.F. MSSGNN78D03C351K), con il patrocinio dell'avv. SEMINARA DARIO e dell'avv. GAGLIANO LISA (GGLLSI84S49C351A) VIALE

LA SCELTA DEL MEDICO CURANTE, IL SUO ATTO DI PRATICA MEDICA, IL SUO ATTO DI PRATICA
MEDICA (CONFERMATO), IL SUO ATTO DI PRATICA MEDICA;
IL SUO ATTO DI PRATICA MEDICA, IL SUO ATTO DI PRATICA MEDICA, IL SUO ATTO DI PRATICA
MEDICA (CONFERMATO)

E nei confronti di

AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA CANNIZZARO (C.F.
04721280875), con il processo del avv. COSENTINO SERGIO, COMITATO
DIRETTIVO CORSO ITALIA 16 05100 CATANIA, IL SUO
COSENTINO SERGIO

APPELLATI

CONCLUSIONI

All'udienza dell'8.2.2023 le parti precisavano le conclusioni come da verbale in atti e la causa veniva posta in decisione con l'assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c. di gg. 60 per il deposito di conclusionali e di ulteriori gg. 20 per il deposito di memorie di replica.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione in data 9.7.2014 ~~Roberto Vignola - Marina Giannini~~
convenivano l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro esponendo che:
in data 7.3.2012 ~~Roberto Vignola~~, alla 12^a settimana + 4 gg. di gestazione, si
sottoponeva presso l'Ospedale Cannizzaro a quello che, a suo dire, sarebbe l'esame
“diagnostico” denominato Bitest *“all'evidente fine di diagnosticare l'eventuale
sindrome di Down a carico del feto, e quindi decidere se portare avanti o meno la
gravidanza”* (v. p. 1 citazione);

“i risultati diagnostici relativi ai detti esami venivano valutati dai sanitari in servizio

presso l'Azienda convenuta i quali, nel referto del 15.3.2012 (doc. 2), riportavano: *“l'indice di rischio per Trisomia 21 (con Trasparenza Nucale), è risultato essere inferiore al cut-off”*. Pertanto, escludevano espressamente la possibilità per il feto di essere affetto da sindrome di Down e rassicuravano la paziente circa le buone condizioni di salute dello stesso. O meglio, dichiaravano che c'era solo una possibilità su 5.877 che il bambino fosse Down” (v. p. 2 citazione);

in data 7.9.2012 l'attore dava alla luce un bambino che risultava affetto da sindrome di Down;

gli attori si rivolgevano quindi ai sanitari dell'Azienda convenuta chiedendo spiegazioni in merito a come ciò si fosse potuto verificare, ricevendo la risposta che, nel caso a mani, si sarebbe realizzata quell'unica ipotesi infausta su 5.877 indicata dal test;

gli attori aggiungevano che i sanitari a cui si erano rivolti *“non mostravano, nonostante ciò gli fosse ripetutamente richiesto, gli esami dai quali, secondo la loro tesi, non si sarebbe rilevata l'anomalia genetica. Col che gli attori non venivano messi nelle condizioni di “mettersi il cuore in pace”, perché non gli veniva assolutamente mostrato che l'esame era stato svolto correttamente al fine di consentire una diagnosi prenatale”* (v. p. 2 citazione);

“in sostanza, più che pensare alla possibilità che gli attori rientrano nel caso unico su 5.877, è molto più probabile pensare che gli operatori dell'Azienda convenuta abbiano male eseguito e/o letto i risultati del test: e la correttezza dell'operato dell'Azienda convenuta – il cui errore è estremamente verosimile – non è stata dalla stessa comprovata (v. p. 2 citazione).

Chiedevano in ragione di quanto esposto il risarcimento del danno da nascita indesiderata allegando che se il test fosse stato eseguito correttamente ed avesse loro indicato l'effettivo rischio che il feto fosse affetto da sindrome di Down, la madre, di intesa con il marito, avrebbe interrotto la gravidanza.

Si costituiva in giudizio l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro la quale chiedeva rigettarsi la domanda degli attori e chiamava in causa la sua assicurazione

..... al fine di essere manlevata in caso di condanna.

Si costituiva in giudizio chiedeva anch'essa il rigetto della domanda.

Il Tribunale istruiva la causa disponendo CTU.

Il CTU, autorizzato ad avvalersi di un medico genetista, non ravvisava rilevanti profili di criticità nell'operato dei sanitari dell'Azienda convenuta e riteneva corretta la procedura adottata per l'esecuzione del Bitest.

Con sentenza n. 1286/21, pubblicata in data 22.3.2021, il Tribunale accoglieva la domanda proposta dagli attori e condannava l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro al pagamento, in favore di ciascuno, della somma di € 190.000, oltre interessi e rivalutazione.

In estrema sintesi il Tribunale, inquadrata la responsabilità dell'Azienda Ospedaliera convenuta in quella di tipo contrattuale, riteneva che a fronte dell'inadempimento allegato dagli attori la convenuta non fosse riuscita a dimostrare di avere correttamente adempiuto alla prestazione sanitaria richiestale non risultando a tal uopo sufficiente il referto del test in atti e ciò perché:

“nel referto mancano i dati relativi all'identificazione dell'operatore, dell'apparecchiatura utilizzata e delle qualifiche per la misurazione della translucenza. In particolare, non è stato possibile risalire all'identità del professionista che ha eseguito l'ecografia, né appurare che egli risulti accreditato dalla Fetal Medicine Foundation” (v. p. 3 della sentenza);

“Nemmeno basta che nel referto venga riportato che “in tutti i calcoli si sottintende che la misurazione NT sia stata eseguita con il protocollo della F.M.F.”, sia perché la locuzione usata lascia intendere che si dia per presupposta l'osservanza del protocollo, sia perché soprattutto, ai fini processuali, non può valere che sia lo stesso refertante ad autocertificare la conformità ai protocolli e alle linee guida, dovendo essere altrimenti provata ed accertata la corretta esecuzione del test” (v. p. 4 della sentenza);

“La c.t.u. è stata espletata solo sulla base delle risultanze del referto del 15.3.2012, ma

senza l'esame di tutta l'ulteriore documentazione posta a base di esso e non prodotta, afferente all'indagine sul campione sanguigno e l'ecografia. È mancata, quindi, una effettiva verifica della regolarità delle procedure in concreto seguite per l'effettuazione dei test" (v. p. 4 della sentenza).

Accertato, anche a mezzo di testimoni, che se la *_____* avesse saputo l'effettivo rischio gravante sul feto avrebbe interrotto la gravidanza, il Tribunale liquidava il danno equiparandolo a quello da lesione del rapporto parentale facendo riferimento alle tabelle del Tribunale di Milano.

Dichiarava che *AMTRUST F... S.p.A.*, nei limiti di massimale e di franchigia di polizza, doveva tenere indenne l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro di quanto la stessa avrebbe dovuto pagare in forza della condanna inflittale.

Condannava l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro al pagamento delle spese di lite, liquidate in € 551,60 per spese, € 25.664,40 per compensi, oltre spese generali, IVA e CPA, che *_____* aveva pagato agli avvocati *_____*, *_____*, *_____* e *_____*.

Condannava *AMTRUST F... S.p.A.* a rimborsare all'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro le spese di lite liquidate in € 529,03 per spese, € 21.387,00 per compensi, oltre spese generali, IVA e CPA.

Avverso la detta sentenza proponeva appello *_____ Assicurazioni S.p.A.*, quale successore a titolo particolare di *_____ Europe Limited*.

Si costituiva in giudizio l'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro la quale, senza spiegare appello incidentale, aderiva all'appello proposto dalla compagnia di assicurazioni.

Si costituivano in giudizio *_____* e *_____* i quali sostenevano che l'appello fosse inammissibile in quanto la sentenza, in forza di notifica eseguita nei soli confronti dell'Azienda sanitaria, sarebbe passata in giudicato avuto riguardo al rapporto principale.

Nel merito chiedevano il rigetto del gravame.

Rigettata con ordinanza del 13.10.2021 la richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza avanzata dall'appellante, la causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni all'udienza dell'8.2.2023.

Con la comparsa conclusionale l'appellante rappresentava di avere pagato, in esecuzione della sentenza di primo grado, la somma complessiva di € 446.307,04 (parte in favore degli attori, parte in favore dei loro procuratori antistatari, giusta contabili di pagamento e certificazione di ritenuta d'acconto che depositava con nota del 6.4.2023) e chiedeva, per il caso di accoglimento dell'appello, che la Corte condannasse i percettori alla restituzione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va premesso che l'appello proposto da AmTrust Assicurazioni S.p.A. è certamente ammissibile, sì come pacifico è che la stessa, nella sua qualità di assicuratrice della responsabilità civile dell'Azienda Ospedaliera, possa fare valere qualsivoglia profilo afferente all'obbligazione principale con effetti diretti anche nei confronti dell'assicurata sebbene la stessa abbia omesso, come nel caso a mani, di proporre appello incidentale.

Secondo gli appellati, siccome gli stessi hanno notificato la sentenza una prima volta al procuratore dell'Azienda Ospedaliera in data 22.3.2021, è a detta data che dovrebbe aversi riguardo al fine di stabilire se l'appello proposto dal AmTrust Assicurazioni S.p.A. (non destinataria di questa notifica) sia, o meno tempestivo, a nulla valendo la notifica ripetuta questa volta, oltre che al procuratore dell'Azienda Ospedaliera, anche al procuratore della compagnia di assicurazioni, in data 19.4.2021.

Premesso che l'appello è stato notificato in data 18.5.2021, va escluso, sulla base della pacifica giurisprudenza della S.C., che nel processo con più parti la notifica della sentenza, eseguita nei confronti di una sola di essa, sia idonea a determinare il decorso del termine breve anche in danno di parte processuale non attinta dalla notifica (v. Cass., sez. II, 15 giugno 2022, n. 19274, secondo cui: *“In tema di impugnazioni, il principio secondo il quale, nel processo con pluralità di parti, vige la regola dell'unitarietà del*

termine dell'impugnazione (sicchè la notifica della sentenza eseguita a istanza di una sola delle parti segna l'inizio della decorrenza del termine breve per la proposizione dell'impugnazione contro tutte le altre parti) va interpretato nel senso che detto momento rileva per la decorrenza del termine breve per impugnare, nei confronti del notificante e delle altre parti del giudizio, solo per il notificante stesso e per la parte destinataria della notificazione, atteso che anche ciascuna delle altre parti ha diritto di ricevere la notifica della sentenza, che è condizione per far scattare il termine breve per l'impugnazione”, e v. anche Cass., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8832).

Relativamente al secondo dei profili sopra evocati, parimenti la S.C. ha chiarito che: *“In caso di chiamata in causa in garanzia dell'assicuratore della responsabilità civile, l'impugnazione - esperita esclusivamente dal terzo chiamato avverso la sentenza che abbia accolto sia la domanda principale, di affermazione della responsabilità del convenuto e di condanna dello stesso al risarcimento del danno, sia quella di garanzia da costui proposta - giova anche al soggetto assicurato, senza necessità di una sua impugnazione incidentale, indipendentemente dalla qualificazione della garanzia come propria o impropria, che ha valore puramente descrittivo ed è priva di effetti ai fini dell'applicazione degli artt. 32, 108 e 331 c.p.c., dovendosi comunque ravvisare un'ipotesi di litisconsorzio necessario processuale non solo se il convenuto abbia scelto soltanto di estendere l'efficacia soggettiva, nei confronti del terzo chiamato, dell'accertamento relativo al rapporto principale, ma anche quando abbia, invece, allargato l'oggetto del giudizio, evenienza, quest'ultima, ipotizzabile allorché egli, oltre ad effettuare la chiamata, chieda l'accertamento dell'esistenza del rapporto di garanzia ed, eventualmente, l'attribuzione della relativa prestazione”* (così, Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707 ed anche Cass., sez. VI – III, 11 settembre 2017, n. 21098).

Tanto premesso ritiene la Corte che l'appello sia fondato e vada accolto.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha criticato la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto non provata la corretta esecuzione del Bitest, senza tenere conto che il referto è un atto pubblico che fa prova fino a querela di falso e che

conseguentemente è irrilevante che non sia stata versata in atti la documentazione relativa all'esame del sangue ed all'ecografia transnucleare, nonché considerando quali profili di criticità quelli sopra riportati (impossibilità di risalire all'identità dell'ecografista che ha eseguito l'esame e quindi di appurare se lo stesso risulti o meno accreditato dalla Fetal Medicine Foundation; mancanza dei dati dell'apparecchiatura utilizzata e delle qualifiche per la misurazione della translucenza; mancanza di certezza in ordine all'impiego, nella misurazione della translucenza nucale, del protocollo elaborato dalla Fetal Medicine Foundation) e che invece non potevano dirsi effettivamente tali, come del resto ritenuto dal CTU.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha criticato la sentenza per avere ritenuto non corretta l'esecuzione del Bitest senza tenere conto che il test in questione – che ha natura statistica e che non è un esame diagnostico –, avuto riguardo all'epoca della gravidanza in cui è stato eseguito, ha una capacità di individuare i feti affetti da sindrome di Down in una percentuale che va dall'85% al 90% dei casi (c.d. detection rate), e quindi con una percentuale di errore del 10/15%.

Ritiene la Corte opportuno prendere le mosse dal secondo motivo di gravame il quale consente di correggere l'errore di prospettiva che connota la sentenza impugnata non senza preliminarmente riportare, però, la parte della CTU in cui si descrivono le caratteristiche del Bitest e della sindrome di Down:

Per chiarezza espositiva si ritiene opportuno, prima di rispondere ai quesiti proposti, accennare brevemente alle caratteristiche della sindrome di Down e del bitest. La sindrome di Down è un'anomalia cromosomica, che si verifica in presenza di un cromosoma 21 soprannumerario. In Italia 1 neonato su 700- 1200 nasce con questa condizione. Essa è frequentemente associata ad età materna avanzata (> 35 anni, per l'epoca dei fatti). Pertanto in tale fascia di donne gravide, è indicata l'esecuzione di un test diagnostico specifico, quale l'esame del cariotipo fetale da prelievo di liquido amniotico o di villi coriali (amniocentesi o villocentesi). Tale test è in grado di individuare specificamente l'anomalia cromosomica che sottende la sindrome.

Amniocentesi e villocentesi, tuttavia, sono indagini invasive gravate da rischio abortivo e, per tale motivo, non possono essere utilizzate come screening nella popolazione esente da rischi specifici. **Pertanto, nelle donne che per età non presentano un rischio a priori elevato (rischio inferiore a 1/250), è possibile eseguire il bi-test, attraverso prelievo di sangue materno, privo di effetti lesivi sul prodotto del concepimento. Esso, al contrario dell'analisi del cariotipo fetale, è un test di screening (rischio) e non diagnostico. Pertanto, ha lo scopo esclusivo di individuare un indice di rischio. Tale test, non essendo in grado di individuare l'anomalia cromosomica che causa la sindrome di Down, non può ritenersi idoneo a formulare una diagnosi.** Pertanto l'esito del test non può essere definito come positivo o negativo, ma individua esclusivamente una percentuale di rischio. Inoltre, trattandosi di un test di screening probabilistico, esso non ha né la sensibilità, né la specificità del test diagnostico. **Infatti, la detection rate del test è del 75-80% se eseguito nel primo trimestre e dell'85-90% per il test combinato del secondo trimestre** (cfr. linee guida SIEOG del 2010). Una tale detection rate, **comportando la mancata individuazione di una quota significativa di soggetti affetti, se può accettarsi per un test di rischio, non sarebbe accettabile per un test diagnostico.**

Il test viene eseguito attraverso **un calcolo statistico combinato che analizza ed integra i risultati di indagini biochimiche, eseguite su sangue materno (dosaggio Beta-Hcg e PAPP-A), ed il valore della translucenza (spesso definita plica) nucale,** valutata ecograficamente, in rapporto all'età materna. La translucenza nucale è la manifestazione ecografica dell'accumulo di fluido dietro la nuca fetale nel primo trimestre di gravidanza. Essa riconosce tra le proprie cause vari fattori quali anomalie del sistema linfatico; anomalie cardiache; compressione intratoracica; patologie neuromuscolari; anomalie del derma; ipoprotidemia e/o anemia fetale, infezione. Già negli anni '80 si accertò che tale aumento era presente in oltre la metà dei feti affetti da Sindrome di Down. Per tale motivo, da allora, **si è deciso di introdurre la misura della translucenza nucale, quale fattore di rischio per l'individuazione di feti Down.** Lo

spessore della translucenza nucale aumenta in corso di gestazione. Un valore superiore a 2,5 mm, viene considerato a rischio per il riconoscimento di feti affetti da Sindrome di Down. Importante chiarire che l'aumento della translucenza nucale, non rappresenta di per sé una malformazione, ma una variante della normalità. Essa, infatti, si riscontra in percentuale significativa (fino al 4%), anche nella popolazione normale. Tuttavia, poichè l'aumento della translucenza nucale è più frequente nei feti affetti da alterazione cromosomica (es. Down), qualora riscontrata deve indurre ad un approfondimento diagnostico, attraverso studio ecografico dell'anatomia fetale; identificazione di eventuali altri Soft Markers; ecocardiografia fetale; cariotipo fetale; consulenza genetica.

Omissis

L'inserimento nel test del dosaggio di alcune proteine (b-hCG, PAPP) di provenienza materna, trova spiegazione nel fatto che esse risultano alterate con maggiore frequenza nelle madri di feti affetti da anomalie genetiche tra le quali la trisomia 21.

Pertanto, per una data epoca gestazionale, i valori di free b-hCG e PAPP-A rappresentano una likelihood ratio da utilizzare quale fattore correttivo del rischio a priori per età. Elevati livelli di free b-hCG e bassi livelli di PAPP-A aumentano il rischio di trisomia 21. **I dati ottenuti vengono elaborati attraverso un software attraverso al quale si arriva all'individuazione di un indice di rischio.** Da tenere presente che il rischio di generare un bambino Down esiste anche per quelle gravidanze in cui il prodotto del concepimento non presenta né incremento della translucenza nucale, né soft markers, né alterazione delle proteine”

Se questo è vero, ossia se il Bitest è un test statistico che sconta, al momento in cui vi si è sottoposta la _____, una capacità di individuare, statisticamente, solo 85/90 feti malformati su 100 (come osservato dall'appellante con il secondo motivo di gravame), non è possibile, come invece ha fatto il primo giudice aderendo alla prospettazione attorea e senza tenere conto della appena detta – normale – percentuale di errore che

connota il test, considerare l'allegazione degli attori alla stregua di un inadempimento contrattuale.

Invero gli appellati – che nella loro citazione in primo grado più volte si sono erroneamente riferiti al Bitest come ad un esame diagnostico – a fronte del referto da cui risultava che la possibilità di feto affetto da sindrome di Down fosse 1:5.877, si sono limitati a dedurre che *“più che pensare alla possibilità che gli attori rientrano nel caso unico su 5.877, è molto più probabile pensare che gli operatori dell’Azienda convenuta abbiano male eseguito e/o letto i risultati del test: e la correttezza dell’operato dell’Azienda convenuta – il cui errore è estremamente verosimile – non è stata dalla stessa comprovata (v. p. 2 citazione)”*, senza per nulla tenere conto della percentuale di errore che, anche qualora tutte le procedure fossero state correttamente eseguite, è propria del Bitest.

In altri termini, tenuto conto del grado di affidabilità del test, costituisce un salto logico assumere che siccome lo stesso non è stato in grado di individuare come a rischio la gravidanza della Rabuazzo, ciò è avvenuto perché il test è stato eseguito in maniera imperita, e ciò per la semplice ragione che invece è sempre possibile che il test, per sua natura, risulti errato nella sopra indicata percentuale (tanto che, in caso di gravidanza effettivamente a rischio, non si procede con la mera effettuazione del bitest – del tutto inidoneo a stabilire la presenza o meno della malformazione –, bensì si effettua la amniocentesi o la villocentesi che invece sono esami – questi si diagnostici – con risultati certi fondati su dati genetici).

Ne consegue che se pure è ben possibile, come è ovvio, contestare alla struttura che lo ha eseguito la erronea modalità di esecuzione del Bitest con tutte le conseguenze, in termini di mancata sottoposizione ad ulteriori esami e quindi, in ultima analisi, di nascita indesiderata, di certo ciò non può avvenire sulla base del solo dato, a valle, secondo cui il test ha fallito, atteso che la mancata individuazione della malformazione, come detto, non è necessariamente conseguente alla erronea esecuzione del test bensì è, in una significativa percentuale di casi, consustanziale al test stesso.

Se questo è vero, il fatto allegato dagli attori in citazione non può essere giuridicamente qualificato come inadempimento della struttura sanitaria, atteso che ciò che è allegato è soltanto la mancata capacità del test di individuare la malformazione del feto portato in grembo dalla ~~.....~~ che, giusta quanto sopra evidenziato, non costituisce necessaria conseguenza della cattiva esecuzione del test, ossia, non costituisce necessariamente inadempimento.

Ha quindi errato il primo giudice, nell'accogliere la prospettazione degli attori, a ritenere che dovesse essere l'Azienda Ospedaliera convenuta a dovere fornire la prova di avere bene eseguito il bitest, atteso che quello allegato non costituisce inadempimento in presenza del quale opera la regola probatoria adottata dal Tribunale.

Sotto altro profilo poi, e venendo così ad esaminare il primo motivo di gravame, nemmeno si appalesa condivisibile quanto sostenuto dal primo giudice in ordine alla valutazione delle prove in atti ed alla loro ritenuta incapacità di fornire la dimostrazione che il bitest sia stato eseguito correttamente.

Nel caso a mani entrambe le parti hanno prodotto il referto del bitest a cui la ~~.....~~ di è sottoposta.

Va premesso che detto referto, redatto su carta intestata dell'ospedale, Divisione Ostetricia e Ginecologia, Servizio di Patologia Clinica, reca una pluralità di dati rilevanti ai fini del test (età della gestante; età gestazionale; fattori di rischio quali il fumo, il peso, l'eventuale sofferenza di diabete; data del prelievo ematico; data dell'ecografia; etc.).

In esso è indicata la lunghezza del feto alla data dell'ecografia (mm. 64), lo spessore della Traslucenza Nucale (0,91 MoM), la circostanza che l'ecografista proveniva dal reparto di Ostetricia (senza specificazione della sua identità) e che la qualifica per l'esecuzione della Traslucenza Nucale era quella di ecografista.

È poi specificato che all'esito dell'esame del sangue prelevato il 7.3.2012 il risultato del dosaggio PAPP-A era pari a 3,26 mIU/ml (MoM corretta 0,80), mentre il dosaggio di Free Beta hCG era pari a 48 mg/ml (MoM corretta 1,24).

Posti i dati sopra riportati, in apposito riquadro denominato "*Indice di rischio (data*

prelievo)”, si trova scritto: “Rischio per età 1:521; Indice di rischio biochimico per Trisomia 21 1:1.208; Rischio combinato con NT per Trisomia 21 1: 5.877; Rischio Trisomia 18 con NT < 1:10.000”.

Seguiva ulteriore riquadro esplicativo in cui si trova scritto “Il risultato (con NT) ottenuto vuole significare che su 5877 donne con lo stesso indice di rischio calcolato ce ne sarà una con feto affetto da sindrome di Down e 5876 con gravidanza normale. Il risultato così calcolato dipende dall’accuratezza delle informazioni riportate dal clinico referente. Un indice di rischio non esclude né accerta le patologie di riferimento quindi può essere utilizzato solo in termini di probabilità statistica. In tutti i calcoli si sottintende che la misurazione NT sia stata eseguita con il protocollo della FMF. Si riporta che l’indice di rischio così calcolato non ha significato diagnostico ma è un’elaborazione statistica che esprime un rischio aumentato o ridotto di sindrome di Down”.

Il referto risulta sottoscritto da un responsabile della struttura.

Secondo il primo giudice, siccome “l’indagine, compiuta dal consulente tecnico d’ufficio, non ha potuto attingere a documentazione ulteriore, rispetto al referto, in modo da potere più approfonditamente verificare l’effettiva regolarità delle procedure seguite nell’esecuzione del test, non può reputarsi essersi raggiunta la piena prova dell’esatto adempimento”.

In particolare venivano segnalate in sentenza le seguenti criticità:

il referto non specifica le generalità dell’operatore che ha eseguito l’ecografia e non indica se lo stesso sia, o meno accreditato, presso la Fetal Medicine Foundation;

la circostanza secondo cui: il “centro di diagnosi prenatale della struttura ospedaliera convenuta sia certificato dalla Regione non è sufficiente di per sé a dimostrare che in concreto gli esami fossero stati effettuati secondo gli standard qualitativi richiesti”;

non “basta che nel referto venga riportato che “in tutti i calcoli si sottintende che la misurazione NT sia stata eseguita con il protocollo della F.M.F.”, sia perché la locuzione usata lascia intendere che si dia per presupposta l’osservanza del protocollo,

sia perché soprattutto, ai fini processuali, non può valere che sia lo stesso refertante ad autocertificare la conformità ai protocolli e alle linee guida, dovendo essere altrimenti provata ed accertata la corretta esecuzione del test”;

“La c.t.u. è stata espletata solo sulla base delle risultanze del referto del 15.3.2012, ma senza l’esame di tutta l’ulteriore documentazione posta a base di esso e non prodotta, afferente all’indagine sul campione sanguigno e l’ecografia. È mancata, quindi, una effettiva verifica della regolarità delle procedure in concreto seguite per l’effettuazione dei test”.

Con il motivo di appello in esame [REDACTED] ha sostenuto che il referto è un atto pubblico assistito da fede privilegiata e che di ciò il Tribunale non ha tenuto conto.

Ha poi riprodotto una serie di argomenti esposti dal CTU a dimostrazione, comunque, della correttezza dell’esecuzione del test.

Ha infine contestato la rilevanza attribuita dal primo giudice alla mancata prova dell’accreditamento dell’ecografista che aveva eseguito l’ecografia presso la Fetal Medicine Foundation.

Orbene, ritiene la Corte che il ragionamento adottato dal primo giudice sconti l’errore di prospettiva iniziale secondo cui sarebbe la struttura convenuta a dovere dimostrare che il test sia stato eseguito correttamente, mentre invece, esattamente all’opposto, sono gli appellati a dovere dimostrare che il test è stato male eseguito, non potendosi limitare a sostenere che l’erronea esecuzione deriverebbe, di per sé, dalla mancata individuazione del rischio di malformazione del feto portato in grembo dalla [REDACTED].

Se questo è vero, risultando errato l’approccio del Tribunale che, seguendo i sospetti degli appellati, dubita in premessa dell’attendibilità del referto e richiede che lo stesso venga confermato *ab externo* attraverso la produzione, deve ritenersi, delle immagini della ecografia effettuata sulla persona della [REDACTED] e del referto del laboratorio di analisi ematochimiche, deve piuttosto convenirsi con l’appellante (e con il CTU che in tal senso si era già pronunciato) in merito al fatto che non sussistono valide ragioni per

dubitare della corretta esecuzione del test da parte della struttura sanitaria convenuta.

In particolare, quanto alla mancata possibilità di verificare se l'ecografista che ha eseguito l'esame fosse o meno accreditato con la Fetal Medicine Foundation (che è un organismo con sede nel Regno Unito particolarmente all'avanguardia nel settore che viene qui in rilievo e che si occupa anche di effettuare corsi specifici per gli ecografisti finalizzati alla corretta esecuzione della Trasparenza Nucale a seguito dei quali rilascia un accredito), trattasi di circostanza non dirimente una volta che nemmeno le linee guida della SIEOG (Società Italiana di Ecografia Ostetrica e Ginecologica e Metodologie Biofisiche) prevedono che l'ecografista debba necessariamente essere accreditato presso la Fetal Medicine Foundation e che lo stesso CTU ha chiarito che *“Per un ecografista è facile raggiungere, in poco tempo, la competenza necessaria per misurare lo spessore della trasparenza nucale. In ogni caso, l'abilità nel rilievo di tale parametro e la capacità di ottenere risultati riproducibili migliora con l'esercizio. Si ritiene possano ottenersi buoni risultati dopo aver effettuato 80 ecografie per via transaddominale e 100 per via transvaginale”*.

Quanto alla circostanza secondo cui il *“centro di diagnosi prenatale della struttura ospedaliera convenuta sia certificato dalla Regione non è sufficiente di per sé a dimostrare che in concreto gli esami fossero stati effettuati secondo gli standard qualitativi richiesti”* il ragionamento, anche in questo caso, deve essere esattamente ribaltato: ossia, a fronte di un esame condotto presso un Centro di diagnosi prenatale di riferimento regionale (giusta quanto accertato dal CTU con riferimento alla pubblicazione sulla GURS n. 53 del 14-12-2012), che presuppone non soltanto l'utilizzo di certi standard e certi macchinari, ma anche una attività periodica di controllo qualità svolta dalla Regione, avrebbero dovuto essere gli attori a dimostrare che, nel caso specifico, i macchinari utilizzati per eseguire l'ecografia e gli esami al sangue non sarebbero stati qualitativamente affidabili oppure avrebbero presentato malfunzionamenti di qualsivoglia natura.

Quanto al mancato valore della indicazione, contenuta nello stesso referto, in merito al

fatto che nella misurazione della Traslucenza Nucale sia stato seguito il protocollo del Fetal Medicine Foundation, in quanto autocertificata dall'autore del referto, va invece osservato che in relazione alla detta attestazione l'assunto del primo giudice, secondo cui: *“ai fini processuali, non può valere che sia lo stesso refertante ad autocertificare la conformità ai protocolli e alle linee guida, dovendo essere altrimenti provata ed accertata la corretta esecuzione del test”* non è affatto condivisibile nella misura in cui, lungi dal significare che l'attestazione fa piena fede in favore del soggetto da cui proviene, la priva totalmente di valore specie quando, come nel caso a mani, è chi ne contesta l'attendibilità che deve fornire la prova del suo assunto, mentre le prove in atti valgono, all'opposto, a confermarla.

A tal ultimo proposito, infatti, già il CTU aveva evidenziato che deponevano per la corretta esecuzione del test sia la concordanza degli esiti dell'esame biochimico (il dosaggio delle proteine) e dell'esame ecografico (la Traslucenza Nucale), che la circostanza secondo cui il figlio degli attori, alla nascita, non presentava nessuna delle anomalie ritenute responsabili di un eventuale aumento della Traslucenza Nucale (linfatiche; cardiache; compressione intra toracica; patologie neuromuscolari; anomalie del derma; ipoprotidemia fetale; anemia fetale, infezioni), a dimostrazione della corretta misurazione della plica nucale sì come indicata in referto.

Si tratta di elementi di particolare rilevanza che, se si considera che l'unico dato del referto in ipotesi sospettabile di essere stato erroneamente acquisito è quello della Traslucenza Nucale (atteso che nemmeno gli attori, in fondo, dubitano della correttezza dei risultati degli esami al sangue i quali peraltro, come è notorio, sono eseguiti da macchinari di precisione e non sono nemmeno ripetibili a distanza di anni, di talché, sul punto, la documentazione a supporto del referto mancante sarebbe meramente costituita da altro referto proveniente dal laboratorio di analisi), valgono a smentire il sospetto degli appellati secondo cui l'ecografia sarebbe stata male eseguita.

In definitiva, quindi, ribadito che spettava agli attori dimostrare che il Bitest fosse stato male eseguito, da un canto il referto in atti non presenta nessun rilevante profilo tale da

metterne in discussione l'attendibilità in punto di acquisizione dei dati in esso riportati sia per quanto riguarda gli esami ematochimici che l'esame ecografico e, dall'altro, gli elementi *ab externo* già indicati dal CTU non fanno che confermare tale convincimento e smentire l'assunto degli attori il quale resta affidato al mero sospetto (nascente dal fatto che gli stessi *“non venivano messi nelle condizioni di “mettersi il cuore in pace”, perché non gli veniva assolutamente mostrato che l'esame era stato svolto correttamente al fine di consentire una diagnosi prenatale”*).

Consegue a quanto esposto che la sentenza appellata deve essere riformata con il rigetto della domanda attorea non sussistendo gli estremi della evocata responsabilità della struttura sanitaria convenuta, restando assorbiti gli ulteriori due motivi di gravame proposti dall'appellante.

Non sussistendo responsabilità dell'Azienda Ospedaliera per l'Emergenza Cannizzaro la domanda di manleva spiegata dalla predetta attraverso la chiamata in causa del suo assicuratore ~~.....~~ odierno appellante che in primo grado era stato dichiarato obbligato a tenerla indenne dalla condanna, resta assorbita.

Ciò posto si è sopra evidenziato che l'appellante – il quale nelle more del giudizio ha pagato per conto della struttura sanitaria quanto la stessa era obbligata a corrispondere agli attori ed ai loro difensori distrattari in forza della sentenza appellata – ha chiesto, per il caso di accoglimento del gravame, che costoro venissero condannati alla restituzione di quanto pagato.

Si tratta di domanda nuova pacificamente ammissibile e che va senz'altro accolta, atteso che, peraltro, ferma la non contestazione, l'appellante ha anche prodotto le contabili di pagamento con le somme rispettivamente accreditate a ciascuno degli appellati e, cumulativamente, ai difensori distrattari (in questo caso inclusa la certificazione della ritenuta d'acconto operata) questi ultimi tra loro conseguentemente tenuti in solido alla restituzione (sulla legittimazione passiva del difensore distrattario alla restituzione delle spese di lite ricevute in forza di sentenza riformata v. Cass., sez. III, 12 luglio 2022, n. 21972, secondo cui: *“Nell'ipotesi di riforma o annullamento della sentenza di condanna*

al pagamento delle spese e degli onorari in favore del difensore della parte vittoriosa, il quale abbia reso la dichiarazione in ordine alla distrazione delle spese (art. 93 c.p.c.), tenuto alla restituzione delle somme pagate a detto titolo è lo stesso difensore distrattario. Infatti, il difensore distrattario risulta titolare di un autonomo rapporto instauratosi direttamente con la parte già soccombente, è pertanto, l'unico legittimato passivo rispetto all'azione di ripetizione d'indebito oggettivo proposta, in favore della quale la restituzione di dette somme può essere disposta, oltre che in un giudizio autonomamente instaurato, anche dal giudice del gravame o, in caso di cassazione, dal giudice di rinvio (art. 389 c.p.c.)”).

Ne consegue che *l'attore, il convenuto e il difensore di parte* vanno condannati, ciascuno, al pagamento, in favore dell'appellante della somma di € 203.904,00 con gli interessi legali dal giorno del pagamento (come chiarito da ultimo da Cass., sez. III, 12 novembre 2021, n. 34011, secondo cui: *“L'azione di restituzione delle somme pagate in base ad una pronuncia di condanna poi caducata non è riconducibile allo schema della ripetizione d'indebito, perché si collega ad un'esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale e, dunque, non si presta a valutazioni sulla buona o mala fede dell'“accipiens”; per ottenere la restituzione di quanto pagato è necessaria la formazione di un titolo restitutorio, il quale comprende “ex lege”, senza bisogno di una specifica domanda in tal senso e a prescindere anche da una sua espressa menzione nel dispositivo, il diritto del “solvens” di recuperare gli interessi legali, con decorrenza, ex art. 1282 c.c., dal giorno dell'avvenuto pagamento”* e v. anche Cass., sez. II, 1 ottobre 2019, n. 24475), mentre i difensori distrattari vanno condannati, in solido, alla restituzione di € 203.904,00, con gli interessi dal pagamento al soddisfo.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio, al pari di quelle di CTU già separatamente liquidate, seguono la soccombenza e vanno liquidate, in favore di entrambe le parti vittoriose, come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di Appello, definitivamente decidendo nella causa n. 805/2021 R.G. avente ad

oggetto l'appello proposto da AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A., avverso la sentenza del Tribunale di Catania n. 1286/2021, pubblicata in data 22.3.2021:

in totale riforma della sentenza appellata:

rigetta le domande proposte da AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A. e AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A. nei confronti di AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA CANNIZZARO;

dichiara assorbita la domanda di manleva proposta da AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA CANNIZZARO nei confronti di AMTRUST Europe Ltd.

condanna gli appellati al pagamento in solido delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio che liquida in € 15.000,00 oltre spese generali, IVA e CPA per ciascun grado ed in favore, rispettivamente, sia dell'AZIENDA OSPEDALIERA PER L'EMERGENZA CANNIZZARO che di AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A.

pone le spese di CTU, in via definitiva, in solido, a carico degli appellati;

condanna AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A. al pagamento, in favore di AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A., della somma di € 203.904,00 con gli interessi dal pagamento al soddisfo;

condanna AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A. al pagamento, in favore di AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A., della somma di € 203.904,00 con gli interessi dal pagamento al soddisfo;

condanna AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A. al pagamento, in favore di AMTRUST ASSICURAZIONI S.p.A., della somma di € 38.499,04, con gli interessi dal pagamento al soddisfo.

Così deciso in Catania, nella camera di consiglio della prima sezione civile in data 24 maggio 2023

Il Consigliere est.

Dott. A. Caruso

Il Presidente

Dott. G. Ferreri