

ATTUALI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI NASCITA INDESIDERATA

Anna Aprile*, Andrea Sciarrone*, Tiziana Frusca*, Antonina Argo*, Marco Carucci*, Vittoria Leila Marchese**, Edoardo Barbolini ***.

* Comitato medico legale SIEOG

** Dottoranda di ricerca presso l'Università degli studi di Padova

*** Fondazione Poliambulanza, Brescia

In alcune recenti sentenze, la giurisprudenza di legittimità è tornata ad affrontare la complessa questione del diritto al risarcimento conseguente alla nascita di un figlio non desiderato in quanto portatore di gravi malformazioni.

Si parla, in particolare, di danno da nascita indesiderata (c.d. *wrongful birth*), per designare il danno non patrimoniale subito dalla gestante per non essere stata in grado di autodeterminarsi nella prosecuzione della gravidanza, specie in presenza di processi patologici del nascituro, che espongono a un grave pericolo la sua salute fisica o psichica.

Connessa ma distinta è, poi, la questione – tuttora controversa in giurisprudenza – del danno da vita indesiderata (c.d. *wrongful life*), ossia il danno che sarebbe subito direttamente dal concepito a causa della mancata interruzione della gravidanza.

Rilevante, perché segna un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza di legittimità, è stata la sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754 della sezione terza della Suprema Corte (Rel. Travaglino).

Il caso riguardava la richiesta di risarcimento avanzata per la nascita di una figlia affetta da sindrome di Down. Secondo la tesi attorea, la madre aveva esplicitamente chiesto al professionista sanitario di essere sottoposta a tutti gli accertamenti diagnostici necessari per escludere patologie gravi del feto, ad esse condizionando la prosecuzione della gravidanza. Il medico – sempre stando alla ricostruzione della parte attrice – invece di prescriverle l'amnio-centesi, le aveva prescritto unicamente il tri-test, senza informarla della relativa debolezza statistica.

La Corte ha riconosciuto la responsabilità del medico, non derivante dalla scelta dei test di *screening* e dall'omessa diagnosi in sé considerata, ma dalla mancata soddisfazione di un obbligo informativo esaustivo. La pronuncia ha prospettato una complessa ricostruzione del diritto all'informazione in gravidanza, attraverso il riferimento all'art. 2 della legge n. 833/1978, agli artt. 1, 4 e 6 della legge 194 del 1978, agli artt. 1176 e 1218 c.c., nonché all'art. 328 c.p., interpretati alla luce dei principi costituzionali contenuti negli artt. 13 e 32 della Costituzione. Il combinato disposto di queste norme, integrate da quelle pertinenti del Codice di deontologia medica, impone al sanitario di fornire al paziente ogni informazione, tenendo conto del suo livello culturale, della sua emotività e delle sue capacità di discernimento.

Ne è quindi risultato violato il «*diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica*». Infatti, il *deficit* di informazione, secondo tale sentenza n. 16754/2012, ha impedito alla donna di scegliere consapevolmente se effettuare un test, certamente più invasivo, ma diagnostico. Sul piano del nesso di causa, la Suprema Corte ha quindi equiparato la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato o abbia cagionato un handicap evitabile e l'errore medico che non ha evitato la nascita di un soggetto affetto da handicap.

Peraltro i profili su cui la Corte di cassazione ha introdotto elementi di maggiore novità hanno riguardato la legittimazione ad agire in giudizio e l'allocatione degli oneri probatori.

Circa il primo aspetto, tale sentenza ha introdotto elementi fortemente innovativi in quanto ha esteso la legittimazione attiva, già pacifica per i genitori, ai fratelli e alle sorelle, i quali subiscono un danno consistente nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale sereno e nella minor disponibilità, sia di tempo che economica, dei genitori. Ma soprattutto la legittimazione attiva è stata riconosciuta in capo al bambino nato con handicap, il quale può agire in giudizio per il risarcimento dei danni causati dall'omissione colpevole e consistenti non nella sola malformazione, ma in «*un'esistenza diversamente abile*». La Corte, in proposito, si è quindi discostata consapevolmente da un inveterato orientamento – affermato, tra le altre, nelle sentenze nn. 14488/2004, 16123/2006 e 10471/2009 – che negava la legittimazione ad agire *iure proprio* in capo al neonato, in quanto ammetterlo avrebbe significato riconoscere allo stesso un *diritto a non nascere* o a *non nascere se non sano*. La precedente giurisprudenza negava, infatti, la sussistenza di un tale diritto per un triplice ordine di motivi: innanzitutto, l'ordinamento tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non anche verso la non nascita, per cui sussiste il diritto a nascere sani nella sola accezione positiva; in secondo luogo, si asseriva, nei

citati precedenti, che la legge n. 194 del 1978 tutela il diritto alla salute della madre e alla procreazione consapevole, non certo l'aborto eugenetico; infine, si tratterebbe di un diritto adespota, visto che il concepito non lo può esercitare perché non ha la capacità giuridica e, viceversa, se il medico avesse correttamente adempiuto il suo obbligo informativo, la madre avrebbe interrotto la gravidanza, pertanto non ci sarebbe stato alcun soggetto da tutelare.

La c.d. sentenza Travaglino, invece, ha riconosciuto gli effetti propagativi dell'illecito compiuto dal medico anche nei confronti del concepito. La Corte infatti ha superato la disputa sullo *status* giuridico del concepito, posticipando al momento della nascita l'insorgere del danno in capo al nato affetto da malformazioni: se il feto è, prima della nascita, oggetto di protezione giuridica, dopo la nascita diviene soggetto di diritto. Sono stati evocati in sentenza numerosi principi costituzionali – in particolare quelli di cui agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. – per sancire la protezione giuridica dell'interesse del minore di alleviare, tramite il risarcimento, la propria condizione di vita destinata ad una non libera estrinsecazione.

Anche sotto il secondo profilo, quello degli oneri e dei temi di prova, la sentenza del 2012 merita di essere approfondita perché ha segnato un approccio più rigoroso rispetto ai precedenti in materia. A partire dalla sentenza n. 6735/2002, infatti, si era affermato un filone giurisprudenziale particolarmente “favorevole” alla parte attrice, che assumeva come normale e corrispondente a *regolarità causale* che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza ove informata di gravi malformazioni del feto. Più nel dettaglio, era sancita una doppia presunzione: la circostanza che la donna si fosse sottoposta ad indagini diagnostiche sulla salute del feto faceva presumere, di per sé, che, se informata delle malformazioni, avrebbe interrotto la gravidanza; era, poi, sufficiente, per assolvere l'onere probatorio, che la donna allegasse il fatto che si sarebbe avvalsa della facoltà di interruzione della gravidanza ove, appunto, informata, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso. Stando a tale giurisprudenza, sul medico veniva rovesciato l'onere probatorio, spettandogli la *probatio diabolica* di dimostrare che la gestante non avrebbe potuto o non avrebbe voluto interrompere la gravidanza, sebbene informata in modo esaustivo.

La svolta giurisprudenziale del 2012 con la sentenza 16754 ha ripristinato il criterio di vicinanza della prova nella distribuzione degli oneri probatori e ha rifiutato l'equazione tra richiesta di accertamenti diagnostici ed interruzione della gravidanza, in caso di malformazioni. Si è statuito infatti che la donna, in quanto parte attrice, ha l'onere di allegare e dimostrare che, ove fosse stata informata delle gravi malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza. Inoltre, onde evitare automatismi risarcitori, tale prova non può essere desunta dal solo fatto che la gestante avesse chiesto di sottoporsi ad esami volti ad accertare eventuali anomalie del feto, essendo la richiesta diagnostica solo un indizio, che la parte attrice deve integrare «con elementi ulteriori da sottoporre all'esame del giudice».

La sentenza c.d. Travaglino ha superato il precedente orientamento anche quanto all'accertamento dell'esistenza dei presupposti legittimanti l'interruzione della gravidanza. Si è affermato infatti, in proposito, che la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge n. 194 va verificata secondo un giudizio *ex ante*, rapportato al momento della diagnosi, avendo quanto accaduto nel seguito della vicenda solo «valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo».

La tematica è tornata di prepotente attualità a seguito della rimessione alle Sezioni unite, con ordinanza della sezione terza n. 3569 del 23 febbraio 2015, proprio della questione della distribuzione dei temi di prova in materia di nascita indesiderata. Le Sezioni unite, con la sentenza n. 25767 del 22 dicembre 2015, hanno sanato il contrasto sulla citata questione e si sono spinte a dirimere il contrasto anche sulla legittimazione ad agire per il risarcimento del danno.

La vicenda da cui ha preso le mosse la pronuncia che stiamo commentando riguarda, ancora una volta, la nascita di una bambina affetta da sindrome di Down. La donna sostiene di non essere stata correttamente informata, durante la gravidanza, circa la condizione del feto che portava in grembo, in quanto, benché i valori riscontrati negli esami effettuati non fossero rassicuranti, veniva avviata al parto senza ulteriori accertamenti.

La sentenza n. 25767/2015 ha riconosciuto che l'impossibilità della scelta della donna è fonte di responsabilità civile. La gestante, profana della scienza medica, si era affidata ad un professionista sanitario, sul quale gravava l'obbligo di rispondere in modo tecnicamente appropriato alle sue richieste e senza limitarsi a seguire le direttive della paziente, che, nel caso, aveva manifestato l'intenzione di sottoporsi ad un esame inadeguato a consentire una diagnosi affidabile sullo stato di salute del feto.

Circa la legittimazione del nato a far valere per sé il risarcimento nei confronti del medico – su cui l'ordinanza rileva la contrapposizione giurisprudenziale più netta – la pronuncia delle Sezioni Unite ha marcato l'arresto della posizione sancita nella sentenza c.d. Travaglino, la quale, secondo le Sezioni unite, rischia di scivolare verso «una visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti». I giudici, infatti, hanno affrontato preliminarmente la *vexata quaestio* della soggettività giuridica del concepito, sostenendo che, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo, anche se anteriore alla nascita, ed il danno che ne sia derivato al soggetto che con la nascita abbia acquistato la personalità giuridica, sorge e dev'essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento. Fatta questa premessa, però, la sentenza n. 25767/2015 ha negato che la malformazione congenita integri un danno, non constando il requisito del peggioramento della condizione del nato causato dalla condotta del medico. Insuperabile è risultata la contraddizione logica insita nell'impostazione fatta propria da Travaglino: «l'alternativa rispetto alla nascita malformata e alla vita malformata può essere solo la «non vita [...] e la non vita non può essere un bene della vita». A sostegno di tale tesi, la sentenza ha addotto l'argomentazione comparatistica, evocando la posizione assunta dalla giurisprudenza e dalla legislazione francesi a seguito del famoso caso Perruche e le pronunce che, negli Stati Uniti, in Inghilterra ed in Germania, hanno escluso la configurabilità di un diritto del nato al risarcimento del danno da *wrongful life*.

Le Sezioni unite hanno poi smentito la sentenza del 16754 del 2012 anche a proposito dell'equiparazione *quoad effectum* tra errori medici – quello cagionante la malformazione e quello che non la evita – perché una simile equiparazione eludeva di fatto l'accertamento del nesso di causa ed era insostenibile anche aderendo alla visione più ampia della causalità giuridica propria della teoria della *condicio sine qua non*.

Invece, in materia di oneri probatori la sentenza n. 25767/2015 ha abbraccia l'indirizzo più recente e ha confermato, quindi, che i genitori che agiscono per il risarcimento hanno l'onere di provare che la donna, debitamente informata, avrebbe esercitato il diritto di interrompere la gravidanza, mentre sul professionista convenuto incombe l'onere di prova contraria, ossia di dimostrare che la donna non si sarebbe, comunque, determinata ad interrompere la gravidanza.

Rispetto alla sentenza del 2012, le Sezioni unite hanno descritto meglio che l'onere in capo alla parte attrice sottende una duplice dimostrazione. Devono, in primo luogo, sussistere le condizioni di legge per l'interruzione della gravidanza, quindi nel caso di specie devono essere accertati le rilevanti anomalie del nascituro latrici del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna ex art. 6 lett. b) della legge n. 194/1978; altrimenti l'interruzione di gravidanza integrerebbe gli estremi di un reato e sarebbe esclusa la stessa antigiuridicità del danno. Va, poi, provata la volontà abortiva in presenza delle condizioni facoltizzanti.

La circostanza che la prova, di cui è onerata la parte attrice, verta anche su un fatto psichico ha indotto le Sezioni unite della Corte di Cassazione a consentirne l'assolvimento tramite la valorizzazione di circostanze contingenti da cui si possa inferire l'intenzione della donna, quali: il ricorso al consulto medico proprio al fine di conoscere le condizioni di salute del nascituro; le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, verificabili eventualmente tramite consulenza tecnica d'ufficio; pregresse manifestazioni di pensiero sintomatiche di una propensione abortiva in caso di grave malformazione del feto. È stata, invece, chiaramente ribadita l'insufficienza della prova dell'anomalia fetale quale indice presuntivo di una corrispondente volontà abortiva, che va provata, eventualmente anche in via presuntiva, in modo più specifico ed articolato, come indicato nelle esemplificazioni.

È interessante un altro passaggio della pronuncia, giudicato da alcuni commentatori troppo limitativo sul piano del danno conseguente all'espropriazione della facoltà di scelta della donna. Vi si afferma infatti che la parte attrice ha l'ulteriore onere di dimostrare il danno concretamente subito per esserle stata preclusa l'interruzione di gravidanza, ossia di dimostrare che il danno potenziale di cui all'articolo 6 lett. b) della legge n. 194/1978 «*si sia poi tradotto in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d'ufficio*».

In definitiva, il più recente insegnamento delle Sezioni unite della Corte di cassazione è rigoroso nei confronti dei genitori che agiscono in giudizio e, quindi, più "benevolo" dal punto di vista del medico ginecologo rispetto al più risalente filone della giurisprudenza, sia perché nega la configurabilità di un ulteriore danno risarcibile al nato, sia in quanto esclude l'esistenza di una presunzione generalizzata che la donna, ove tempestivamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza.

Meritano attenzione altre due sentenze della Suprema Corte, per le indicazioni che se ne possono trarre circa il contenuto e le modalità dell'informazione dovuta dal ginecologo alla gestante.

Con sentenza depositata il 27 novembre 2015, n. 24220, la sezione terza della Corte di Cassazione si è pronunciata sulla richiesta di risarcimento del danno avanzata dai genitori di una bambina affetta da sindrome di Down per non essere stati adeguatamente informati circa le indagini prenatali da effettuarsi. Il medico, che aveva fatto eseguire alla gestante solo il bi-test, si difendeva sostenendo di aver informato la donna che, al fine di escludere completamente la presenza di patologie fetali, era necessario sottoporsi ad altri test diagnostici, implicanti, però, un rischio abortivo ed elevati costi a carico della gestante, la quale aveva scelto di non eseguirli.

La sezione terza ha affermato la responsabilità del ginecologo per l'omissione di informazioni nei confronti della gestante, nonostante egli avesse adoperata la diligenza normalmente esigibile nell'esecuzione della prestazione e, quindi, fossero rigettati i motivi di ricorso relativi alla mancata od errata diagnosi. La sentenza in commento, infatti, ha operato una distinzione tra la responsabilità connessa allo svolgimento dell'attività medica, consistente nella violazione del diritto alla salute – esclusa nel caso di specie – e la responsabilità per inadempimento del dovere di informazione, implicante la violazione di un diverso diritto, quello di autodeterminazione della persona assistita. La condotta omissiva che è stata imputata al medico è consistita (solo) nella mancanza di informazioni adeguate circa gli esami diagnostici effettuabili per conoscere preventivamente le eventuali patologie del feto.

Uno dei passaggi più rilevanti della pronuncia ha riguardato gli oneri di prova in capo al medico. Si noti che, qui, si fa questione del riparto degli oneri probatori non già sotto il profilo del nesso di causa tra inadempimento del medico e mancata interruzione della gravidanza – di cui le Sezioni unite erano già state investite con l'ordinanza interlocutoria n. 3569/2015, che la sezione terza, infatti, richiama – ma nella sola prospettiva di accertare l'omissione di informazioni, produttiva *ex se* di responsabilità.

A questo proposito la Corte di cassazione ha censurato la sentenza di appello per aver imposto ai genitori, attori in giudizio, un onere che non compete loro, perché, in materia di responsabilità per lesione del solo diritto di autodeterminazione, è il professionista sanitario ad essere onerato della prova di avere adempiuto l'obbligo di informazione, restando a suo carico, in caso contrario, la responsabilità.

Dal ragionamento della Corte sugli oneri di prova si ricava che il ginecologo ha l'obbligo di informare circa tutti i possibili accertamenti diagnostici utili o necessari in una determinata situazione per abbassare i margini di incertezza e circa i rischi ed i vantaggi a ciascuno connessi; in particolare, richiamando la sentenza n.19731/2014, la Corte ha ribadito che il medico «*non può esimersi dal prospettare la possibilità, nota alla scienza, di esami o terapie (o interventi) alternativi o complementari, pur se comportanti dei costi e dei rischi maggiori, essendo rimessa al paziente la valutazione dei costi e dei rischi, previa adeguata prospettazione degli uni e degli altri da parte del medico*». Tra i contenuti dell'informazione dovuta alla paziente è espressamente prevista anche l'indicazione della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, non

rilevando per escludere la responsabilità, nel caso di specie, che gli esami strumentali non avevano consentito al ginecologo la visualizzazione del feto nella sua interezza e, quindi, una diagnosi accurata di normalità morfologica.

Una ancora più recente sentenza, n. 243 del 10/1/2017, della sezione terza della Cassazione ha riconosciuto la responsabilità di un ginecologo per non aver prescritto o, almeno consigliato alla gestante l'amniocentesi.

La Corte si è infatti pronunciata sulla richiesta di risarcimento della madre di un bambino con sindrome di Down nei confronti del medico ginecologo che la aveva avuta in cura durante la gravidanza e che, alla sua richiesta di eseguire controlli sulla salute del feto, non aveva prescritto l'amniocentesi. Il medico adduceva a sua difesa che la gestante, due mesi dopo, aveva rifiutato l'amniocentesi stessa, proposta dalla struttura ospedaliera.

Esaminando il nesso di causa, la Corte ha sostenuto che il successivo rifiuto della gestante di sottoporsi all'amniocentesi, richiamato dalla difesa, «*non elide l'efficacia causale dell'inadempimento quanto alla perdita della chance di conoscere lo stato della gravidanza fin dal momento in cui si è verificato*», anzi può essere dipeso proprio dal convincimento ingenerato dalle precedenti rassicurazioni del medico; inoltre, la gravidanza era inoltre giunta a uno stato più avanzato di due mesi e ne risultava condizionata la libera scelta della gestante rispetto all'interruzione della gravidanza. È stato, quindi, riconosciuto il rapporto di causalità tra l'inadempimento del ginecologo e il danno da perdita di *chance* subito dalla donna, da intendersi come la parte del danno alla sua salute psico-fisica per aver patito la “*sorpresa*” della condizione patologica del figlio solo al termine della gravidanza.

CONCLUSIONI

La breve disamina di queste recenti sentenze consente di avere una sufficiente conoscenza degli attuali orientamenti giurisprudenziali in merito alla cosiddetta “*nascita indesiderata*” e fornisce importanti spunti alle Società Scientifiche per diffondere, come messaggio primario, l'importanza dell'informazione in merito ai test diagnostici e di screening idonei per conoscere la presenza di eventuali patologie del nascituro da veicolare alla persona assistita sin dal primo controllo clinico in modo attivo, esaustivo e non direttivo, aiutando quest'ultima ad operare una scelta validamente informata; un secondo aspetto di non piccola importanza per pratica quotidiana e che deriva dall'analisi di questi pronunciamenti è quello della necessità dell'impiego di strumenti, quali ad esempio il consenso informato, idonei a dimostrare “*a posteriori*” l'avvenuta opera di informazione nei confronti della persona assistita.

SENTENZE CITATE

- 1) Corte di Cassazione, sez. III civile, 16754/2012, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7914.pdf>
- 2) Corte di Cassazione, sez. Unite, 25767/2015, <http://www.questionegiustizia.it/doc/Cassazione-SU-25767-15.pdf>
- 3) Corte di Cassazione, sez. III civile 24220/2015 <http://www.west-info.eu/doctor-to-blame-if-baby-has-downs-syndrome/corte-di-cassazione-sentenza-n-24220-2015/>
- 4) Corte di Cassazione, sez. III civile, 243/2017 <http://www.west-info.eu/it/sotto-processo-il-medico-che-non-ha-prescritto-lamniocentesi/corte-di-cassazione-sentenza-n-243-2017-2/>

