

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

L'INADEMPIMENTO DEL SANITARIO RISPETTO ALLA RICHIESTA DI DIAGNOSI SÌ COME FUNZIONALE ALL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA IN CASO DI POSITIVO ACCERTAMENTO DI MALFORMAZIONI FETALI.

LA PROPAGAZIONE INTERSOGETTIVA DEGLI EFFETTI DELL'ILLECITO AL MINORE NATO MALFORMATO.

RIFLESSIONI SULLA SENTENZA DELLA CASSAZIONE N. 16754 DEL 2 OTTOBRE 2012.

Prima di ripercorrere l'ultimo arresto della corte regolatrice è necessario premettere che il quadro normativo è ancora quello dato dalla L. 194/1978 e segnatamente dagli artt. 4 e 6.

Legge 22 maggio 1978, n. 194

Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza

Articolo 4

Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazionea previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.

Articolo 6

L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

Articolo 7

I processi patologici che configurino i casi previsti dall'articolo precedente vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento da praticarsi immediatamente.

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

La sentenza evoca tali norme e precisa che se è vero che l'ordinamento riconosce la possibilità alla donna di interrompere la gravidanza, è altrettanto vero che è la necessità della tutela della salute della madre che legittima la stessa alla (richiesta di) soppressione del feto scriminandola da responsabilità tant'è che l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 l. n. 194/1978, accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8, costituisce reato anche per la stessa gestante ex art. 19 stessa legge.

In funzione di questo quadro normativo il più recente arresto in commento riafferma il principio in base al quale **la legge**, in presenza di determinati presupposti, **consente alla donna di evitare il pregiudizio che dalla condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto.**

Di qui poi, in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Principio già affermato da Cass. 6735/2002 con le precisazioni operate da Cass. 22837/2010.

A fronte di una precisa istanza diagnostica della gestante, espressamente funzionale ad una eventuale interruzione della gravidanza, ed anzi, più precisamente, doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all'esercizio del diritto di aborto, **ricorre la presunzione** - ovviamente predicabile ex ante sul piano della causalità ipotetica ex lege 194/78 - di una patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione fetale.

Quanto al riparto degli oneri probatori, la corte ritiene che :

- onere della paziente sia quello di provare la richiesta della diagnosi di malformazioni funzionale all'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza in caso di esito positivo;
- onere del medico sia quello di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di falsa negatività offerte dal test suggerito, onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione.

Quanto alla legittimazione attiva, la corte ritiene che la responsabilità sanitaria

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata vada estesa, oltre che nei confronti della madre, nella qualità di parte contrattuale o di parte di un rapporto da contatto sociale qualificato, **anche nei confronti del padre** (come già affermato da Cass. n. 14488/2004 e prima ancora da Cass. 6735/2002), **nonché**, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, nei confronti **dei fratelli e delle 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. I fratelli e le sorelle del neonato hanno infatti, presuntivamente, l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'id quod plerumque accidit, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente, tra l'altro nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione.

Venendo poi, al primo momento di novità della sentenza, essa si sofferma sul **delicato problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato** nato - a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica - da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test.

La corte ripercorre l'iter motivazione di due precedenti pronunce intervenute sull'argomento.

In primis, **la sentenza n. 14488/2004 che affermava l'irrisarcibilità del danno da nascita malformata lamentato in proprio dal neonato e la limitazione di tale diritto a due soli soggetti, rappresentati dalla madre e dal padre del bambino malformato** in base a questi argomenti :

- nel bilanciamento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, l'ordinamento consente alla madre di autodeterminarsi, ricorrendone le condizioni richieste ex lege, a richiedere l'interruzione della gravidanza. La sola esistenza di malformazioni del feto che non incidano sulla salute o sulla vita della donna non permettono alla gestante di praticare l'aborto: il nostro ordinamento non ammette, dunque, l'aborto

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

eugenetico e non riconosce né alla gestante né al nascituro, una volta nato, il diritto al risarcimento dei danni per il mancato esercizio di tale diritto (della madre);

- la legge n. 194 del 1978 consente invece alla gestante d'interrompere la gravidanza solo quando dalla prosecuzione della gestazione possa derivare, anche in previsione di anomalie o malformazioni del concepito, un reale pericolo per la sua salute fisica o psichica, ovvero per la sua vita;

- la tutela giuridica del nascituro, pure prevista dal nostro ordinamento, è peraltro regolata in funzione del diritto del concepito a nascere (sano), mentre un eventuale diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota;

- anche la tutela del concepito ha "fondamento costituzionale" nell'art. 31 comma 2° della Costituzione, che "impone espressamente la protezione della maternità" e, più in generale, nell'art. 2, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito" ed il nostro ordinamento positivo tutela il concepito - e quindi l'evoluzione della gravidanza - esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui, se di diritto vuol parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere.

In continuità con tali principi la Suprema Corte, di nuovo investita della questione della risarcibilità in proprio del nascituro, con la sentenza n. 10741/2009, ha ribadito che il nascituro o il concepito devono ritenersi dotati di autonoma soggettività giuridica ed ha affermato il principio di diritto secondo il quale, stante la soggettività giuridica del concepito, al suo diritto a nascere sano corrisponde l'obbligo dei sanitari di risarcirlo in caso di mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine ai possibili rischi teratogeni conseguenti alla terapia prescritta alla madre, sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. Anche in questa sede il collegio ha ribadito che il diritto al risarcimento riconosciuto al figlio nato in conseguenza di una terapia nociva non contraddice la esclusione di ogni tutela risarcitoria nel diverso caso della mancata informazione (sui rischi di malformazione del feto) incidente sulla decisione della madre di interrompere, in tal caso, la gravidanza, attesa la già affermata inconfigurabilità nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sano. La novità di quella sentenza, consiste nel riconoscimento che gli effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. "contatto sociale") instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio al quale è riconosciuto un autonomo diritto al risarcimento.

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

Con altra sentenza (9700/2011) la Corte evidenziò come il diritto di credito di natura risarcitoria appartenesse alla figlia in quanto nata orfana, e come tale destinata a vivere senza la figura paterna. Prima di nascere ella non poteva avere acquistato il diritto di credito al risarcimento che postula la lesione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, da identificarsi, nella specie, con il diritto al godimento del rapporto parentale, diritto certamente inconfigurabile prima della nascita, così come solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto derivano. Tuttavia, la figlia è stata privata del rapporto col padre nascendo, non prima che nascesse. In precedenza, esistevano solo le condizioni ostative al suo insorgere per la già intervenuta morte del padre che la aveva concepita: ma la mancanza del rapporto interpersonale, del legame emozionale che connota la relazione tra padre e figlio è divenuta attuale quando la figlia è venuta alla luce. In quel momento si sarebbe dunque verificata **LA PROPAGAZIONE INTERSOGETTIVA DELL'EFFETTO DELL'ILLECITO** *“per la lesione del diritto della figlia (non del feto) al rapporto col padre, e nello stesso momento è sorto il suo diritto di credito al risarcimento, del quale è dunque diventato titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato”*. Quella sentenza individua il nesso di causalità fra illecito e danno, inteso questo come insieme di conseguenze pregiudizievoli derivate dall'evento (morte del padre): il figlio cui sia impedito di svilupparsi nell'ambito di questo rapporto genitoriale ne può riportare un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto indipendentemente dalla circostanza che egli fosse già nato al momento della morte del padre o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente (in tal senso, già Cass. 22 novembre 1993, n. 11503 e Cass. 9 maggio 2000, n. 5881, contraddette da Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410 e nn. 8827 ed 8828 del 2003 : *“il solo concepimento e la mancata esistenza in vita della congiunta al momento del fatto esclude l'esistenza di un vincolo familiare idoneo a configurare il danno parentale del quale la giurisprudenza ammette il risarcimento.”*).

Con la stessa sentenza 9700 del 2011 la Corte ha anche incidentalmente affermato che quanto alle **modalità di insorgenza del diritto al risarcimento**, il caso della perdita del padre durante la gestazione non si differenzerebbe da quello della lesione colposamente cagionata al feto durante il parto (dunque prima della nascita), da cui derivi, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il patito danno alla salute che si acquista anch'esso solo con la nascita e che, rispetto al quesito *“se sia configurabile il diritto al risarcimento del nato geneticamente malformato nei confronti del medico che non abbia colposamente effettuato una corretta diagnosi in sede ecografica ed abbia così*

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

*precluso alla madre il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, che ella avrebbe in ipotesi domandato” questa diversa ricostruzione delle modalità di insorgenza del diritto al risarcimento dei danni futuri (dei danni, cioè, che al tempo della consumazione della condotta illecita non si sono ancora - o non si sono del tutto - prodotti pur in presenza di elementi presuntivi idonei a ritenere che il pregiudizio si produrrà) consentirebbe di riconoscere il diritto al risarcimento anche al nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori, come oggi avviene, sembrando del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico; e che, come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, **si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato)”**.*

Orbene, rispetto a quanto sin qui predicato, con **la sentenza 16754/12** la Corte dichiara di condividere tale ricostruzione e riafferma il concetto in base al quale il concepito è **“centro di interessi suscettibile di tutela”**, ed ovvero, **oggetto di tutela “progressiva” ma non anche soggetto di diritto**, essendo la soggettività un’astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici e ne precisa i contorni affermando che, in questo senso, si muoverebbe l’intero plesso normativo, ordinario e costituzionale.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile attribuito alla madre, laddove sia ingiustamente leso, comporta un diritto della madre stessa al risarcimento del danno ma comporterebbe anche ad avviso della Corte la **propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito** (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre) al minore nato malformato. Non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica si tratta quindi, bensì della propagazione intersoggettiva dell’illecito che legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire il giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto.

Altro discorso è a farsi in caso di obbligo dei sanitari di risarcire il minore in caso di mancata osservanza sia del dovere di una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine ai possibili rischi teratogeni conseguenti alla terapia prescritta alla madre, sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. **In questi casi il minore nato malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento (dopo la nascita e quindi divenuto soggetto di diritto) non fa valere un diritto alla vita né un diritto**

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere, ma fa invece valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento.

All'esito della ricognizione delle pronunce più significative della Corte e dei contributi dottrinali il collegio ritiene di poter ricondurre la questione processuale sottoposta al suo esame in una dimensione rigorosamente giuridica e dunque scevra da suggestioni etiche, filosofiche, o anche solo "creative", e lo fa premettendo che la questione della protezione del concepito non si discosta da quella della protezione dell'essere umano, nel senso che sarà compito di un essere umano già vivente assicurare tutela a chi essere umano deve ancora diventare.

Non sarebbe vero quindi, - sostiene il Collegio - che affermare la risarcibilità del danno da nascita malformata equivale ad affermare l'esistenza (e la rilevanza giuridica) di un diritto ad essere abortito quale rivendicazione propria del nascituro/soggetto di diritto tutte le volte che tale diritto all'aborto sarebbe stato esercitato dalla madre se opportunamente informata della malformazione su sua esplicita richiesta. Sostenere che, se alla madre è consentito evitare la nascita in vista di una possibile malattia psichica, sarebbe del tutto contrario al principio di uguaglianza negare il medesimo diritto al minore, risulta una evidente aporia, proprio perché il diritto vantato dal minore non è affatto volto alla sua soppressione "ora per allora", né tantomeno alla rivendicazione di dover nascere sano ovvero di dover non nascere se non sano in attuazione di una ipotetica quanto inconcepibile eugenetica postnatale, ma alla riparazione di una condizione di pregiudizio per via di un risarcimento funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa.

In definitiva la sentenza afferma :

- la legittimazione attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento.
- il danno : il vulnus lamentato da minore malformato non sarebbe la malformazione in sé bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata. Violato e/o limitato sarebbero : il diritto (ex art. 32 Cost.) al benessere psicofisico – il diritto (art. 2 Cost.) allo svolgimento della propria personalità; il diritto (art. 3 Cost.) al pieno sviluppo della persona; il diritto (artt. 29, 30 e 31 Cost.) al libero e sereno svolgimento della vita familiare sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli.

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

- l'evento di danno, che non è il pregiudizio di essere in vita, né quello della malformazione del nato di sé sola considerata, ma la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto di includente-incluso.
- il nesso di causa : va affermata la equiparazione quoad effecta tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile ovvero che tale handicap abbia cagionato e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge).
- la colpevolezza della condotta riposa nella non sufficiente attendibilità del test in presenza di una esplicita richiesta di informazioni finalizzate, se del caso, all'interruzione della gravidanza da parte della gestante, e nel difetto di informazioni circa la gamma complessiva delle possibili indagini e dei rischi ad essa correlati.
- gli oneri probatori. Il problema della prova che all'interruzione della gravidanza della donna si sarebbe determinata se fosse stata informata si pone solo se il convenuto ne contesti l'assunto ancorché implicitamente contenuto nell'atto di citazione. **Nell'ipotesi in cui tale volontà non sia stata espressamente manifestata** dalla gestante, difatti, la presunzione di cui sembra legittimo discorrere sul piano dell'inferenza logica di un'intenzione (l'interruzione di gravidanza) desumibile da una condotta significativa (la sola richiesta di accertamento diagnostico), ha indubbio carattere di **presunzione semplice**. La richiesta di accertamento costituisce in tal senso un "indizio isolato" che abbisogna di conferme ulteriori.

La sentenza enuncia quindi su questo ultimo tema (l'onere della prova) un condivisibile principio che pone un argine a quella che la stessa Corte definisce una "*latente sensazione di sotterfugio cui ricorre la giurisprudenza per riconoscere il risarcimento in via indiretta all'handicappato*". Si ammette quindi, ed è già questo un dato significativo, che c'è una tendenza diffusa a forzare le norme per assicurare alla famiglia dell'handicappato un ristoro economico.

La sentenza mina il principio in virtù del quale "*la vicenda processuale non incerta, ma già segnata ab origine nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta diagnostica nonostante la impossibilità della prova di un fatto*

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta).”

La Corte da atto infatti, dell'estrema difficoltà (scrive : “*ai confini con la materiale impossibilità*”) di fornire la prova negativa del fatto che la gestante avrebbe abortito e quindi ritiene che sia l'attrice che deve integrare il contenuto di quella presunzione (fino ad oggi sufficiente) con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa il fatto che effettivamente se ella avesse saputo, avrebbe abortito.

Non sembra, scrive la Corte, che in assenza di qualsivoglia, ulteriore dichiarazione di intenti, si possa sempre e comunque desumere da una richiesta diagnostica la automatica volontà di interrompere la gravidanza in caso di diagnosi di malformazione.

Non si può trasformare – aggiunge la Corte - un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) “*in una sorta di vicenda para-assicurativa ex post, consentendo sempre e comunque, mercé l'automatica allegazione della presunzione semplice in discorso (la madre allega che se avesse saputo avrebbe abortito), di introdurre istanze risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata. Diverrebbe, in tal caso, vicenda processuale non incerta, ma già segnata ab origine nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta diagnostica nonostante la impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta)”*.

E' molto significativa (e positiva) questa spallata al principio in base al quale per dimostrare l'evento di danno era sufficiente l'allegazione della gestante di aver avuto l'intenzione di abortire che da ultimo era stato fatto proprio dalla Suprema Corte.

La riconsiderazione - in questi casi - dell'onere probatorio che tenga conto del principio di vicinanza della prova per richiedere alla madre un quid ulteriore rispetto all'“*indizio isolato*”, vale sicuramente a soccorrere il medico, chiamato sin qui alla prova diabolica circa l'intenzione della gestante di non interrompere la gravidanza.

Questa novità è forse anche più significativa dell'attribuzione del diritto al risarcimento **anche** al minore nato malformato, posto che il numero e l'entità dei vari indennizzi è oggettivamente questione di secondo momento rispetto al

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

fatto che il medico possa difendersi e che quindi si accerti, talvolta, che non è dovuto alcun indennizzo a chicchessia.

Ciò detto, e venendo invece a ciò che della sentenza non ci appare condivisibile, la Corte ha bene in vista ciò che il risarcimento del danno da nascita malformata non è e non può essere (diritto ad essere abortito o diritto a non nascere se non sano), e tuttavia sembra perdere di vista l'interesse protetto del concepito ed il fatto che esso è antagonista rispetto a quello alla autodeterminazione della madre. Se infatti, si ha riguardo agli interessi protetti che sono in gioco, risultano fuorvianti anche i parallelismi articolati nella sentenza con le altre ipotesi (danno diretto al feto) o con gli altri soggetti (padre o fratelli del nato malformato).

Secondo il ragionamento che il Giudice di legittimità aveva già svolto con la sentenza 9700/2011, sarebbe *“del tutto in linea col sistema (e con la diffusa sensibilità sociale) che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico”*.

Si dovrebbero quindi senz'altro estendere anche ai soggetti che sono terzi rispetto al contratto intercorso tra il medico e la gestante (padre o feto) e che sono esposti ai pregiudizi conseguenti all'inadempimento del sanitario, gli "effetti protettivi" del contratto. In favore di costoro si propagherebbero gli effetti diacronici dell'illecito.

Ora, se ciò è assolutamente vero nel caso di contratto finalizzato alla terapia e di somministrazione di farmaci dannosi per il nascituro, (poiché madre, padre e feto hanno in comune l'interesse alla tutela della salute del nascituro), non altrettanto è a dirsi nel caso di diagnosi finalizzata all'eventuale aborto. In questo caso si deve pur sempre considerare il “conflitto di interessi” della gestante che contrae con il medico una diagnosi finalizzata – in caso di positivo accertamento della malformazione - alla soppressione del feto.

Non si può accomunare la posizione del figlio malformato a quella degli altri soggetti (madre in primis), rispetto all'illecito, poiché in tal modo si è perde di vista il dato di partenza (fatto proprio anche della stessa Corte) ed ossia, che **a monte della facoltà di interrompere la gravidanza riconosciuta alla madre, vi è un ordinamento statale che nel riconoscimento tra il valore (e la tutela) della salute della donna e il valore (e la tutela) del concepito, consente, a determinate condizioni, il sacrificio di quest'ultimo.**

Anche nella sentenza in commento infatti, la S.C. premette chiaramente che laddove l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, *“si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del “diritto” del feto a*

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

venire alla luce". Ma se tale sacrificio non si consuma in conseguenza dell'omessa diagnosi del medico, è innegabile che quale ulteriore effetto, necessario e contrapposto, si salvaguarda il valore (e la tutela) del concepito nel senso espressamente voluto dal Ns. ordinamento.

La venuta alla luce del nato malformato non può essere ridotta al rango di mero "pregiudizio" o valutata solo quale "esistenza diversamente abile" senza contraddire il Ns. intero impianto ordina mentale, orientato senz'altro per la nascita anche di tali "esistenze diversamente abili".

Ogni sforzo in senso contrario si risolve in un sofisma poiché nella fattispecie gli interessi tipici protetti in gioco sono due e non solo quello della madre.

In termini giuridici – gli unici che abbiano cittadinanza in questa sede - la venuta alla luce del nato malformato rappresenta comunque il positivo compimento della tutela di un interesse tipico protetto. La madre è la danneggiata dall'illecito, in uno con il padre – coi limiti e nei termini di cui infra, mentre il nato vede realizzato il suo interesse tipico protetto. Affermare il contrario significa interpretare contra legem poiché equivale ad affermare che il nato malformato non ha interesse (tipico protetto) a nascere o non ha interesse (tipico protetto) a nascere contro la volontà della madre e dunque, contraddire la legge sulla base di personali considerazioni etiche.

Non si può condividere l'idea che la possibilità legale dell'aborto sia riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso. La verità è che la possibilità legale dell'aborto è assegnata dall'ordinamento per tutelare un interesse della madre e comporta il sacrificio del feto. Non altro. Non è un diritto che include un altro diritto o un altro interesse protetto, ma sono due soggetti di diritto che hanno generalmente un interesse protetto coincidente : la nascita e la maternità. Nel momento in cui gli interessi diventano divergenti ed incompatibili tra loro, l'ordinamento positivo compie una valutazione ed assegna o nega alla madre il diritto di sacrificare il feto se - rispettivamente - ricorrono o non ricorrono determinati presupposti. In mancanza di tali presupposti è l'interesse protetto del feto che è destinato a prevalere su quello della madre che volesse, in ipotesi, interrompere la gravidanza.

Nell'applicazione al nato malformato della teoria della propagazione intersoggettiva degli effetti dell'illecito consumato in danno della madre la Corte non tiene conto del fatto che nel caso specifico l'illecito lede un diritto

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

antagonista rispetto al concorrente diritto del feto e che quindi, non può propagare ad esso gli effetti dannosi più di quanto non possano propagarsi alla madre gli effetti benefici che pur conseguono dalla tutela del concepito.

Anche il concetto stesso di risarcimento del danno per equivalente rende la misura della incoerenza del ragionamento.

Non si possono risarcire alla madre direttamente le sofferenze e i disagi conseguenti alla nascita indesiderata restituendole la vita che avrebbe voluto e così, le si liquida un indennizzo che valga a rendere la sua esistenza più agevole e quindi, più prossima a quella condizione “senza pene” che avrebbe avuto senza errore medico.

Non si può sopprimere il nato malformato ora per allora per ricostruire ciò che sarebbe stato senza colpa medica ma tanto meno è possibile fare alcunché per rendere la sua esistenza più prossima a quella condizione di non-esistenza che avrebbe avuto senza errore medico.

Che ci sia questo salto logico nella sentenza è agevole constatarlo nello sforzo compiuto per rappresentare la “*riparazione di una condizione di pregiudizio*” che non è tra “essere” e “non essere”, secondo ciò che la realtà fattuale comporta in caso di aborto, ma tra “essere malformato” ed “essere sano”, secondo ciò che non sarebbe mai potuto essere e che non si può pretendere di indennizzare.

Anche l'accostamento che la Corte fa tra la le ipotesi di perdita del padre durante la gestazione o di lesione colposamente cagionata al feto durante la gestazione o durante il parto, rende la misura della fallacità della ricostruzione. In questi casi la “*riparazione di una condizione di pregiudizio*” trova riscontro in ciò che sarebbe stato nella realtà fattuale e che secondo il criterio della c.d. regolarità causale è conseguenza dell'illecito. La figlia che perde il padre durante la gestazione è privata (alla nascita) del rapporto parentale (specifico diritto inviolabile della persona), poiché ciò è quanto accade; il feto al quale è arrecata la lesione colposa durante la gestazione o durante il parto è leso (alla nascita) nel suo diritto alla salute, poiché egli sarebbe stato sano; ma il feto malformato che viene alla luce in dipendenza della omessa diagnosi del medico, non può dolersi (alla nascita) del proprio stato di infermità poiché non è affatto vero che tale stato di infermità sarebbe mancato se egli non fosse nato, poiché, al contrario, egli sarebbe stato soppresso con la sua stessa infermità.

Non basta quindi, affermare che il nato malformato **non-avrebbe vissuto** la sua condizione di infermo se la diagnosi fosse stata corretta, poiché bisogna anche aggiungere, in coerenza, che egli **avrebbe non-vissuto** la sua condizione di infermo e di qui poi, esprimere una valutazione tra “essere (infermo)” e “non

12

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

essere (affatto)” che non compete all’operatore di diritto e rispetto alla quale l’ordinamento statale si è comunque espresso in modo inequivoco.

Riguardando poi agli altri soggetti considerati dalla sentenza, l’ingiustizia del danno non dovrebbe riferirsi al danno-evento, che di per sé è l’illecito, ma piuttosto al danno-conseguenza, avuto riguardo a ciascuno dei soggetti coinvolti ed ai rispettivi interessi tipici protetti, senza i quali non c’è spazio per alcun risarcimento.

E dunque, se è ingiusto il danno alla madre che alleghi e dimostri la sua intenzione di abortire, a maggior ragione dovrebbe dirsi altrettanto per il padre, poiché anche rispetto a questi il danno ingiusto può solo presumersi.

Se è vero infatti, che la decisione di abortire è legalmente rimessa alla madre, è altrettanto lecito presumere che la decisione di costei di sottoporsi ad una indagine finalizzata all’interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali, sia condivisa con il padre del nascituro. Sulla base di tale presunzione la lesione dell’interesse protetto della madre all’autodeterminazione concorre con la lesione di altro interesse protetto (ex artt. 29 e 30 Cost.) del padre del nascituro, anche esso positivamente riconosciuto dal nostro ordinamento. Non si tratta qui di considerare la rilevanza alla volontà del padre del concepito, marito della donna che chiede di interrompere la gravidanza, bensì di considerare il fatto oggettivo che interviene a modificare illegittimamente la vita familiare del padre.

In caso contrario e quindi, ove il padre non abbia condiviso ed abbia anzi avversato la scelta della madre di interrompere la gravidanza poiché per sue personali convinzioni avrebbe desiderato la nascita, dovrebbe escludersi che egli possa poi farsi attore contro il medico per reclamare il danno da nascita indesiderata. Evidentemente mancherebbe in tal caso qualunque danno-conseguenza.

Di qui allora, la necessità che anche il diritto del padre al risarcimento del danno sia concretamente allegato, nei sopra citati termini, e sia dimostrato, ove venga contestato.

Sulla scorta di questo ragionamento dovrebbe infine affermarsi che, oltre alla madre ed eventualmente al padre, non c’è spazio per altri interessi tipici lesi dell’illecito in discussione e che possano essere risarciti.

Anche la famiglia non può dirsi lesa oltre la lesione che, nei limiti evidenziati, può aver riguardato la coppia, poiché ai figli non è dato condividere le scelte genitoriali relative alla filiazione o l’adozione e pertanto essi non hanno nessun interesse tipico protetto che possa dirsi ingiustamente leso dalla nascita di un fratello nato malformato.

Anche quello stesso danno riflesso che secondo l’ipotesi tratteggiata dalla Corte

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

viene patito dai fratelli del nato malformato è in realtà null'altro che lo specchio del danno lamentato dai genitori ed è già risarcito a costoro.

Senza attingere a paradossi dimostrativi, è sufficiente considerare l'abnormità del ragionamento svolto dalla Corte sulla scorta di talune suggestioni (come ad es. l'onere di assistenza del nato malformato che dopo la fine dei genitori che graverebbe sui fratelli) laddove competerebbe il diritto al risarcimento del danno non solo ai fratelli già in vita ma anche a quelli nati dopo il nato malformato per una consapevole scelta dei genitori.

In conclusione, e tornando alla questione che ci riguarda più da vicino e quindi, al riconoscimento del danno in favore del nato malformato per il caso di omessa diagnosi della malformazione, si può ribadire che la propagazione degli effetti diacronici dell'illecito, nel senso fatto proprio dalla sentenza in commento, investirebbe un soggetto che non solo non è portatore di un interesse coincidente con l'interesse tipico tutelato (quello della madre all'autodeterminazione) ma che addirittura è portatore di un interesse tipico protetto esattamente opposto ed incompatibile con quello leso, interesse che, paradossalmente, risulta "tutelato dall'illecito".

Riconoscere a quest'ultimo una legittimazione al risarcimento del "danno" sarebbe allora una contraddizione in termini, poiché nel mentre si risarcisce alla madre il danno che è conseguente alla lesione dell'interesse protetto di costei, si risarcirebbe anche al nato malformato il "danno" che è conseguente alla (involontaria) salvaguardia del suo interesse protetto. Quanto al risarcimento per equivalente poi, neppure si può seriamente pensare di attribuire un bene della vita al nato malformato che possa renderlo prossimo alla condizione di non-esistenza che avrebbe avuto senza l'errore medico.

In realtà, lo stato funzionale di infermità, quella "*sintesi generatrice di una vita handicappata*" che costituirebbe il vulnus lamentato da parte del minore malformato secondo quanto statuito con la sentenza in commento è una condizione esistenziale che il ns. ordinamento tutela come e più delle altre, non solo nella sua fase dinamica ma anche nella sua fase embrionale, assicurando che il nascituro venga ad esistenza sempre, salvo il caso in cui non debba essere sacrificato per salvaguardare il concorrente diritto alla salute della madre che si autodetermini all'interruzione della gravidanza ricorrendone i presupposti. In questi casi, quella "*sintesi di vita ed handicap*" diventa vulnus per la madre, o meglio per la salute fisica o psichica della madre, ma non può certo assurgere, al tempo stesso, a "vulnus" per se stessa, non più di quanto ciascun essere

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 06 Novembre 2012

umano non possa essere *vulnus* per se stesso in considerazione della sua condizione di essere mortale.

Napoli il 6 Novembre 2012

Avv. Paolo Pecora