

ZI12112616 - 26/11/2012

Permalink: <http://www.zenit.org/article-34129?l=italian>

Note minime sul "diritto a non nascere": una sentenza "manifesto"? (Prima parte)

Dopo la sentenza della Cassazione | La nascita non è più valore positivo

*di Antonio Palma**

ROMA, lunedì, 26 novembre 2012 (ZENIT.org).

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 decisione 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 analogha 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

ZENIT

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 risarcitorio 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 sottoporsi 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

ZENIT

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).

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

[La seconda parte verrà pubblicata martedì 27 novembre]

*(Per consultare la newsletter di Scienza & Vita, si può cliccare sul seguente link:
<http://www.scienzaevita.org/materiale/Newsletter61.pdf>)*

| [More](#)

ZENIT

© Innovative Media, Inc.

La riproduzione dei Servizi di ZENIT richiede il permesso espresso dell'editore.