

Responsabilità eso-familiare da nascita indesiderata: casistica giurisprudenziale in materia di errata diagnosi prenatale

Daniela Infantino

ABSTRACT

Un accostamento inusuale: famiglia e responsabilità civile. Prima di cambiare la responsabilità civile è cambiata la famiglia. Il crescente aumento dei casi di malpractice medica ha evidenziato gli aspetti peculiari della responsabilità medica. In particolare, la nascita di un bambino malformato, come conseguenza di errata diagnosi prenatale, ha sollevato diverse problematiche anche e non solo di tipo giuridico.

PAROLE CHIAVE

ILLECITI;
ESO-FAMILIARI;
ERRATA DIAGNOSI;
NASCITA INDESIDERATA;
RISARCIMENTO.

La famiglia è sempre stata considerata come un luogo sacro, quasi inattaccabile, un rifugio dove si può trovare conforto, un ambito di recupero psicofisico.

Ma la famiglia può anche essere fonte di stress, di insoddisfazione, di problemi, di disagi, di sofferenze e trasformarsi, allora, in un luogo in cui maturano patologie, devianze, alle volte anche crimini efferati.¹

Per questo, se nel passato si avvertiva un certo timore nell'accostare la famiglia alla responsabilità civile, oggi, invece, sia la giurisprudenza sia la dottrina, in un percorso iniziato negli anni 80, sono concordi nella necessità che sia l'una che l'altra si sono dovute necessariamente adattare ai mutamenti storico-sociali che negli ultimi anni si sono succeduti nel nostro paese.

Così anche la definizione della famiglia, paragonata ad un'isola che il mare del diritto può soltanto lambire,² è cambiata, non è più attuale.

La famiglia resta un'isola nel mare del diritto sino a quando è capace da sola di darsi ordi-

ne, di fare del diritto al suo interno; altrimenti anche la regola giuridica è parte della realtà della famiglia.³

Uno dei compiti, o meglio, uno tra i compiti del giurista è quello di riuscire a fornire una chiave di lettura del sistema normativo al passo con i tempi.

Talvolta le regole del diritto positivo risultano sufficientemente elastiche da consentire all'interprete di ricondurvi le nuove fattispecie che la quotidianità offre alla sua attenzione; talaltra, le regole non sono suscettibili di interpretazione estensiva, a causa della tassatività con cui sono state formulate dal legislatore.

Spetta, quindi, al giurista il compito preciso di forzare, per così dire, il sistema, di far vibrare la voce della dottrina contro il rigore normativo, di richiamare, in buona sostanza, l'attenzione sulle maggiori problematiche.

Il sistema risarcitorio è passato dall'impostazione tradizionale propria del Codice Civile del 1942, che poneva l'attenzione essenzialmente sul denaro, sul patrimonio e sulla ricchezza, a quella che possiamo definire di

1 P. Cendon, *Dov'è che si sta meglio in famiglia?* in *Persona e Danno*, Trattati, Milano, 2004.

2 A. C. Jemolo *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 222-224.

3 Cass. 6 aprile 1993 n. 4108, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 624-626.

personalizzazione del sistema risarcitorio del diritto privato, dove l'attenzione si è spostata sulla persona.

Dall'accostamento tra responsabilità civile e famiglia, sono emersi due distinti gruppi di illeciti: gli illeciti di tipo eso-familiare, ossia quei torti commessi da un componente terzo estraneo alla famiglia contro uno o più componenti della famiglia o contro l'insieme della cellula domestica, e gli illeciti di tipo endo-familiare, ovvero torti compiuti da membri della famiglia verso altri membri della famiglia stessa: marito contro moglie – figli contro genitori.

Verranno qui analizzate alcune ipotesi di risarcimento del danno con riferimento ai danni eso-familiari, in particolare, alcune figure di illeciti rientranti nella categoria generale denominata “nascita indesiderata” e collegati quasi tutti a casi di *malpractice medica*, quali errata o tardiva diagnosi.

Aspetti dunque di vita quotidiana vanno ad intersecarsi, ad interagire con il rimedio della Lex Aquilia.

È chiaramente difficile pensare che la nascita di un bambino, frutto dell'amore tra i genitori – momento in cui gli stessi si realizzano come tali – possa essere considerata indesiderata – non voluta.⁴

In sostanza l'attesa trepidante della nascita si trasforma in un momento che viene vissuto come evento spiacevole, meritevole di essere risarcito. Il danno da nascita indesiderata è un danno c.d.catastrofico⁵: esso devasta in modo definitivo tutta la vita dei danneggiati i quali saranno costretti, vita natural durante, a dover convivere con le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito.

La nascita non voluta può essere la conseguenza di

- mancata o insufficiente informazione dei genitori da parte del medico sui rischi per il nascituro di venire alla luce menomato;

4 Interessante la lettera di un padre di un bambino con sindrome di down, in http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40507&catid=81&Itemid=328&contentid=0&mese=10&anno=2012.

5 G. Buffone *Wrongful birth*, in *Trattato dei Nuovi Danni* a cura di P. Cendon, Padova, 2011.

- un intervento non riuscito di interruzione di gravidanza;
- un'operazione di sterilizzazione priva di successo;
- errori medici nella fase del parto.

A seguito dell'evoluzione scientifica e del continuo perfezionarsi delle tecniche diagnostiche, ci si trova spesso di fronte a richieste di risarcimento per danni causati dalle cosiddette “nascite indesiderate”.

Ma quali i motivi e i fattori che hanno portato alla ribalta questo fenomeno? Sicuramente l'evoluzione socio-culturale, la crescente ricerca del benessere, del bello, l'esistenza di programmi sanitari volti ad evidenziare eventuali malattie genetiche; da ultimo, ma non meno importante, la legge istitutiva dell'interruzione di gravidanza, che peraltro non prevede la possibilità di ricorrere all'interruzione di gravidanza se non nei casi espressamente previsti dagli articoli 4 e 6⁶; nel nostro ordinamento non è infatti ammesso l'aborto eugenetico.

È come se si tendesse alla ricerca del “bello” e, pertanto, quando qualcosa potrebbe andare male, ci sarà sempre qualcuno contro cui agire, un colpevole dal quale farsi risarcire.

Dunque la nascita non rappresenta più un evento magico, fortissimamente voluto, bensì, al contrario, diventa un evento imposto dalla situazione che si è venuta a creare e che si sarebbe potuta evitare.

Come detto le ipotesi di illecito eso familiare possono derivare da “errore nella consulenza genetica”, ovvero nelle diagnosi prenatali.

Secondo statistiche, la previsione delle diagnosi prenatali normalmente porta a mettere alla luce bambini sani.

Circa il 98% delle diagnosi è esatta. Ma cosa succede in quel 2%?

Cosa succede quando il figlio, in questo caso desiderato e voluto e vissuto come un vero momento magico, nasce con delle malformazioni (che ovviamente potevano essere rilevate durante le diagnosi prenatali)?

Quali le reazioni da parte dei genitori?

6 Legge 22 maggio 1978 n. 194 – Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza.

Uno studioso⁷ ha previsto cinque fasi:

- lo shock alla notizia del figlio nato con delle malformazioni,
- l'incredulità e il rifiuto della notizia,
- l'angoscia e la rabbia,
- l'adattamento (necessario) alla nuova realtà,
- la riorganizzazione della vita.

Da qui alcune pronunce significative:

CASS. SEZIONE III 11 MAGGIO 2009 N. 10741⁸

Una donna che non riusciva ad avere figli si sottopone a terapia farmacologica con un medicinale prescritto da due medici napoletani. La donna resta incinta ma dà alla luce un bambino con gravissime malformazioni, consistenti in "ectrodattilia del tipo monodactylus agli arti superiori (ovvero malformazione congenita per mancanza di uno o più falangi ovvero un solo dito agli arti superiori), lobster olge algia agli arti inferiori (ovvero grave artrosi agli arti inferiori) e ipospadia e atresia anale (ovvero problemi legati al pene e carenza del foro anale). Il tutto causato dall'assunzione di un farmaco avente effetti teratogeni. I genitori agiscono per il risarcimento del danno nei confronti dei medici ritenuti responsabili di non averli informati dei rischi connessi all'assunzione del farmaco. La corte, con la sentenza in questione, condanna al risarcimento del danno i sanitari per omessa informazione degli effetti del farmaco.

CASSAZIONE SEZIONE III,
4 GENNAIO 2010 N.13⁹

La pronuncia trova origine in una delicata e complessa situazione, che vede due coniugi adire le vie giudiziali per ottenere il risarcimento del danno patito a seguito della nascita della figlia, affetta da una gravissima patologia

7 D. Drotar *The adaptation of parents to the birth of a defective child*, *Psychol. Stud. Child*, 1961, 3-29.

8 <http://www.altalex.com/index.php?idnot=46182>.

9 http://www.e-glossa.it/news/cass._civ.,_sez._iii,_n._13_del_4_gennaio_2010._risarcibilit%C3%A0_del_danno_esistenziale_per_omessa_diag_1540.aspx

non tempestivamente diagnosticata in gravidanza dai medici della struttura sanitaria alla quale si erano rivolti. (Si trattava di agenesia totale di un arto e focomelia dell'altro).

Viene risarcito il danno esistenziale patito da entrambi i genitori in conseguenza della tardiva diagnosi della malformazione del nascituro; tale ritardo, infatti, ha impedito agli stessi di esercitare in tempo la scelta di un'eventuale interruzione di gravidanza.

La Corte ha osservato che la nascita indesiderata determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (non i propri specifici valori costituzionalmente protetti) ma la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono: le conseguenze della lesione del diritto di autodeterminazione nella scelta procreativa finiscono per consistere in rovesciamenti forzati dell'agenda. La corte ha concluso stabilendo che la fattispecie in esame sembra costituire un caso paradigmatico di lesione di un interesse che non determina un prevalente danno morale o biologico, peraltro sempre possibile, ma impone al danneggiato di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più importanti, una vita diversa e peggiore di quella che avrebbe altrimenti condotto.¹⁰

TRIBUNALE DI NAPOLI
SEZIONE DI FRATTAMAGGIORE,
14 APRILE 2010 N.124¹¹

Anche in questo caso la pronuncia riguarda un caso di errore diagnostico in cui il medico

10 La sentenza in questione sembra in qualche modo reintrodurre la apparentemente svalutata categoria del danno esistenziale. Si tratta indiscutibilmente di una decisione flessibile, di apertura. Pur senza contestare i baluardi affermati nelle celeberrime sentenze gemelle o sentenze di San Martino del 2008, la Suprema Corte tangibilmente dà prova di risarcire i pregiudizi anche esistenziali. Si veda <http://www.personaedanno.it/danno-esistenziale/cass-sez-iii-4-gennaio-2010-n-13-presmorelli-rel-filadoro-bene-ha-fatto-la-corte-di-appello-liquidare-il-danno-esistenziale-antonello-negro>.

11 http://www.iussit.eu/index.php?option=com_content&task=view&id=1359.

era incorso nel non comunicare /informare ai genitori la malformazione (agenesia dell'arto inferiore sinistro, ovvero completa mancanza dello stesso che era infatti costituito da un moncone di pochi centimetri), impedendo quindi alla gestante la possibilità di interrompere la gravidanza. Con il provvedimento il giudice monocratico evidenzia, con una elaborata motivazione, la colposa negligenza del medico e condanna quest'ultimo al risarcimento del danno nei confronti sia della madre sia del padre. In particolare, riconosce ad entrambi un danno biologico.

Con riferimento ad ulteriori voci di danno, il giudice campano prende le mosse dal nuovo orientamento dato dall'interpretazione dell'articolo 2059 del codice civile da parte dei Giudici apicali, e cioè che il pregiudizio derivante dalla lesione di un interesse costituzionalmente garantito vada, in quanto tale, risarcito anche al di fuori della previsione normativa del 2059. L'interesse dell'individuo che sottende ad una paternità e maternità consapevole, ovvero di avere dei figli, così come di non avere dei figli, costretti ad una vita breve o segnata da una grande sofferenza dovuta a malformazioni o patologie gravemente invalidanti, il tutto connesso con la pianificazione familiare, deve costituire oggetto di tutela costituzionale e trova il suo fondamento negli articoli 2 e 29 della Cost., la cui violazione costituisce appunto un "danno ingiusto".

CASS. CIV., III SEZ.,
SENT. 13 LUGLIO 2011, N. 15386¹²

Moglie e marito fanno ricorso contro sanitari e Asl di Frosinone dopo che la donna dà alla luce una bimba con gravi malformazioni, nonostante una diagnosi di normalità morfologica del feto durante la gravidanza.

La Cassazione chiarisce che la non visualizzazione del feto nella sua interezza durante l'ecografia morfologica (non erano visibili gli arti) non è imputabile ai sanitari, bensì alla limitatezza ed inidoneità delle attrezzature a loro disposizione. La Suprema Corte, tuttavia, dichiara la loro responsabilità in quanto co-

12 <http://www.altalex.com/index.php?idnot=53948>.

munque tenuti ad informare la paziente: dei limiti dell'accertamento operato, della possibile conseguente inesattezza della diagnosi elaborata e dell'opportunità di accedere a centri di più elevata specializzazione che, servendosi di strumenti diagnostici all'avanguardia, possono fornire un'analisi più approfondita e corretta.

È obbligo del sanitario, qualora formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto, anche sulla base di esami strumentali che non hanno consentito, senza sua colpa, di visualizzare il feto nella sua interezza, di informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, in vista dell'esercizio da parte di costei del diritto di interrompere la gravidanza, ricorrendone i presupposti.

CASS. SEZ. III 2 OTTOBRE 2012 N. 16754¹³

Anche in questa sentenza ci troviamo di fronte ad una richiesta di risarcimento del danno per nascita malformata: una donna, già madre di due figli normodotati, si rivolge al ginecologo per effettuare tutti gli accertamenti necessari volti ad escludere la malformazione del feto. La donna aveva rappresentato al medico che la nascita di un bimbo sano fosse per lei condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza. L'esame diagnostico posto in essere dallo specialista fu il TRITEST. (Trattasi di un esame di screening prenatale per le anomalie cromosomiche più diffuse. Si effettua tra la 15 e la 18 settimana di gravidanza con un prelievo di sangue. Dalla valutazione del dosaggio nel sangue materno di tre sostanze che hanno origine dal feto e dalla placenta, e dalla conseguente corrispondenza ai parametri normali, si evidenziano le anomalie genetiche.). Al termine della gravidanza nasce una bambina affetta da sindrome di Down.

La pronuncia si interroga in particolare su chi siano i soggetti titolari della posizione giuridica degna di tutela e se sussiste una legittimazione d'agire in capo al neonato.

13 <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite/SchedaNews.asp?ID=3126>.

Madre e padre, nulla quaestio, anche sulla base dei precedenti giurisprudenziali. (Nel caso di specie la gestante aveva fatto una richiesta di precisa istanza diagnostica al fine di interrompere la gravidanza).

La Corte riconosce anche agli altri componenti della famiglia – agli altri figli – il diritto al risarcimento del danno consistente nell'inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché della diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione, le quali appaiono non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato.

Ma la Corte fa ancora di più e cioè riconosce la legittimazione attiva anche in capo al neonato, sottolineando che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, ed intervenire in termini risarcitori serve a che quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata.

Dalla veloce analisi dei casi sopra esposti si delinea una legittimazione ad ottenere il risarcimento in capo a più soggetti.

Di certo la madre, in quanto titolare del diritto soggettivo perfetto all'interruzione della gravidanza, ma anche il padre, non in quanto titolare del diritto soggettivo all'interruzione della gravidanza, ma perché l'omessa informazione alla madre, incidendo sulla pianificazione familiare (art. 29 Cost. e 144 c.c.) genera un danno non patrimoniale che in quanto lesivo di una situazione di rango costituzionale, è risarcibile.

Da ultimo anche i familiari (altri figli ad esempio, o il nascituro) del titolare della posizione giuridica soggettiva primaria ogni qualvolta, a causa del fatto illecito da parte del terzo, costoro subiscono la compromissione delle loro attività realizzatrici, ovvero sia pregiudicato il rapporto parentale.

La vittima primaria dunque ha diritto ad essere risarcita per il danno non patrimoniale per:

- la sofferenza morale causata dal non aver potuto optare per l'interruzione della gravidanza;

- lo stravolgimento delle abitudini di vita;
- lo stato di stress e affaticamento con conseguente pericolo per la salute.
- A ciò si aggiunga anche la compromissione della vita sessuale.

Quanto agli altri soggetti legittimati il risarcimento potrà avvenire per:

- alterazione dell'assetto e organizzazione della famiglia, lo sconvolgimento delle abitudini della vita dei congiunti e la perdita della serenità familiare;
- la necessità di prestare assistenza in favore del soggetto nato malformato, con rinuncia alle precedenti attività;
- la compromissione del rapporto genitoriale e l'infelicità conseguenti alla nascita del figlio macroleso.

C'è da dire infine che per il risarcimento del danno non patrimoniale, l'illecito va allegato e provato, anche mediante il ricorso ad elementi di carattere indiziario, essendo escluso un danno *in re ipsa*.

Daniela Infantino, professore a contratto presso l'Università degli Studi di Trieste

daniela.infantino@scfor.units.it