

Sentenze

Omessa diagnosi di malformazioni fetali e risarcimento del danno

■ Qualche anno fa la Suprema Corte emise una strabiliante pronuncia riconoscendo, per la prima volta, il diritto del neonato a chiedere il risarcimento del danno per essere nato “malformato” nonostante il danno non fosse stato cagionato dal medico, bensì genetico. Ora una recente sentenza delle Sezioni Unite Civili è nuovamente e autorevolmente intervenuta sul tema a seguito del ravvisato contrasto di giurisprudenza nelle precedenti sentenze di legittimità

Vito Trojano

Presidente AOGOI

Vania Cirese

Responsabile Ufficio Legale AOGOI

Qualche anno fa la III Sez. Civile della Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 16754/2012) emise una strabiliante pronuncia riconoscendo, per la prima volta, il diritto del neonato a chiedere il risarcimento del danno per essere nato “malformato”, senza che detto danno fosse stato cagionato dal medico per una sua errata azione od omissione. Con ciò la Corte si discosta vistosamente dalle proprie precedenti posizioni (segnatamente le pronunce 14888/2004 e 10471/2009).

Il caso era quello di una madre che aveva esplicitamente chiesto al sanitario, in servizio presso la USL di Castelfranco Veneto, di fare tutti gli accertamenti diagnostici necessari per escludere patologie gravi del feto, condizionando ad esse la prosecuzione della gravidanza. Tuttavia, il medico invece di prescrivere l'amniocentesi che avrebbe permesso di scoprire la sindrome di Down da cui era affetto il nascituro, le aveva prescritto unicamente il Tritest, senza peraltro informarla della minore attendibilità di detto esame.

Il fatto nuovo era che, dopo aver ricordato più volte “l'arret Peruche” della Cassazione francese del 2001, la III Sez. Civile della Suprema Corte aveva stabilito che andavano risarciti non solo i genitori e i fratelli ma anche la stessa bambina nata down, la cui sindrome non era stata diagnosticata per mancati (ulteriori o diversi) esami durante la gravidanza. La Corte, esonerandosi dall'affrontare discussioni sul rilievo giuridico della dimensione personale del minore, affermava che il concepito “non è soggetto di diritto”, ma una volta nato diventa “oggetto di tutela”.

Per la Suprema Corte, non si discuteva “di non meritevolezza di una vita handicappata, ma di una vita che merita di essere vissuta meno disagivolmente, attribuendo gli oneri al soggetto che tale condizione di disagio avrebbe creato e cioè il medico che non aveva posto la corretta, tempestiva diagnosi. Peraltro la Corte non intaccava i principi della legge 194 sull'aborto, ma anzi richiamava al rispetto della centralità della scelta della donna per espressa volontà del legislatore ribadita dalla Corte Costituzionale. Si



I punti nevralgici delle questioni coinvolgono l'onere probatorio in caso di risarcimento da nascita indesiderata e la legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e della struttura sanitaria, partendo dalla interpretazione della L. 194/1978 ed il diniego dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare o mezzo di controllo delle nascite e a “fortiori” in funzione eugenetica poiché lo Stato “tutela la vita umana dal suo inizio”

afferma nella pronuncia citata: "Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre (...) in caso di sua ingiusta lesione, non si tratta di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di **propagazione intersoggettiva degli effetti dell'illecito**".

La legittimità dell'istanza risarcitoria *iure proprio* del minore derivava, secondo la Corte, da una omissione colpevole cui consegue non il danno della sua esistenza, né quello della malformazione in sé sola considerata, ma la sua esistenza di diversamente abile, discenden-

del neonato perché la malformazione non era conseguenza dell'omissione del medico bensì era di natura genetica.

Spiegava la Corte "il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato non è la malformazione in sé considerata", secondo un concetto naturalistico o medico, bensì l'infermità secondo un concetto "funzionale", ossia la condizione "evolutiva" che pone il soggetto di fronte allo svolgimento di una "vita handicappata".

Ciò che lasciava letteralmente sgomenti era l'equiparazione all'errore medico. Sul piano del nesso causale, la Cassazione affermava, infatti, l'equiparazione dell'errore del medico che ha cagionato per colpa professionale l'handicap (ad es. paralisi del plesso brachiale per eccessiva trazione) o la condotta del medico che non ha evitato l'handicap per sue omissioni colpose (es. omesso cesareo in presenza di grave alterazione del tracciato), con la condotta del medico che non ha evitato la nascita malformata di origine genetica per aver fornito una carente informazione alla madre.

La pronuncia citata, innovando la precedenza giurisprudenziale, ha esteso le conseguenze della responsabilità per omessa diagnosi di malformazioni fetali e nascita indesiderata nei confronti della madre (parte contrattuale di un rapporto da "contatto sociale"), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 14488/2004 e prima ancora da Cass. n. 6735/2002). Ha poi **ampliato la tutela risarcitoria ai fratelli e alle sorelle del neonato**, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta e si è spinta ad **estenderla anche al bambino nato malformato**.

La Cassazione aveva già in precedenza riconosciuto al nascituro il diritto al risarcimento dei danni per la sua malformazione, sotto il profilo della violazione del diritto alla salute, ma nel diverso caso in cui la malformazione non fosse congenita, bensì fosse stata cagionata colposamente dal medico, oppure qualora fosse possibile una cura prenatale tale da consentire la nascita di un bambino sano. Il nascituro è terzo protetto dal contratto stipulato dalla madre con il sanitario e con la struttura sanitaria e gli va riconosciuta, pertanto, legittimazione risarcitoria per i danni derivanti alla sua salute per la nascita quale soggetto malformato.

Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita

malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità". Viene in rilievo non la nascita bensì la "futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale di una vita che merita di essere vissuta meno disagivolmente".

Viene abbandonato il principio del diritto a nascere tout court e il concetto di "inesistenza di un diritto a nascere se non sano" che aveva caratterizzato la precedenza giurisprudenziale, specificandosi che "l'unica alternativa in ordine all'ammissibilità della tutela non è tra "non nascere o nascere malato", bensì tra "nascere sano o nascere malato", in quanto "vivere una vita malformata è di per se una situazione esistenziale negativa".

La recente sentenza delle Sezioni Unite Civili, pronunciata il 22 settembre 2015 (n. 25767/15), è nuovamente e autorevolmente intervenuta sul tema a seguito del ravvisato contrasto di giurisprudenza nelle precedenti sentenze di legittimità.

I punti nevralgici delle questioni coinvolgono l'onere probatorio in caso di risarcimento da nascita indesiderata e la legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno a carico del medico e della struttura sanitaria. Si parte dalla interpretazione della L 194/1978 riaffermando il diniego dell'interruzione di gravidanza come strumento di programmazione familiare o mezzo di controllo delle nascite e a "fortiori" in funzione eugenetica poiché lo Stato "tutela la vita umana dal suo inizio".

Secondo le Sezioni Unite Civili, "L'impossibilità della scelta della madre, pur nel corso delle condizioni di cui all'art. 6, imputabile a negligente carenza informativa da parte del medico curante, è fonte di responsabilità civile. La gestante, profana della scienza medica, si affida, di regola, ad un professionista, sul quale grava l'obbligo di rispondere in modo tecnicamente adeguato alle sue richieste. Occorre però che l'interruzione sia legalmente consentita e dunque che sussistano, e siano accertabili mediante appropriati esami clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, giacché, senza il concorso di tali presupposti, l'aborto integrerebbe un reato. Oltre a ciò, deve essere altresì provata la volontà della donna di non portare a termine la gravidanza, in presenza delle specifiche condizioni facoltizzanti. La prova verte anche su un fatto psichico: e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamen-

to volitivo della donna, che la legge considera rilevanti. L'onere probatorio deve essere assolto anche se tramite dimostrazione di altre circostanze, dalle quali si possa ragionevolmente risalire, per via induttiva, all'esistenza del fatto psichico che si tratta di accertare.

Nel caso in esame, la Corte d'Appello di Firenze, confermando la decisione di primo grado, aveva ritenuto che l'onere della prova di tutti i presupposti della fattispecie di cui all'art. 6 ricadesse sulla gestante. Ne aveva poi tratto la conclusione che, in difetto di tale prova positiva, neppure la consulenza tecnica d'ufficio fosse ammissibile e la domanda doveva essere respinta.

Secondo la Cassazione, la statuizione della Corte d'Appello di Firenze si è arrestata a livello "enunciativo di un principio generale", pur esatto, del riparto dell'onere probatorio. Pertanto la Cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Appello sul punto.

Anche in questo caso i medici non avevano riscontrato che la bambina fosse affetta dalla sindrome di Down, nonostante un'indagine prenatale. E se correttamente informata la madre non avrebbe portato a termine la gravidanza. Ma la Cassazione ha respinto la richiesta di risarcimento sancendo che non esiste il "diritto a non nascere se non sano" e questo "mette in scacco il concetto stesso di danno" per il bambino nato malato. Secondo la Cassazione non esiste il diritto al risarcimento del danno per il bambino nato malato "tanto più che di esso si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta (quasi un corollario estremo del cosiddetto diritto alla felicità)".

La Cassazione ha ribadito che nel nostro ordinamento non sussiste un diritto a non nascere, così come "non sarebbe configurabile un diritto al suicidio tutelabile contro chi cerchi di impedirlo": nessuna responsabilità avrebbe il soccorritore "che produca lesioni cagionate ad una persona nel salvarla dal pericolo di morte". L'ordinamento, aggiungono le Sezioni Unite, "non riconosce il diritto alla non vita".

I giudici intervengono così su un aspetto "delicato e controverso", con implicazioni "filosofiche ed etico-religiose" e "indirizzi di pensiero" segnati "da accese intonazioni polemiche", su cui anche la giurisprudenza si è divisa. La Cassazione a Sezioni Unite sottolinea che l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla

"pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico quando si tratti di genetica" finisce con l'assegnare al risarcimento "un'impropria funzione vicariale, suppletiva di misure di previdenza e assistenza sociale". Nella sua disamina la Corte, che cita precedenti decisioni emesse anche all'estero, mette in guardia dal rischio di una "reificazione dell'uomo", la cui vita verrebbe ad essere apprezzata solo in ragione dell'integrità psicofisica.

Questa "deriva eugenetica" ha caratterizzato il dibattito in altri Paesi, per es. in Francia, dove è poi intervenuta una legge specifica (legge Kouchner del 2002) per affermare proprio che nessuno può far valere un danno derivante dal solo fatto di esser nato. La Corte respinge poi la "patrimonializzazione dei sentimenti", in una visione "panrisarcitoria" dalle prospettive inquietanti.

La sentenza dopo un'esemplare excursus di pronunce non solo italiane ma anche straniere (Usa, Germania, Uk, Francia), in particolare ricordando la decisione "Perruche" del 17 novembre 2000 e la susseguente citata Legge Kouchener (n. 2002-203), sancisce che l'affermazione di una responsabilità del medico verso il nato affetto da malformazione genetica, aprirebbe, per coerenza, la strada ad un'analogha responsabilità della stessa madre, che nelle circostanze contemplate dall'art. 6 L. 194/1978, benché correttamente informata, abbia portato a termine la gravidanza. In altre parole riconoscere "il diritto di non nascere malati" comporterebbe, quale simmetrico termine del rapporto giuridico, l'obbligo della madre di abortire, cosa inammissibile.

Il contrario indirizzo giurisprudenziale e dottrinario favorevole alla riconoscibilità di una pretesa risarcitoria del nato disabile verso il medico, nella comprensibile aspirazione ad una giustizia sostanziale e non formale, finisce con l'assegnare al risarcimento del danno, interpretato in questi termini, un compito che spetta all'assistenza sociale e al welfare. Conclusione, che non può essere condivisa.

Da una parte dunque è respinta la tesi della irrisarcibilità del danno nei confronti di un soggetto solo perché non è ancora nato al momento della condotta colposa del medico (il concetto di diritto senza titolare o adespota). Dall'altra, si chiarisce l'impossibilità di rinvenire un nesso causale tra l'omessa informazione da parte del medico sulla malformazione genetica e le sofferenze psicofisiche cui il figlio è destinato nel corso della sua vita. **Y**



te a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso. Un discorso abbastanza contorto e non convincente, sicuramente molto ed ingiustamente penalizzante per il medico.

La Corte ribadiva sia l'irrelevanza di un nesso causale tra l'omissione di diagnosi e la nascita, non costituendo quest'ultima di per sé un evento dannoso, quanto l'inesistenza del nesso causale tra condotta omissiva ed handicap