DOPO LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE | La nascita non è più valore positivo

NOTE MINIME SUL "DIRITTO A NON NASCERE": UNA SENTENZA "MANIFESTO"?

di Antonio Palma*

1. – Con una decisione indiscutibilmente innovativa (che consta di ben 76 pagine), la Cassazione, rompendo con il passato (il riferimento è a Cass., 14888/2004; ma in senso conforme all'annotata decisone già Cass., 10741/2009), afferma il diritto del nascituro a «non nascere», seppure con le dovute distinzioni e precisazioni. E non è, ovviamente, un caso che simili decisioni derivino da indagini diagnostiche e '*preparto*', dunque, in materia di responsabilità del ginecologo. Nell'ambito della fattispecie concreta, la bimba nasceva affetta da sindrome di Down.

Ecco la massima ufficiale: «la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti di entrambi i genitori anche ai fratelli 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, nonché al figlio nato malformato. La situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sano. In forza della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non è solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno anche se la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita».

La Cassazione riforma la decisione della Corte territoriale (App. Venezia) che, invece, aveva fatto proprio il pregresso orientamento della Corte, che aveva respinto analoga richiesta, così motivando: «verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto» (così, Cass., 14888/2004).

Anche in chiave ricostruttiva della drammatica vicenda sottostante alla annotata decisione e delle questioni sollevate, pare il caso di ricordare che la Corte territoriale (app. Venezia) rigettò la richiesta risarcitoria, con la seguente motivazione: «la sola indicazione del cd. "tritest" quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della signora (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo, come l'amniocentesi avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta (...)»; ed inoltre, in maniera particolarmente significativa, si legge ancora in motivazione, «l'accertamento di una malformazione fetale non è di per sé sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza, posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre, mentre la sussistenza dei relativi presupposti di legge, ex art. 6 l. 194/78 non era neppure stata adombrata dagli attori, onde nessuna prova poteva dirsi acquisita al processo in ordine alla esposizione della donna a grave pericolo per la sua vita o per la sua salute fisica o psichica in caso di prosecuzione della gravidanza nella consapevolezza della malformazione cromosomica del feto».

Le complesse questioni sollevate nell'ambito della fattispecie appaiono, dunque, evidenti, a cominciare dalla vessata problematica del consenso informato, per procedere in relazione alle condizioni legittimanti l'aborto, almeno de iure condito, solo terapeutico e non eugenetico, per finire alla altrettanto dibattuta questione della soggettività giudica del nascituro e, dunque, dell'embrione, questa volta sotto il profilo dell'attribuzione, direttamente in suo favore, del diritto a non nascere se non sani.

Si accennava subito sopra come, per la verità, debba essere forse ridotta la portata innovativa della decisione in sé – non ovviamente della questione sollevata, dell'attribuzione del diritto risarcitoria direttamente in favore del nascituro –, in considerazione del fatto che già nel 2009, la Cassazione, aveva affermato l'attribuzione di un simile diritto in favore dei nascituri, argomentando specialmente dal diritto europeo.

Ci si riferisce alla citata decisione di Cass., sez. III, 11.5.2009, n. 10741, per la quale, senza mezzi termini, «il nascituro ha il diritto a nascer sano, in virtù, in particolare, degli artt. 2 e 32 Cost. (nonché dell'art. 3 della Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psico-fisica). Per tale motivo, sia la mancata informazione, sia la prescrizione di un farmaco ritenuto teratogeno devono essere ritenute dai giudici come fonti autonomi di responsabilità nei confronti del nascituro, per la violazione dell'obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesive del bene salute».

Il caso aveva ad oggetto la scelta tra un parto cesareo o naturale, e relative implicazioni e conseguenze.

2. – Sulla questione del consenso informato, la cui violazione, è fonte di responsabilità per l'operatore sanitario, ci si limita, in questa sede, anche per ovvie ragioni di sintesi, a ricordare l'orientamento oramai diffuso della Corte, sintetizzato in alcune recenti significative decisioni.
Particolare valore euristico ha specialmente Cass., 9.2.2012, n. 2847 che, con massima determinazione, ed in effetti, portata innovativa, ha affermato che: «la violazione del diritto all'autodeterminazione dell'ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è ricavato, anche se l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito, ma se il cliente lamenta anche la lesione alla salute per il mancato consenso dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporti all'intervento».
Una decisione, questa, che può far discutere, in termini di teoria generale dell'illecito civile, in relazione specialmente all'elemento materiale del danno.
Dunque la violazione delle regole del consenso informato determinano la violazione di un bene giuridico, costituzionalmente rilevante di per sé, qual è il diritto all'autodeterminazione, diverso anche dal diritto alla salute (come, peraltro, già stabiliva Cass., 10741/(2009, cit.; ma già Cass., 18513/2007). Si legge, difatti, in motivazione, il diritto all'autodeterminazione «rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra costituzione, il quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».
A tal riguardo, secondo la Corte Costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente "la libertà personale è inviolabile" e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"».
Ancora una volta, dunque, i due diritti titanici sono al consueto scontro: diritto di libertà individuale o diritto alla salute?
Con specifico riferimento alla fattispecie in esame, l'annotata decisione del 2012, condividendo l'orientamento appena indicato, ha, dunque, statuito che «deve pertanto ritenersi configurabile, nella specie, l'inadempimento alla richiesta di diagnosi si a come funzionale all'interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali», in considerazione anche dell' «altissimo margine di errore» del tritest (v. p. 13-14).

3. – Altro nodo problematico sollevato nella fattispecie è la relazione con la tematica dell'aborto, alla quale pure si è fatto cenno nelle pagine che precedono, posto che, com'è noto, l'ordinamento consente soltanto l'aborto terapeutico e non quello eugenetico (v. artt. 1 e ss. l. 194/1978).
La Corte territoriale, come indicato, in interpretazione ed applicazione delle suddette disposizioni, nel rigettare la richiesta risarcitoria, ha affermato che, nel giudizio, non sarebbe emersa la prova circa il *grave stato di pericolo* della donna legittimante l'interruzione di gravidanza, da considerarsi, dunque, assente.
Sul punto, la decisione annotata, richiamando un suo orientamento al riguardo, ha, invece, rilevato quanto segue: «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. Infatti, la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella 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».
Questa motivazione non manca, per la verità, di suscitare obiettive perplessità, atteso che, seppure con ogni dovuto approfondimento sembra sovrapporre, se non addirittura confondere, i presupposti legittimanti l'aborto, ed in particolare la circostanza che debba esservi relazione tra malformazione del feto e stato di pericolo per la salute della donna.
L'applicazione rigorosa dei presupposti legittimanti l'aborto terapeutico appare quanto mai necessario, pur nel rispetto dei diritti di libertà individuale, atteso che, altrimenti, il rischio noto è quello di favorire, anche involontariamente, aborti eugenetici (v. artt. 4 e 6 l. 194/78).

4. – La tutela risarcitoria viene estesa dalla Corte in favore dei fratelli del nascituro.
Con riferimento ai primi, si ricordi che, secondo un pregresso orientamento, il risarcimento del danno

veniva, in simili ipotesi, riconosciuto in origine soltanto ai genitori: alla madre, anche in quanto ovviamente parte del rapporto (contrattuale) con la struttura o il medico; al padre, in quanto terzo direttamente tutelato dal contratto, considerato *contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi* 'qualificati', appunto il padre ed il concepito (si ricordi Cass., 14.7.2006, n. 16123). In relazione all'estensione di tutela in favore del padre, peraltro, si discuteva se avvenisse *ex contractu* (come oggi comunemente si ritiene; v. Cass. 2006/16123), o come «vittima di rimbalzo» (Cass., 6375/2002).
I fratelli e le sorelle non venivano, invece, considerati terzi protetti dal rapporto.
La corte ha applicato i medesimi principi in estensione della tutela in favore del padre: «anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e dalle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto sussistente 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» (p. 17).
Anche questa parte emotiva, per la verità, non manca di suscitare alcune perplessità, in relazione ad una diversa prospettazione dei doveri di solidarietà, specialmente in ambito familiare, dalla quale pur potrebbero legittimamente discendere rinunce a «piaceri» e «godimenti» vari.

5. – Quanto al riconoscimento del diritto risarcitorio in favore del nascituro, la questione è di peculiare complessità, coinvolgendo la tematica, tra l'altro, dei diritti adespota, diritti, cioè, senza titolare, alla quale in questa sede non è possibile neppure un cenno.
La stessa decisione, al riguardo, non manca di manifestare legittime perplessità circa il riconoscimento di azione autonoma in favore del nascituro, atteso che «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, in quanto a norma dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista al momento della nascita ed i diritti che la legge riconosce in favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita» (p. 23); ed inoltre, l'ordinamento «tutela il concepito – e quindi l'evoluzione della gravidanza – esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita» (p. 24); ed ancora, «se esistesse detto diritto a non nascere se non sano, se ne dovrebbe ritenere l'esistenza indipendentemente dal pericolo per la salute della madre derivante dalle malformazioni fetali» (p. 25).
In estrema sintesi, la corte ritiene, tuttavia, superabili queste argomentazioni (ed altre contrarie ancora), affermando la legittimazione del minore in proprio all'azione risarcitoria, in caso di malformazione incurabile, riconoscendo a «*qui in utero est* (...) la natura di soggetto di diritto ovvero, del tutto specularmene, di oggetto di tutela *sino al momento della sua nascita*» (p. 36).
Con un significativo mutamento di orientamento, «la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita, la situazione soggettiva tutelata è il diritto alla salute, non quello a nascere sani». Si precisa che «chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tanto meno un diritto a non nascere. Fa valere ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, sul piano funzionale (quello cioè del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana ... o la non nascita» (p. 53).
Il fondamento di un simile diritto è rinvenuto negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.: la lesione lamentata dal minore malformato, difatti, «non è la malformazione in sé considerata – non è, in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), 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». Non viene, dunque, in rilievo la nascita, bensì «la futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale di una vita che merita di essere vissuta meno disagevolmente».
Pare, quindi, essere abbandonata la teoretica del diritto a nascere sani o a non nascere se non sani: la questione, secondo l'annotata decisione, difatti, «non è più quella della sua venuta al mondo, ma soltanto quella del suo handicap (...) 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».
Ed ancora, la propagazione di responsabilità in favore del nascituro è effetto della «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).
E si precisa ancora che questa «propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito è conseguenza del fatto che «l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile» non è «solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno».
Ulteriori valutazioni significative vengono, poi, manifestate in relazione al nesso di causalità, in ordine alle quali si rinvia al testo della decisione (p. 60 e ss.).

6. – E' quasi inutile sottolineare la peculiarità degli interessi tutelati e oggetto di indagine (salute e vita della persona umana) in materia di responsabilità del medico ginecologo, contribuendo in materia determinante ad una *risistematizzazione* concettuale del sistema della responsabilità civile, integralmente considerato.
Tuttavia, le significative argomentazioni della Corte non sembra debbano far passare in second'ordine quel diffuso invito alla prudenza allorché si 'maneggino' detti beni.
Resta, comunque, il dissenso per una decisione che per giustificare le sue determinazioni sembra far ricorso ad antiche concezioni dell'embrione, come *portio rei*, per coinvolgerlo in un comune destino con i genitori e familiari.
Inoltre, nonostante la finezza delle argomentazioni adottate, appare evidente il contesto ideologico di riferimento, per il quale la nascita – e la vita – non sembra essere un valore per se stesso positivo, se non accompagnata da aspettative positive in ordine alla sua "comodità" di gestione. Un'idea ingenua e semplicistica.

** Professore Ordinario*
Istituzioni di Diritto Romano
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Napoli "Federico II"
Avvocato
Presidente Scienza & Vita Napoli