

# La tutela risarcitoria del nascituro per malattia congenita non diagnosticata

**Autore:** Manna Simone

**In:** Diritto civile e commerciale

## 1)- Le novità interpretative espresse dalla pronuncia

La qualificazione soggettiva da attribuirsi al nascituro e la sua attitudine ad essere titolare di autonomi diritti risarcitori è questione affrontata sotto molteplici profili dalla giurisprudenza degli ultimi anni.

La pronuncia in commento, che si segnala per la complessità della motivazione, lo spessore delle tematiche affrontate e l'originalità delle soluzioni prospettate, perviene ad un esito che amplia ulteriormente il processo interpretativo maturatosi in ordine alla questione trattata: la conclusione cui giunge il Giudice di Legittimità si sostanzia nell'attribuzione di un pieno ed autonomo diritto risarcitorio in capo al neonato, anche allorquando le condotte (attive od omissive) e l'evento (malformazione del feto, morte del genitore) si siano consumate integralmente in un momento antecedente rispetto alla sua nascita.

Inoltre, e la scelta adottata costituisce la reale novità della pronuncia, al neonato viene riconosciuta un **autonomo diritto risarcitorio per la mancata diagnosi dell'handicap di cui egli era portatore sin dal momento del proprio concepimento e che si manifesta compiutamente solo al momento della nascita.**

## 2)- I termini della questione

Ma ecco gli estremi del caso trattato: nel febbraio del 1999 una coppia di coniugi, in proprio e nella loro qualità di genitori esercenti potestà sui figli minori, convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Treviso il ginecologo che, interpellato tre anni prima sullo stato di gravidanza della moglie, era stato chiamato ad effettuare gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto. In tale circostanza la donna aveva espressamente precisato di voler portare a termine la gravidanza solo nell'ipotesi in cui il feto fosse risultato scevro da malformazioni di qualsivoglia natura.

Impropriamente il medico aveva proposto alla gestante il solo "tritest", omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche: solo a parto avvenuto i genitori avevano però scoperto che la neonata risultava affetta da sindrome di Dawn.

I coniugi avevano così promosso azione risarcitoria reclamando il ristoro per i danni conseguenti al dedotto inadempimento del sanitario non solo in proprio, ma anche in nome e per conto della stessa minore nata handicappata.

Rigettando le domande proposte, tanto il Tribunale di Treviso quanto la Corte di Appello di Venezia (investita del gravame), avevano dichiarato il difetto di legittimazione attiva della minore.

In particolare i giudici di merito, richiamando i principi già tracciati dalla Suprema Corte in materia, avevano affermato che la bambina non poteva far valere come proprio il danno da inadempimento contrattuale del sanitario. **Il ginecologo, difatti, non aveva in alcun modo contribuito alla malformazione del feto: la sua colpa era invece consistita nel difetto di informazione nei confronti della madre la quale, di fatto, si era così trovata nell'impossibilità di tutelare il proprio diritto alla salute facendo ricorso all'aborto.**

La pronuncia, ritualmente ricorsa dai soccombenti, era così pervenuta nel gennaio 2012 allo scrutinio della III sezione civile della Cassazione la quale, con pronuncia depositata il 2 ottobre, ha articolatamente motivato la propria pronuncia.

Dopo aver risolto la prima questione sottoposta al suo vaglio (afferente alla natura del danno lamentato ed al relativo onere probatorio) la Corte si dilungava in un accurato excursus storico dei precedenti giurisprudenziali descrivendo il percorso normativo e dottrinario che aveva generato il contesto interpretativo in cui la pronuncia si colloca.

In estrema sintesi la problematica affrontata riguarda la capacità del nascituro di veder riconosciuto un autonomo diritto risarcitorio conseguente alla mancata effettuazioni di indagini diagnostiche in grado di pronosticare una malattia genetica e, conseguentemente, a consentire alla gestante di determinarsi in ordine alla eventuale interruzione di gravidanza.

Prima di fornire la risposta offerta dalla Corte al quesito proposto è opportuno ripercorrere l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia.

### **3)- L'evoluzione giurisprudenziale**

Il primo rilevante precedente preso in esame dalla pronuncia, anche se dettato in ambito penale, è ravvisabile nella sentenza con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicava danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. (C. Cost. 18/02/1975, n. 27).

La pronuncia, affrontando l'esigenza argomentativa di contemperare la posizione giuridica della madre con quella del feto, aveva incidentalmente precisato che anche la tutela del concepito ha "fondamento costituzionale" nell'art. 31 comma 2° della Carta, il quale "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". La sentenza della Consulta si segnala quale primo rilevante intervento giurisprudenziale nel quale si è valutata approfonditamente la qualificazione giuridica da attribuire al nascituro.

La Cassazione in commento, pur prendendo spunto da tale risalente pronuncia, non omette di rilevare la profonda modifica del panorama legislativo conseguita all'entrata in vigore della successiva legge 22/05/1978, n. 194, eloquentemente intitolata "norme per la tutela sociale della maternità": la legge dispone all'art. 1 che "lo Stato .... riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio"; inizio che, come si evince dal combinato disposto con gli articoli successivi, va riferito al momento del concepimento.

Il tentativo di individuare una collocazione giuridica del nascituro in termini di soggettività emerge in molte pronunce succedutesi nell'ultimo ventennio le quali, affrontando la problematica sotto differenti prospettive, evidenziano la necessità di colmare la portata del dato normativo, anche al fine di adattare la disciplina vigente alle nuove esigenze espresse dal cosiddetto "diritto vivente".

A tal proposito è forse opportuno rammentare come le coordinate su cui si è mosso sino ad oggi l'interprete sono costituite dal dettato di cui all'art. 1 C.C. norma che, dopo aver ancorato la capacità giuridica del soggetto alla sua esistenza in vita, al secondo comma subordina l'efficacia dei diritti riconosciuti al feto alla fondamentale circostanza che il nascituro venga alla luce.

Come noto il legislatore, in via d'eccezione, ha riconosciuto al nascituro, con espresse disposizioni di legge, alcuni diritti di carattere patrimoniale (artt. 462 e 784 C.C.) e altri di carattere personale (artt. 254 e 261 C.C.).

“Le suddette norme tutelano la sfera di interessi di soggetti che non sono ancora nati e che, nonostante ciò, già nella vita prenatale hanno garantita e riservata, a titolo esemplificativo, la capacità di succedere ai sensi dell'art. 462 CC, con la conseguente facoltà di essere chiamati all'acquisto del patrimonio del 'de cuius' al posto di altri soggetti viventi. Il tutto è subordinato all'evento della nascita, ma gli effetti retroagiranno sino al tempo dell'apertura della successione.

Alla luce delle considerazioni pregresse, il nascituro può ritenersi titolare di posizioni giuridiche soggettive che riguardano anche rapporti diversi da quelli che la legge espressamente indica e disciplina in suo favore, come qualunque soggetto di diritto”. (Così Stefano Cultrera in *Altalex*, 14 dicembre 2004).

Del resto tentativi di “forzare” lo stringente dato normativo non sono del tutto nuovi alla giurisprudenza della Suprema Corte: sin dal 2000 la Cassazione aveva ammesso al risarcimento del danno biologico un minore per la lesione del suo stato psico-fisico, causato dalle sofferenze patite dopo aver acquisito la consapevolezza della morte del padre, avvenuta prima della nascita (Cass., sez. IV, 13/11/2000, n.11625). La pronuncia aveva espressamente riconosciuto anche la risarcibilità del danno morale dal momento in cui venga accertato il suo verificarsi, dovendosi invece escludere la risarcibilità del danno morale relativamente alla vita intrauterina (cfr. commenti di David Trespoli in *La Tribuna*, Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali, 2001, 4, pg. 323 e *La Tribuna*, Archivio della nuova procedura penale, 2001, 2, pg. 220; la sentenza è altresì edita in *Rivista Penale*, 2001, 3, pg. 313).

In un'altra pronuncia del 2002 la Suprema Corte aveva ritenuto di poter estendere la tutela risarcitoria al marito della gestante per inadempimento contrattuale del sanitario il quale aveva cagionato la nascita di un bambino handicappato (Cass., sez III, 10/05/2001, n. 6735).

In particolare, con la citata pronuncia, la Corte ha affermato che l'inadempimento del medico rileva sia nei confronti della gestante che del padre del bambino e che “la possibilità per la madre di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, interrompendo la gravidanza, assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale, ma non come criterio di selezione del danno risarcibile”.

Un ulteriore importante precedente, anch'esso citato nella pronuncia in commento, si registra nell'anno 2004, allorquando il Giudice di Legittimità è chiamato ad esaminare una fattispecie analoga a quella valutata oggi dal Collegio (Cass., sez III, 29/07/2004, n. 14488): due genitori affetti da talassemia non erano stati informati dal medico, durante la gravidanza, del rischio che anche la nascita potesse risultare affetta da tale malattia: la coppia aveva citato in giudizio il professionista chiedendo la condanna

al risarcimento del danno patito sia da loro che dalla figlia nata talassemica.

Il Tribunale di Brindisi (prima) e la Corte di Appello di Lecce (poi) avevano riconosciuto il risarcimento in favore di entrambi i genitori per l'omissione del medico, colpevole di aver precluso un'eventuale interruzione della gravidanza: veniva tuttavia negato il medesimo diritto risarcitorio in capo alla neonata, la cui malattia era da ritenersi non evitabile né rimediabile.

Anche in questo caso la sentenza era stata impugnata avanti il Giudice di legittimità che, tuttavia, aveva ritenuto di dover confermare la pronuncia di merito. Non si poteva riconoscere alcun ristoro alla neonata in quanto, argomentava il Collegio, la scienza medica non offriva un rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista.

**Il comportamento del ginecologo aveva quindi privato i genitori solo della facoltà di scelta tra continuare la gravidanza o procedere all'aborto, da cui poteva conseguire solo l'inesistenza di quel soggetto.** Tuttavia, chiariva il Collegio, l'art. 1 della legge n. 194 del 1978, pur riconoscendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione, una volta intervenuto il concepimento, ricollega l'interruzione della gravidanza esclusivamente alle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante.

In altri termini, secondo l'interpretazione offerta dal Giudice del 2004, la sola esistenza di malformazioni del feto (purché non pregiudizievoli per la salute o pericolose per la vita della madre), non avrebbero comunque legittimato la interruzione volontaria della gravidanza.

La Cassazione affermava in proposito che “il nostro ordinamento non ammette, dunque, l'aborto 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)”.

A tale argomentazione la pronuncia resa nel 2004 aggiungeva una ulteriore decisiva considerazione: la tutela giuridica del nascituro, pure prevista dal nostro ordinamento, è regolata in funzione del diritto del concepito a nascere (sano), mentre un eventuale diritto a non nascere sarebbe "...un diritto adespota (letteralmente: senza padrone), 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 a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) subordinati all'evento della nascita, ma appunto tenti dopo la nascita. a fattispecie, invece, il diritto di non nascere, fino alle nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso." (così testualmente in parte motiva)

L'impostazione adottata dall'interprete del 2004 aveva sollevato vivaci critiche poiché l'assunto logico da cui traeva le mosse risultava (e certamente tutt'oggi risulta) assai lontano dalla realtà dei fatti (Cfr. Ezio Giovanardi, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, 6, pg. 1147): in particolare i detrattori della pronuncia evidenziavano subito come la legge 194/1978 consentisse alla gestante di praticare l'aborto non solo in previsione di fattori che concretizzassero un reale pericolo per la di lei salute fisica o psichica, ma anche in tutti quei casi in cui considerazioni sulle peculiari condizioni sociali o familiari della madre consigliassero di interrompere la gravidanza.

Anche la pronuncia in commento non si discosta da tale atteggiamento critico rammentando come la Corte, nella sentenza resa nel 2004, avesse dimenticato forse che "una norma statutale di rango primario, più volte legittimata dal vaglio della Corte costituzionale, riconosce alla madre il diritto ad interrompere la gravidanza quando questa si trovi "in 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 relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (così testualmente l'art. 4 della legge n. 194 del 1978)"(così nella sentenza in commento). Il tenore lessicale prescelto dal legislatore descrive dunque la situazione della gestante in termini di "diritto alla procreazione cosciente e responsabile, a lei rimesso in termini di assoluta quanto inevitabile esclusività."

L'impianto della sentenza del 2004 non sembra quindi coerente, dovendosi invece esaminare compiutamente l'effetto che produce la omessa comunicazione alla gestante in ordine alle condizioni del

feto che sta portando in grembo, posto che costei è in grado di determinarsi circa l'eventuale interruzione volontaria della gravidanza.

Sotto tale prospettiva l'argomentazione della pronuncia appare ineccepibile: in relazione alla prevalenza della tutela della madre rispetto a quelle del nascituro la giurisprudenza di legittimità appare orientata in modo del tutto univoco (Cfr. Cass. 8/07/1994, n. 6464; Cass. pen., sez. VI, 18 aprile 1997, n. 3599; Cass. 1/12/1998, n. 12195; Cass. 10 maggio 2002, n. 6735).

Un'altra importante pronuncia in materia è stata successivamente resa dalla Suprema Corte nell'anno 2009, allorquando, per la prima volta, ha riconosciuto l'incidenza della nascita di un bambino in condizioni menomate sul piano dell'esistenza dell'intera famiglia e non più della sola coppia genitoriale, attribuendo un autonomo diritto al risarcimento anche al neonato.

Con la sentenza n. 10741 del 2009, il Giudice di Legittimità, nuovamente investito della questione sulla risarcibilità in proprio del nascituro, dopo aver premesso che quest'ultimo deve ritenersi dotato di autonoma soggettività giuridica (perché titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali in via diretta quali il diritto alla vita, alla salute ecc.), affermò 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 per 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 (e ciò in quanto il rapporto instaurato dalla madre con i sanitari produce effetti protettivi nei confronti del nascituro), sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso. (Cass., sez. III, 11/05/2009, n. 10741)

E' bene precisare che, in fattispecie, la Corte era chiamata a conoscere della rilevanza di una **attività commissiva del sanitario e non, come nel caso che ci occupa oggi, meramente omissivo**. Nella fattispecie, difatti, ad una gestante erano stati somministrati senza adeguata informazione farmaci che provocavano malformazioni al concepito.



La sentenza, pur riconoscendo una posizione di autonoma soggettività in capo al nascituro, appare tuttavia allineata con la precedente pronuncia del 2004 ed idonea a risolvere la fattispecie trattata dalla Corte nella sentenza che oggi si commenta: difatti la sentenza del 2009, anche se in via del tutto incidentale, aveva modo di affermare che il nascituro non avrebbe avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato circa il rischio di malformazioni prenatali fosse stato funzionale soltanto alla interruzione di gravidanza da parte della madre e non invece alla cura del feto.

Un ulteriore sviluppo in materia è stato recentemente riconosciuto da una sentenza resa nel 2011: con tale pronuncia la Suprema Corte ha riconosciuto il diritto al risarcimento in favore di una bambina nata orfana di padre, per essere quest'ultimo deceduto dopo il concepimento ma prima della nascita della figlia (Cass., sez. III, 03/05/2011, n. 9700, edita con nota critica R. Berti ne *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, 2011, 37, pag. 103).

In proposito la Corte ha peraltro tenuto a precisato che benché l'illecito (condotta ed evento materiale) si fossero già verificati prima che la bambina venisse al mondo, quest'ultima non aveva acquistato il diritto di credito al risarcimento che dopo la sua nascita.

Il risarcimento, difatti, postula la lesione di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, da identificarsi, nella specie, con il diritto al godimento del rapporto parentale, diritto certamente non configurabile prima della sua nascita, così come solo successivamente alla nascita si verificano le conseguenze pregiudizievoli che dalla lesione del diritto derivano (Cfr. Sandro Castro, *Il Sole 24 Ore*, Guida al Diritto, 2011, 22, pag. 48).

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, contra Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410).

#### **4)- Le conclusioni della sentenza in commento**

Proseguendo nel percorso di graduale ampliamento degli spazi risarcitori riconosciuti al nascituro, la pronuncia resa oggi dalla Consulta segnala un ulteriore passo.

L'articolata motivazione della pronuncia parte dall'assunto che il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, come disegnato dalla L. 194/1978, è attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa: risulta quindi "legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre)".

L'intero sistema normativo (a partire dall'art. 2 della Costituzione) "sembra muovere nella direzione del concepito inteso come oggetto di tutela e non anche come soggetto di diritto".

Solo a seguito della nascita, quindi, la lesione prodotta sul feto si manifesta e diviene attuale e la situazione soggettiva diviene tutelabile come diritto alla salute. Chiarisce a proposito il Collegio: "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 tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento."

La Corte, con significativa inversione interpretativa rispetto a tutta la precedente giurisprudenza, attribuisce una legittimazione soggettiva attiva in capo al neonato: "Soggetto "autore" del minore malformato non è, pertanto, l'ascendente, il testatore, il donante, ma sé stesso. Ben più che un nuovo

diritto soggettivo, il riconoscimento di tale legittimazione istituisce un nuovo soggetto autonomo, al punto che la qualità innata della sua vita diviene un diritto esigibile della persona”.

La legittimità dell’istanza risarcitoria iure proprio del minore deriva, pertanto, da una omissione colpevole cui consegue il pregiudizio consistente nel condurre un’esistenza caratterizzata dalla presenza di un grave handicap. La differente scelta di praticare l’aborto è attribuita alla madre in una relazione con il feto “non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso”.

Oggetto della tutela, come detto, sarà il dettato dell’art. 32 della Costituzione, “intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico - come testualmente si legge nell’art. 1 lettera o) del d.lgs. n. 81 del 2008, e come recentemente riaffermato da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748”.

Molteplici le norme che risultano violate dalla condotta omissiva del sanitario:

- la violazione della più generale norma dell’art. 2 della Costituzione, apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali;
- dell’art. 3 della Costituzione, nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona;
- degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, posto che il neonato è destinato ad inserirsi in un contesto familiare “alterato” (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata).

In sostanza l'evento danno viene indicato dalla Corte non nella semplice presenza di una menomazione fisica ma in una situazione esistenziale che "...in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (l'unico intervento consentito al diritto, amaramente chiamato, in tali vicende, a trasformare il dolore in denaro) affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata".

Tale impostazione, oltre a riqualificare in maniera del tutto originale la natura del danno risarcibile, consente alla Corte superare l'ulteriore delicato ostacolo consistente nell'individuazione di un valido nesso causale, idoneo a ricollegare il danno alla condotta omissiva del medico. A tal proposito, superando l'impostazione espressa dalle precedenti pronunce intervenute in materia, la Corte ritiene che l'evento (consistente, come detto, nella proiezione dinamica dell'handicap fisico), appaia senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico ex post, all'omissione. Difatti una condotta diligente e incolpevole del ginecologo avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto, così come espressamente dichiarato dalla gestante al medico al momento della richiesta analisi.

Una diversa soluzione sul piano causale, argomenta la Corte, si risolverebbe nell'inammissibile annullamento della volontà della gestante a determinarsi in ordine alla prosecuzione della gravidanza ovvero alla sua volontaria interruzione.

La Corte, in conclusione, perviene ad equiparare, (ai fini della risarcibilità) la fattispecie dell'errore medico che abbia cagionato l'handicap con l'ipotesi in cui l'errore medico, pur non cagionando la menomazione, ha di fatto impedito alla madre di evitare la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge).

<https://www.diritto.it/la-tutela-risarcitoria-del-nascituro-per-malattia-congenita-non-diagnosticata/>