

in via permanente, l'integrità fisica del donante, è lecito in virtù di un'apposita previsione normativa (L. 458/1967).

Il soggetto, poi, può decidere il **trattamento da riservare al proprio corpo dopo la morte** (sepolture, cremazione) e alla destinazione a trapianto di determinati organi. Destinazione del cadavere

La disciplina dei **trapianti di organi da cadavere a scopo terapeutico** è stata profondamente modificata dalla L. 91/1999; in particolare, è previsto che i cittadini «sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte» e che «la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione» (art. 4).

10.2 Consenso e capacità

Nei limiti indicati dall'art. 5 c.c., gli atti di disposizione del proprio corpo sono ammessi con il consenso dell'avente diritto. Caratteri del consenso

Il consenso deve essere **libero, spontaneo ed effettivo**, per cui il soggetto deve essere pienamente consapevole della situazione e dei rischi connessi. Il consenso è sempre revocabile, per cui gli atti dispositivi del proprio corpo devono ritenersi incoercibili.

In caso di violazione dei limiti posti dall'art. 5 c.c., gli atti dispositivi della propria (o dell'altrui) persona saranno affetti da **nullità**.

Con riferimento all'**attività terapeutica e chirurgica** occorre la manifestazione del consenso del paziente ai fini della sua validità e liceità, tranne alcune eccezioni. Tale consenso non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporale, le quali sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost.» (7).

Nel contratto tra il chirurgo e il paziente il professionista ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32, co. 2 Cost., a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 Cost., che garantisce l'invulnerabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33, L. 833/1978, che esclude la

(7) Cass. pen. IV, 11-7-2001, n. 1572.

possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.) (8).

Pertanto, risponde del reato di lesioni personali colpose «il sanitario che, in assenza di un valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso. Giacché il reato di lesioni sussiste anche quando il trattamento arbitrario eseguito a scopo terapeutico abbia esito favorevole, e la condotta del chirurgo nell'intervento sia di per sé immune da ogni addebito di colpa, non potendosi ignorare il diritto di ognuno di privilegiare il proprio stato attuale».

Secondo una distinzione largamente in voga in dottrina, occorre distinguere tra:

Interventi vantaggiosi per sé ... — **operazioni chirurgiche dirette a proprio vantaggio**, nel qual caso il consenso prestato dal paziente è valido anche qualora comporti una compromissione permanente della propria integrità fisica qualora l'intervento sia finalizzato a scongiurare un rilevante pregiudizio per la propria salute;

... e per altri — **operazioni chirurgiche volte a realizzare l'interesse di un soggetto diverso da colui sul quale sono eseguite** (ad es., per la salute di un altro soggetto), nel qual caso il consenso sarà valido soltanto laddove non comporti una menomazione permanente (ad es., è valido il consenso all'asportazione di parti del corpo suscettibili di ricostituirsi come il sangue, i capelli ecc.), ad eccezione del caso in cui tale menomazione sia espressamente consentita dalla legge).

Il consenso deve essere prestato da un soggetto legalmente capace di agire Una questione estremamente dibattuta riguarda, la necessità o meno che il soggetto che presta il consenso sia legalmente capace di agire. Secondo alcuni, sarebbe sufficiente la sola capacità di intendere e di volere (capacità naturale di agire), che può essere sostituita, laddove manchi, dal consenso del legale rappresentante o dalla causa di giustificazione dello stato di necessità.

La legge sembra orientata nel senso della necessità della capacità legale di agire (ad es., l'art. 2, L. 458/1967 richiede che il soggetto che dispone del rene sia maggiorenne).

Per l'interruzione volontaria della gravidanza la legge richiede il consenso della donna anche laddove sia minorenne o interdetta (artt. 12 ss., L. 194/1978).

Irrilevanza del consenso Il consenso non occorre in caso di:

— **trattamenti sanitari obbligatori**, previsti dalle leggi 833/1978 e 180/1978 in presenza di malattie mentali;

(8) Cass. 25-11-1994, n. 10014.

- **controlli sanitari obbligatori** di soggetti provenienti da Paesi a rischio di Sars (L. 166/2003);
- **vaccinazioni obbligatorie**, salvo che sussistano particolari ragioni (ad esempio, accertata allergia del soggetto ad un determinato vaccino).

10.3 Il principio di autodeterminazione

Il principio di autodeterminazione nel campo delle cure mediche e la consapevolezza che ogni persona ha il diritto di essere protagonista delle scelte riguardanti la sua salute, potendo accettare o rifiutare l'intervento medico, sono andati progressivamente affermandosi nella cultura della nostra società. Tale principio ha trovato un primo fondamentale riconoscimento già nell'art. 32, co. 2, Cost., secondo cui «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge».

Anche la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, approvata dal Consiglio d'Europa nell'aprile 1997, ha affermato che qualsiasi intervento medico effettuato senza il consenso della persona deve ritenersi illecito (art. 5).

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il rifiuto di un trattamento da parte della persona interessata deve essere rispettato, indipendentemente dalla valutazione dell'operatore sanitario in merito al «bene» del paziente, precisando che «nel diritto di ciascuno di disporre lui e lui solo, della propria salute ed integrità personale, pur nei limiti previsti dall'ordinamento, non può che essere ricompreso il diritto di rifiutare le cure mediche lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze: il che non può essere considerato come il riconoscimento positivo di un diritto al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere o, peggio, dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che... riguarda la qualità della vita e che pertanto lui e lui solo può legittimamente fare» (9).

Appare evidente che il consenso o il rifiuto espresso dalla persona nei confronti di un qualsiasi trattamento, diagnostico o terapeutico, può rappresentare un autentico atto di autodeterminazione, libero e consapevole, solo se la persona riceve un'informazione completa e corretta della diagnosi, della prognosi e di ogni altro elemento che riguardi la scelta che la persona stessa è chiamata a effettuare (cd. «consenso informato»).

La citata Convenzione sui diritti umani e la biomedicina afferma (art. 5) che la persona deve ricevere «preventivamente un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze ed ai suoi rischi». Anche il Codice di deontologia medica specifica che «il medico garantisce alla persona assistita o al suo rappresentante legale un'informazione comprensibile ed esaustiva sulla prevenzione, sul percorso diagnostico, sulla diagnosi, sulla progno-

(9) Ass. Firenze 18-10-1990, n. 13.

si, sulla terapia e sulle eventuali alternative diagnostico-terapeutiche, sui prevedibili rischi e complicanze, nonché sui comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura.

Il medico adegua la comunicazione alla capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale, corrispondendo a ogni richiesta di chiarimento, tenendo conto della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza» (art. 33), precisando quindi (art. 35) che « il medico non intraprende né prosegue in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato».

Violazione degli obblighi informativi

Tuttavia, nonostante il preciso dettato costituzionale e l'affermazione del principio di autodeterminazione sancito dalle regole deontologiche mediche, **la pratica clinica nel nostro**

Paese continua a essere permeata da una scarsa o sporadica informazione del paziente e dalla frequente violazione della richiesta di consenso alle procedure diagnostiche o terapeutiche alle quali la persona malata è sottoposta. Tale atteggiamento, che vede spesso una sorta di complicità fra il medico curante e i familiari come malintesa forma di protezione della persona malata, determina di fatto la frequentissima esclusione della persona stessa dalla possibilità di intervenire nei momenti decisionali cruciali, spogliandola di un suo essenziale diritto, e crea, sotto il profilo psicologico, un penoso stato di isolamento del malato.

Le cd. direttive anticipate

Il diritto di autodeterminazione della persona, per quanto attiene alle scelte relative alle cure, incontra poi limitazioni assolute nelle circostanze in cui la **persona perda la capacità di decidere o di comunicare le proprie decisioni.** Per garantire il diritto all'autodeterminazione anche in questi casi si rende necessario prevedere uno strumento nuovo — non contemplato dall'ordinamento vigente — che consenta alla persona, finché si trova nel possesso delle sue facoltà mentali, di dettare disposizioni vincolanti per gli operatori sanitari e in generale per ogni soggetto che si trovi implicato nelle scelte mediche che riguarderanno la persona quando si troverà nell'impossibilità di scegliere. A questo proposito, il Codice di deontologia medica si pronuncia (art. 38) a favore delle direttive anticipate, disponendo che «il medico tiene conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento espresse in forma scritta, sottoscritta e datata da parte di persona capace e successive a un'informazione medica di cui resta traccia documentale. La dichiarazione anticipata di trattamento comprova la libertà e la consapevolezza della scelta sulle procedure diagnostiche e/o sugli interventi terapeutici che si desidera o non si desidera vengano attuati in condizioni di totale o grave compromissione delle facoltà cognitive o valutative che impediscono l'espressione di volontà attuali. Il medico, nel tenere conto delle dichiarazioni anticipate di trattamento, verifica la loro congruenza logica e clinica con la condizione in atto e ispira la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità di vita del pazien-

te, dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria. Il medico coopera con il rappresentante legale perseguendo il migliore interesse del paziente e in caso di contrasto si avvale del dirimente giudizio previsto dall'ordinamento e, in relazione alle condizioni cliniche, procede comunque tempestivamente alle cure ritenute indispensabili e indifferibili».

10.4 Rifiuto delle terapie

Il conflitto tra interessi individuali e collettivi si fa particolarmente acuto quando la volontà del paziente si manifesti in forma inequivocabilmente negativa e si concreti in un rifiuto del trattamento terapeutico.

È assai arduo individuare regole di comportamento di carattere generale, dovendosi avere riguardo soprattutto alle circostanze del caso concreto.

Sono da condividersi, sul punto, le considerazioni svolte da Cass. 27-3-2001, n. 731, secondo cui il medico non può manomettere l'integrità fisica del paziente quando questi abbia espresso il suo dissenso, perché ciò sarebbe in contrasto con il principio personalistico accolto dall'art. 2 Cost.

Quella del malato deve essere, tuttavia, una scelta consapevole ed esente da condizionamenti, interni o esterni, che possano compromettere il naturale processo di formazione della volontà.

Il medico non può limitarsi, pertanto, a informare dettagliatamente il paziente di ciò che ha, ciò che lo aspetta e ciò che si può fare: di fronte a un atteggiamento esplicito e deciso dell'interessato, ha l'onere di verificare il concorso delle condizioni di cui s'è detto, e in presenza di una determinazione autentica e genuina non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa causare un aggravamento dello stato di salute dell'infermo o la sua morte.

Dovere di astensione del medico

Si tratta di ipotesi estreme, che nella pratica raramente è dato registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente la sua volontà. Ma se così non è, il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta e abbia verificato la libertà della scelta, non può essere chiamato a rispondere di nulla, poiché di fronte a un comportamento del paziente nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto l'astensione del medico da ogni iniziativa di segno contrario è doverosa, potendo, diversamente, configurarsi a suo carico gli estremi del reato di violenza privata (art. 610 c.p.). È bene ribadire, inoltre, che di fronte al rifiuto della cura da parte del paziente c'è spazio — nel quadro dell'«alleanza terapeutica» che tiene uniti il malato e il medico nella ricerca di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno — per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debo-

lezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico e attuale; ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico **né il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia**, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, poiché tale rifiuto esprime piuttosto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale (10).

10.5 Eutanasia attiva e passiva

Nozione Con il termine «eutanasia» (che in greco antico significa «dolce morte») si indica, in generale, l'intervento medico volto a sospendere un trattamento terapeutico o a somministrare farmaci per porre fine alle sofferenze di malati inguaribili.

L'eutanasia si distingue in (11):

Tipologie

- eutanasia **collettivistica**, posta in essere per finalità di carattere pubblico, non consensualmente e su larga scala, che comprende l'eutanasia **eugenica** (eliminazione indolore dei soggetti deformi o tarati fisicamente o psicologicamente per migliorare la razza), **economica** (eliminazione indolore dei malati incurabili, degli invalidi, dei vecchi per alleggerire la società dal peso dei soggetti economicamente inutili), **criminale** (eliminazione indolore dei soggetti socialmente pericolosi), **sperimentale** (sacrificio della vita di soggetti per effettuare sperimentazioni per il progresso medico-scientifico), **profilattica** (soppressione indolore dei soggetti affetti da malattie epidemiche) e **solidaristica** (sacrificio di soggetti a favore della vita o della salute di altri);
- eutanasia **individualistica**, posta in essere per un sentimento di pietà nei confronti dello stato in cui versa la vittima, che può essere consensuale o non consensuale a seconda che il soggetto abbia espresso o meno una specifica richiesta o consenso in merito, e ricomprende l'eutanasia **passiva** (omissione o interruzione del trattamento terapeutico) e l'eutanasia **attiva** (cagionare la morte del paziente mediante un comportamento attivo).

Ciò precisato, occorre sottolineare che l'eutanasia che aiuta il malato «nel morire» deve ritenersi lecita, laddove consista nella somministrazione di farmaci che, senza causare la morte o abbreviare la vita, leniscano il dolore dei malati terminali (si parla, in questo caso, di **eutanasia «pura»**).

Senza altro illecita deve considerarsi, invece, la cd. **eutanasia attiva**, consistente nel cagionare la morte del malato mediante comportamenti attivi. L'illiceità colpi-

(10) Cass. 16-10-2007, n. 21748.

(11) MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 118 s.

sce sia l'eutanasia attiva **consensuale**, che ricorre quando il medico agisce su esplicita richiesta del malato, sia l'eutanasia attiva **non consensuale**: quest'ultima contrasta con i principi di autodeterminazione (v. *supra*) e di eguaglianza e pari dignità dei soggetti, i quali hanno diritto, senza discriminazione alcuna, alla propria morte, ossia ad essere rispettati nel vivere il proprio morire; la prima, invece, confligge con il principio di salvaguardia della vita.

La questione si presenta più articolata nel caso della cd. **eutanasia passiva**, che si ha quando il medico omette o interrompe un trattamento terapeutico.

Come l'eutanasia attiva, quella passiva può essere effettuata con il consenso o meno del paziente:

- in caso di **eutanasia passiva non consensuale** siamo in presenza di un'attività senz'altro illecita, poiché il medico ha il dovere di curare il paziente che abbia manifestato la volontà di essere curato o che non abbia espresso una volontà contraria, anche se si tratta di malattia mortale. In tali casi, se il medico non effettua le cure risponde, in caso di morte del paziente, del reato di omicidio (artt. 40, co. 2 e 575 c.p.) anche se ha soltanto anticipato il momento del decesso;
- in caso di **eutanasia passiva consensuale** siamo, in realtà, in presenza di un'ipotesi di rifiuto delle cure (v. *supra*), correlata al principio del consenso e della libertà di autodeterminazione (v. *supra*) in ordine agli interventi altrui sul proprio corpo. Tale forma di «eutanasia» deve, pertanto, ritenersi lecita in base al diritto del soggetto di non curarsi, di rifiutare le cure e di lasciarsi morire, a fronte del quale viene meno l'obbligo del medico di prestare le cure, nel rispetto della volontà del paziente.

Ovviamente, il rifiuto delle cure deve essere manifestazione di una volontà personale (non del rappresentante legale e non dei congiunti), reale, informata, autentica, valida (effettuata da soggetto capace) e attuale, non bastando una volontà espressa in un periodo precedente.

Occorre segnalare, peraltro, che secondo un orientamento giurisprudenziale, costituisce un pilastro essenziale del nostro ordinamento quello che toglie «la disponibilità della propria vita in senso assoluto a ciascun cittadino, ivi incluso il malato terminale per male incurabile che soffre atrocemente e che chiede di poter porre fine in modo scientifico e controllato alla propria esistenza, ma verso il quale tutto l'ordinamento giuridico fino ad oggi ha comunque risposto in modo nettamente negativo. La risposta negativa è basata su un concetto etico e giuridico: **nessuno può disporre della propria vita fino a causarne un evento fortissimamente lesivo e mortale**» (12).

Analogamente, si è affermato che «in tema di eutanasia, le discussioni tuttora esistenti sulla sua condivisibilità sono sintomatiche della mancanza di un generale suo attuale apprezzamento positivo, risultando anzi larghe fasce di contrasto nella

Tesi restrittiva

(12) Trib. Terni 4-7-2002, in *Riv. pen.*, 2002, 800.

società italiana contemporanea; ciò esclude che ricorra quella generale valutazione positiva da un punto di vista etico-morale che condiziona la qualificazione del motivo come di particolare valore morale e sociale» (13).

In senso difforme si colloca un'altra pronuncia, secondo la quale «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto delle proprie integrità corporee, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale diritto di curare, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invero, aderente ai principi dell'ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare ..., le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano di regole, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi» (14).

Tuttavia, quest'affermazione viene in gran parte vanificata dall'ulteriore precisazione secondo la quale «uniche eccezioni a tale criterio generale sono configurabili nel caso di trattamenti obbligatori *ex lege*, ovvero nel caso in cui il paziente non sia in condizione di prestare il proprio consenso o si rifiuti di prestarlo e d'altra parte, l'intervento medico risulti urgente e indifferibile al fine di salvarlo dalla morte o da un grave pregiudizio alla salute».

Per il resto, la mancanza del consenso (opportunitamente «informato») del malato o la sua invalidità per altre ragioni determina l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. Le ipotesi delittuose configurabili possono essere di carattere doloso:

- artt. 610, 613 e 605 c.p., in caso di trattamento terapeutico non chirurgico;
- art. 582 c.p., in caso di trattamento chirurgico.

Di fatto, il delitto di lesioni personali ricorre nel suo profilo oggettivo, poiché qualsiasi intervento chirurgico, anche se eseguito a scopo di cura e con esito positivo, implica necessariamente il compimento di atti che nella loro materialità realizzano l'elemento oggettivo di detto reato, ledendo l'integrità corporea del soggetto.

Il nuovo Codice di deontologia medica del 2014 prevede, abbracciando l'ottica restrittiva, che **«il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocare la morte»** (art. 17).

(13) Cass. pen., I, 22-2-1990, n. 2501.

(14) Cass. pen., IV, 11-7-2001, n. 1572.

10.6 Il «caso Welby»

In merito alla nota vicenda di Piergiorgio Welby, è opportuno prendere le mosse dal provvedimento con cui il tribunale di Roma, nel 2007, ha dichiarato inammissibile la richiesta di provvedimento d'urgenza avanzata da Welby, affetto da un gravissimo e irreversibile stato morboso degenerativo, volta a ottenere la cessazione del suo sostentamento mediante ventilazione artificiale, nonché la contestuale sottoposizione a una terapia di sedazione terminale. Il tribunale di Roma ha motivato il provvedimento affermando che «pur se è configurabile il diritto del paziente alla consapevole e informata autodeterminazione nella scelta delle terapie cui sottoporsi, tale diritto non è in concreto tutelabile a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare con riferimento all'esatta individuazione del cd. divieto di accanimento terapeutico» (15).

La pronuncia di inammissibilità del tribunale di Roma

In relazione a tale profilo va ribadita la sussistenza delle ragioni che consentivano un intervento d'urgenza del tribunale.

Welby chiedeva al giudice di rilasciare una sorta di autorizzazione preventiva che esonerasse il medico dall'obbligo di intervenire anche di fronte al rischio della morte di Welby, dovendosi rispettare la volontà già espressa da Welby il quale si era prefigurato quella situazione, volontariamente e liberamente accettata.

Il problema riguarda la responsabilità del medico in presenza di trattamenti d'urgenza, dovendo egli valutare se sussista, in concreto, la necessità di salvare il paziente dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e perciò agire anche in assenza o anche contro il consenso di questo. Nel fare ciò, egli dovrà verificare se il trattamento richiesto si ponga in contrasto con il divieto di accanimento terapeutico, basato sui principi costituzionali di tutela della dignità della persona e previsto dal Codice deontologico. Si tratta, infatti, di una condotta del medico espressamente disciplinata dall'art. 16 del Codice, secondo cui il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti, da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita.

Sul punto è eloquente quanto affermato dalla Corte d'appello di Milano in un'altra situazione di fatto ma con riflessi anche sulla questione che qui si discute. In quel provvedimento si precisa che «nell'accezione più accreditata l'accanimento terapeutico si presenta come una cura inutile, futile, sproporzionata, non appropriata rispetto ai prevedibili risultati, che può pertanto essere interrotta, perché incompatibile con i principi costituzionali, etici e morali di rispetto, di dignità della persona umana, solidarietà. Sempre la Corte d'appello di Milano in un passaggio successivo è ancora più esplicita, affermando che l'obbligo del medico alla cura costituisce un dovere che

Un caso analogo affrontato dalla Corte d'appello di Milano

(15) Trib. Roma 16-12-2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, Provvedimenti d'urgenza [5340], 28.

«si arresta in ipotesi di accanimento terapeutico, nell'accezione già delineata di trattamenti che non hanno la capacità di migliorare o di preservare la salute del paziente e, quindi, futili, non appropriati in quanto esterni rispetto ai confini della medicina».

In questi termini, sotto il profilo dell'esistenza del diritto a interrompere il trattamento terapeutico non voluto, il ricorso era ammissibile e andava accolto.

L'ordinanza capitolina, inoltre, sovrappone, sbagliando, due fattispecie tra loro diverse: l'accanimento terapeutico e il rifiuto delle cure.

Accanimento terapeutico e rifiuto delle cure

Mentre l'**accanimento terapeutico** consiste nell'**impiego di terapie mediche di carattere sproporzionato** (il giudizio sulla proporzionalità riguarda l'adeguatezza o meno del tipo di intervento e del mezzo terapeutico usati in ordine al raggiungimento di un determinato obiettivo medico prefissato: pertanto, si tratta di un giudizio affidato alla valutazione del medico), **il rifiuto delle cure è un diritto inalienabile del soggetto che può essere esercitato anche in mancanza di accanimento terapeutico.**

Ciò risulta, tra l'altro, dall'art. 32 Cost., che consacra il diritto alla salute come diritto fondamentale della persona e scongiura, tranne i casi espressamente previsti dalla legge, i trattamenti sanitari imposti, nel rispetto, in ogni caso, della dignità della persona.

Pertanto, se nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un determinato trattamento, **la mancanza di una legge può rendere illegittimo un trattamento ma non la richiesta di interromperlo.**

E poiché nulla può essere fatto contro la dignità umana, questo vuol dire, soprattutto in situazioni estreme e drammatiche, che nessuno può imporre la «prigionia della sofferenza».

Se poi Welby fosse stato anche oggetto di accanimento terapeutico, sarebbe scattato il codice di deontologia, che obbliga il medico ad astenersi dall'ostinazione nel praticare trattamenti da cui non possa fondatamente attendersi un beneficio per l'assistito o un miglioramento della qualità della vita.

Non serve una legge

Dunque, l'accanimento terapeutico è inaccettabile dal punto di vista etico e giuridico. Non c'è nessun vuoto normativo, la strada è ben tracciata dalle norme esistenti, che nitidamente lasciano la decisione sul morire all'autodeterminazione dei soggetti. Pertanto, appare del tutto inutile la sollecitazione del Tribunale di Roma in ordine alla necessità di una legge *ad hoc*, in quanto la normativa esistente già contiene precise indicazioni. Inoltre, una legge su questa materia rischierebbe di «mettere le mani» su questioni personalissime che devono restare appannaggio esclusivo dei soggetti.

In una situazione di legittimo rifiuto della cura, quindi, il medico deve limitarsi a registrare se la volontà manifestata dal paziente sia davvero quella della sospensione.

Inoltre, l'ordinanza del tribunale capitolino è criticabile anche laddove afferma che non sarebbe possibile fondare una decisione giudiziaria sull'accanimento terapeutico.

tico poiché questa nozione, come altri principi, sarebbe «incerta ed evanescente»: «il diritto è sempre più ricco di queste clausole generali, di questi concetti non specificamente determinati, che sono finestre aperte su un mondo sempre più mutevole e che hanno la funzione di consentire l'adattamento della norma alla realtà senza bisogno di continui aggiustamenti legislativi: nozioni come comune senso del pudore, buona fede, non specificate nel dettaglio dal legislatore, vivono proprio grazie al lavoro dei giudici, che ne precisano un contenuto che varia nel tempo e nei contesti. E l'approssimazione culturale finisce con il travolgere persino il principio della dignità della persona di cui, secondo l'ordinanza, il giudice non potrebbe servirsi proprio per la sua indeterminatezza, mentre a questo principio fanno costante riferimento sentenze della Corte costituzionale e delle altre magistrature, coerentemente con il fatto che è ormai uno dei fondamenti delle nostre organizzazioni sociali, tanto da aprire la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'approssimazione continua quando si afferma apoditticamente che il bene della vita è indisponibile, mentre proprio il diritto al rifiuto di cure, ormai largamente e ripetutamente esercitato, dimostra che così non è» (16).

(16) RODOTÀ, *Su Welby l'occasione mancata dai giudici*, in *La Repubblica*, 18-12-2006.

- hanno subito danni irreversibili a seguito di epatiti post-trasfusionali;
- hanno contratto l'epatite a seguito di somministrazione di derivati del sangue (75);
- hanno contratto, nell'esercizio di una professione sanitaria, un'infezione a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da Hiv o da epatiti;
- non vaccinati, hanno riportato gravi pregiudizi a seguito e in conseguenza di contatto con persona vaccinata;
- per motivi di lavoro o per incarico del loro ufficio o per potere accedere a uno Stato estero, si sono sottoposte a vaccinazioni che, pur non essendo obbligatorie, sono necessarie;
- operano nelle strutture sanitarie ospedaliere e si sono sottoposti a vaccinazioni anche non obbligatorie.

Il beneficio, previsto dall'art. 2 L. 210/1992, si compone di due parti:

- un assegno corrispondente al trattamento pensionistico privilegiato per il personale statale (art. 2, co. 2);
- una somma corrispondente all'importo dell'indennità integrativa speciale prevista per il personale statale (art. 2, co. 2).

Il D.L. 548/1996, convertito dalla L. 641/1996, integrava la disciplina dell'indennizzo prevedendo la sua rivalutazione annuale sulla base del tasso di inflazione programmata. Tale aggiunta era stata inserita nel comma 1 dell'art. 2 L. 210/1992, per cui sorgeva il dubbio che riguardasse soltanto il primo importo.

La Cassazione, in un primo tempo, aveva affermato che anche l'indennità integrativa speciale era soggetta a rivalutazione, ma l'orientamento più recente, facendo leva sull'interpretazione letterale e sulla considerazione che l'indennità integrativa speciale serve proprio a impedire o attenuare gli effetti della svalutazione monetaria, ha escluso la rivalutazione di tale indennità (76).

Il legislatore, nel frattempo, aveva concesso un ulteriore indennizzo, suscettibile di rivalutazione annuale, a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie (art. 1 L. 229/2005). Tale beneficio veniva poi esteso ai soggetti affetti da sindrome da talidomide, determinata dalla somministrazione dell'omonimo farmaco (art. 2, co. 363, L. 244/2007).

Inoltre, con l'art. 11 D.L. 78/2010, convertito in L. 122/2012, ha escluso esplicitamente la rivalutazione dell'indennità integrativa speciale di cui alla L. 210/1992. Tale disposizione, che penalizzava i soggetti danneggiati da trasfusioni ed emoderivati, è stata impugnata davanti alla Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della norma «nella parte in cui prevede che l'art. 2, co. 2, L. 210/1992 si interpreta nel senso che la somma corrispondente all'importo dell'indennità integrativa speciale, destinata ad integrare l'indennizzo spettante ai soggetti danneggiati da trasfusioni ed emoderivati, non è rivalutata secondo il tasso d'inflazio-

(75) Corte cost. 6-2-2009, n. 28.

(76) Cass. 13-10-2009, n. 21703; 19-10-2009, n. 22112.

ne, disponendo altresì che cessi l'efficacia di provvedimenti emanati al fine di rivalutare detta somma, in forza di un titolo esecutivo» (77).

Secondo la Corte costituzionale, la *ratio* del beneficio concesso alle persone affette da sindrome da talidomide è da ravvisare nell'immissione in commercio del farmaco in assenza di adeguati controlli sanitari sui suoi effetti, sicché esso ha fondamento analogo, se non identico, a quello del beneficio introdotto dall'art. 1, co. 3, L. 210/1992. Nella sindrome da talidomide, come nell'epatite post-trasfusionale, i danni irreversibili subiti dai pazienti sono derivati da trattamenti terapeutici non legalmente imposti e neppure incentivati e promossi dall'autorità nell'ambito di una politica sanitaria pubblica. Entrambe le misure hanno natura assistenziale, basandosi sulla solidarietà collettiva garantita ai cittadini alla stregua degli artt. 2 e 38 Cost.

In questo quadro non si giustifica, e risulta, quindi, fonte di un'irragionevole disparità di trattamento in contrasto con l'art. 3 Cost., la situazione venutasi a creare, a seguito della normativa censurata, per le persone affette da epatite post-trasfusionale rispetto a quella dei soggetti portatori della sindrome da talidomide: a questi ultimi è riconosciuta la rivalutazione annuale dell'intero indennizzo, mentre alle prime la rivalutazione è negata proprio sulla componente diretta a coprire la maggior parte dell'indennizzo stesso, con la conseguenza, tra l'altro, che soltanto questo rimane esposto alla progressiva erosione derivante dalla svalutazione. E ciò è in contrasto con le caratteristiche omogenee tra i due benefici.

13.7.1 Indennizzo da emoderivati: la legittimazione passiva spettata al Ministero della salute

La domanda giudiziale volta a ottenere, ex L. 210/1992, l'indennizzo in favore di coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali, a seguito di un esito insoddisfacente del procedimento in sede amministrativa, deve essere presentata nei confronti del Ministero della salute.

Così hanno stabilito le Sezioni Unite (78), risolvendo un contrasto giurisprudenziale sorto a seguito del trasferimento dallo Stato alle regioni delle funzioni amministrative in materia sanitaria disposto dal D.Lgs. 112/1998 (che peraltro all'art. 123 lascia allo Stato le funzioni in materia di ricorsi per la corresponsione degli indennizzi ex L. 210/1992) e della disciplina di attuazione dettata con una serie di decreti del presidente del consiglio dei ministri, che si sono occupati della ripartizione tra amministrazione centrale e regioni degli oneri derivanti dal contenzioso giurisdizionale in materia di indennizzi, lasciando a carico dello Stato quelli riguardanti le istanze di indennizzo trasmesse dalle aziende sanitarie locali al ministero fino al 21 febbraio 2001. La legittimazione passiva veniva pertanto attribuita alle

(77) Corte cost. 9-11-2011, n. 293.

(78) Cass. S.U. 9-6-2011, n. 12538.

regioni per le azioni relative alle domande di indennizzo pervenute al ministero competente successivamente al 21 febbraio 2001 (79).

Un altro indirizzo, invece, riteneva che la legittimazione passiva spettasse allo Stato, ossia al Ministero della salute (80).

Le Sezioni Unite hanno confermato la tesi che riconosce la legittimazione passiva al Ministero, evidenziando che, nonostante il trasferimento di funzioni alle regioni, non c'è alcuna norma idonea a incidere sui profili processuali. Oltretutto, essendo incontestata la competenza ministeriale in ordine ai ricorsi amministrativi avverso le decisioni sugli indennizzi, esigenze di simmetria suggeriscono che lo stesso ministero sia il destinatario delle doglianze formulate in giudizi.

13.8 Cure palliative e danno da sofferenza

La **L. 38/2010** (Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore) semplifica le procedure di accesso ai medicinali impiegati nelle terapie del dolore, modificando il D.P.R. 309/1990 (T.U. in materia di stupefacenti).

Si tratta di una legge di notevole importanza nella tutela del diritto alla salute, che viene garantito anche da un agevole accesso alle cure palliative e alle terapie del dolore.

A tal fine, la legge prevede che le strutture sanitarie devono assicurare un programma di cura individuale per il malato e per la sua famiglia, nel rispetto dei seguenti principi fondamentali:

- tutela della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione;
- tutela e promozione della qualità della vita fino al suo termine;
- adeguato sostegno sanitario e socio-assistenziale della persona malata e della famiglia.

L'art. 2 precisa che per «**cure palliative**» s'intendono gli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti la cui malattia di base, caratterizzata da un'inarrestabile evoluzione e da una prognosi infausta, non risponde più a trattamenti specifici.

La «**terapia del dolore**», invece, è l'insieme di interventi diagnostici e terapeutici volti a individuare e applicare, alle forme morbose croniche, idonee e appropriate terapie farmacologiche, chirurgiche, strumentali, psicologiche e riabilitative, tra loro variamente integrate, allo scopo di elaborare idonei percorsi diagnostico-terapeutici per la soppressione e il controllo del dolore.

Come noto, le sostanze stupefacenti e psicotrope che hanno attività farmacologica sono classificate sulla base dei criteri indicati dall'art. 14, D.P.R. 309/1990 e in virtù della loro pericolosità.

(79) Cass. 1-7-2008, n. 17976; 8-5-2007, n. 10431; 23-11-2006, n. 24889.

(80) Cass. 6-11-2009, n. 23588; 13-10-2009, nn. 21703 e 21704.

La prescrizione dei medicinali stupefacenti si effettua con modalità diverse a seconda della loro classificazione.

La novità più dirompente della L. 38/2010 è contenuta nell'art. 7, che impone al medico l'**obbligo di riportare la rilevazione del dolore all'interno della cartella clinica**: «all'interno della cartella clinica, nelle sezioni medica e infermieristica, in uso presso tutte le strutture sanitarie, devono essere riportati le caratteristiche del dolore rilevato e della sua evoluzione nel corso del ricovero, nonché la tecnica antalgica e i farmaci utilizzati, i relativi dosaggi e il risultato antalgico conseguito».

Tale obbligo comporta la responsabilità del medico in caso di mancata rilevazione del dolore ed omessa erogazione delle cure palliative necessarie per assicurare al malato una vita dignitosa.

Si tratta di una novità importante, perché codifica e generalizza un'ipotesi di danno non patrimoniale da responsabilità medica etichettabile come «**danno da sofferenza**» o «**da mancato intervento palliativo**», in passato riconosciuto dalla giurisprudenza, secondo la quale l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un **danno alla persona**, per il fatto che egli non ha potuto usufruire di tali cure e, quindi, **ha dovuto sopportare il dolore**, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze.

Inoltre, l'omissione di una diagnosi tempestiva comporta, per il paziente, la **perdita della chance di conservare una migliore qualità di vita e di vivere alcune settimane o alcuni mesi di più** rispetto a quelli poi vissuti, considerando, tra l'altro, che l'omessa diagnosi di un processo morboso terminale nega al paziente di essere messo nelle condizioni per scegliere «che fare» nell'ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto e di poter programmare la propria esistenza residua.

Amministratore di sostegno Il soggetto potrà anche nominare un amministratore di sostegno affinché compia, in suo nome e per suo conto, le attività necessarie per effettuare, con le maggiori tempestività e sollecitudine, le cure palliative più efficaci, compreso l'utilizzo di farmaci oppiacei, per l'ipotesi che il beneficiario versi in una condizione di malattia irreversibile e invalidante che lo costringa a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali che impediscano una normale vita di relazione.

13.8.1 Cure palliative domiciliari

Ai sensi dell'**art. 23 DPCM 12-1-2017**, il Servizio sanitario nazionale garantisce le cure domiciliari palliative a favore di persone affette da patologie ad andamento cronico ed evolutivo per le quali non esistono terapie o, se esistono, sono inad-

guate o inefficaci ai fini della stabilizzazione della malattia o di un prolungamento significativo della vita.

Le cure sono erogate dalle Unità di cure palliative (UCP) e sono costituite da prestazioni professionali di tipo medico, infermieristico, riabilitativo e psicologico, accertamenti diagnostici, fornitura dei farmaci e dei dispositivi medici, nonché dei preparati per nutrizione artificiale, da aiuto infermieristico, assistenza tutelare professionale e sostegno spirituale.

Le cure palliative domiciliari si articolano in un livello base e in un livello specialistico.

Il **livello base** è costituito da interventi coordinati dal medico di medicina generale o dal pediatra, che consentano l'ottimale controllo dei sintomi e un'adeguata comunicazione con il malato e la famiglia; sono erogate da medici e infermieri con buona conoscenza di base delle cure palliative.

Invece, il **livello specialistico** è costituito da interventi da parte di *equipe* multi-professionali e multidisciplinari rivolti a malati con bisogni complessi per i quali gli interventi di base siano inadeguati. In relazione al livello di complessità, legato anche all'instabilità clinica e ai sintomi di difficile controllo, sono garantiti la continuità assistenziale e la pronta disponibilità medica e infermieristica sulle 24 ore. Le cure domiciliari palliative richiedono la definizione di un «Progetto di assistenza individuale» (PAI).

13.9 La perdita della possibilità di vivere qualche anno in più è un danno risarcibile

Dà luogo a un pregiudizio risarcibile l'**errata esecuzione di un intervento chirurgico praticabile per rallentare l'esito certamente infausto di una malattia**, che abbia comportato per il paziente la **perdita della chance di vivere per un periodo di tempo più lungo** rispetto a quello poi effettivamente vissuto.

Le possibilità di sopravvivenza, misurate in astratto secondo criteri percentuali, rilevano ai fini della **liquidazione equitativa del danno**, che dovrà tenere conto dello **scarto temporale** tra la durata della sopravvivenza effettiva e della sopravvivenza possibile in caso di intervento corretto (81).

La *chance* è un'**entità patrimoniale a sé stante**. Ne consegue, sul piano processuale, la non sovrapposibilità della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* con quella volta al risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato sperato.

Pertanto, la domanda di risarcimento del danno da perdita delle *chance* di guarigione di un prossimo congiunto dovuta alla condotta negligente del medico deve essere formulata esplicitamente e non può ritenersi implicita nella richiesta gene-

(81) Cass. 27-3-2014, n. 7195.

rica di condanna del convenuto al risarcimento di «tutti i danni» causati dalla morte della vittima (82).

Per alcune pronunce la perdita di una *chance* favorevole non costituisce un danno di per sé ma soltanto — al pari del danno da lucro cessante — se la *chance* perduta aveva **la certezza o l'elevata probabilità di avveramento**, da desumeresi in base a elementi certi e obiettivi (83).

È stato messo in luce che, anche in caso di responsabilità da *chance* perduta, l'accertamento del nesso di causalità materiale implica sempre l'applicazione della **regola probatoria del «più probabile che non»**, sicché, in tal caso, la ricorrenza del nesso causale può affermarsi allorché il giudice accerti che quella diversa — e migliore — possibilità si sarebbe verificata «più probabilmente che non» (84).

(82) Cass. 29-11-2012, n. 21245.

(83) Cass. 14-5-2013, n. 11548; 10-12-2012, n. 22376.

(84) Cass. 17-9-2013, n. 21255.



Il danno da vita malformata

SOMMARIO

14.1 Il bambino malformato ha diritto al risarcimento del danno? - **14.2** La tesi che ammette il risarcimento del danno in favore del nascituro. - **14.3** La soggettività giuridica del concepito alla luce delle fonti sovranazionali. - **14.4** Interesse tutelato ed evento dannoso. - **14.5** Il nesso di causalità. - **14.6** Il danno da nascita indesiderata *ex latere parentis*. - **14.7** La prova del nesso causale. - **14.8** Il contratto di ricovero ospedaliero quale contratto con effetti protettivi a favore di terzo.

14.1 Il bambino malformato ha diritto al risarcimento del danno?

Con una recente pronuncia del 2015 le Sezioni Unite hanno affermato l'irrisarcibilità del danno da lesione del diritto a nascere sani (1).

La tesi negatrice delle Sezioni Unite

In particolare, il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, poiché l'ordinamento non conosce il «diritto a non nascere se non sano», né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico. L'argomento principe utilizzato dalle Sezioni Unite ruota attorno all'idea che, ammettendo il risarcimento, si incorre in una contraddizione.

Il vigente sistema della responsabilità civile è improntato sulla distinzione tra **danno-evento**, ossia l'evento lesivo in sé considerato, non risarcibile, e **perdita-conseguenza**, risarcibile.

Se da ciò si muove, la tesi che ammette il risarcimento cade, per la Cassazione, in una contraddizione insuperabile, poiché il secondo termine di paragone (danno-conseguenza) è la non vita, a seguito dell'interruzione della gravidanza, e **la non vita non può essere un bene della vita**.

L'idea che la vita, seppure malformata, non possa essere intesa come perdita rispetto alla non vita e che la mancanza di vita non possa essere considerata un

(1) Cass. S.U. 22-12-2015, n. 25767. Conf. Cass. 20-7-2016, n. 14940.

bene si rinviene in molte pronunce e in un numero consistente di contributi dottrinali (2).

Tuttavia, vita e non vita non hanno un valore in sé. Il valore non è qualcosa di ontologico perché siamo noi ad attribuire valore all'una (vita) e all'altra (non vita), e per questo può senz'altro affermarsi, sul piano logico, che nascere possa condurre a una posizione peggiorativa rispetto al non nascere.

Inoltre, l'idea che la non vita non sia un bene o l'idea che vivere sia sempre meglio che non vivere non sono delle costanti. In fondo, il fatto stesso che in Italia e all'estero si discuta molto sul tema dimostra che non tutti sono disponibili a ritenere che nascere sia sempre meglio che non nascere. Insomma, non ci sarebbe nulla di contraddittorio, né sul piano logico né su quello antropologico o sociologico, nel sostenere che la nascita, in certe ipotesi, possa costituire una perdita, quindi un danno-conseguenza.

Non avendo l'argomento principe utilizzato dalle sezioni unite una cogenza necessaria e potendosi aggirare il criterio selettivo del danno-conseguenza, non ci sono ostacoli insormontabili a intraprendere la risarcibilità del danno da lesione del diritto a non nascere (3).

Il danno non patrimoniale da perdita della vita deve, quindi, ritenersi risarcibile.

Su questa linea si colloca una pronuncia del 2012 (4), che ha affrontato il tema del risarcimento del danno a favore del bambino nato con malformazioni ripercorrendo l'iter giurisprudenziale e dottrinale formatosi sull'argomento.

Il «diritto a non nascere» esiste?

Secondo un orientamento giurisprudenziale — esordisce la sentenza — non è configurabile, in capo al concepito, un «diritto a non nascere» o a «non nascere se non sano», come si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 4 e 6 L. 194/1978, poiché:

- l'interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo a evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine); pertanto, si tratta di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre;
- le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante e non già in sé e per sé considerate, con riferimento cioè al nascituro;
- il diritto di «non nascere» sarebbe un diritto adespota in quanto, ai sensi dell'art. 1 c.c., la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687 e 715 c.c.) sono subordinati all'evento della nascita, esistenti quindi dopo la nascita, sicché il diritto di «non nascere» non avrebbe alcun titolare fino al momento della nascita, e a seguito della nascita non esiste più;

(2) Cass. 29-7-2004, n. 14488. In dottrina, v. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in Riv. dir. civ., 1982, I, 506.

(3) BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*, in Foro it., 2016, I, 506.

(4) Cass. 2-10-2012, n. 16754.

- deve escludersi la configurabilità e l'ammissibilità del cd. aborto «eugenetico», prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, poiché l'interruzione della gravidanza al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 L. 194/1978 (accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8), oltre a risultare in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo (art. 5 c.c.), costituisce un reato anche a carico della gestante (art. 19 L. 194/1978);
- il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, è tutelato dall'ordinamento anche mediante sanzioni penali.

Ne consegue che, verificatasi la nascita, **il minore non può far valere, come proprio danno da inadempimento contrattuale, l'essere affetto da malformazioni** congenite a causa dell'omessa informazione, da parte del ginecologo, delle condizioni del feto, informazione che avrebbe messo la madre nella condizione di ricorrere all'aborto (5).

Legittimazione esclusiva dei parenti del bambino malformato

La responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata **può essere fatta valere soltanto dalla madre**, nella qualità di parte di un rapporto da contatto sociale qualificato, dal **padre** (6) e dai **fratelli** e dalle **sorelle** del neonato, soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante.

In particolare, in considerazione dell'insieme dei doveri che la legge pone in capo al padre nei confronti del figlio, va riconosciuto anche in suo favore — benché egli assuma, nel contratto tra la donna e il professionista, la posizione di terzo — il diritto al risarcimento del danno conseguente alla mancata possibilità di esercizio, da parte della donna, della facoltà di interruzione anticipata della gravidanza (7).

L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento non può non essere estesa, per le stesse motivazioni, 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 consistente, tra l'altro, nella minore 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, le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato: vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferen-

(5) Cass. 29-7-2004, n. 14488.

(6) Cass. 10-5-2002, n. 6735.

(7) Cass. 2-2-2010, n. 2354.

za, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta a ogni essere umano che si affaccia alla vita, quale che sia la concreta situazione in cui si trova.

14.2 La tesi che ammette il risarcimento del danno in favore del nascituro

La configurabilità, nei confronti del minore nato con handicap, del diritto al risarcimento del danno, induce a indagare sulla qualità da attribuire al concepito.

Il concepito come soggetto giuridico

Con una pronuncia del 2009 la Cassazione (8) ha affermato il principio secondo il quale, stante la **soggettività giuridica del concepito**, al suo diritto a nascere sano corrisponde l'obbligo dei medici di risarcirlo (diritto al risarcimento condizionato, quanto alla titolarità, all'evento nascita *ex art. 1 c.c.* e azionabile dagli esercenti la potestà) per mancata osservanza sia del dovere di fornire una corretta informazione (ai fini del consenso informato) in ordine ai possibili rischi conseguenti alla terapia prescritta alla madre, sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro stesso.

L'iter motivazionale della sentenza del 2009 si caratterizza per i seguenti passaggi argomentativi:

- il **mancato esercizio di una doverosa informazione** a ciascuno dei coniugi circa la potenzialità dannosa di un farmaco somministrato alla futura madre per stimolarne la funzione riproduttiva preclude loro di scegliere se farne uso o meno, con conseguente responsabilità del medico nei confronti di entrambi, destinatari delle informazioni colpevolmente omesse;
- l'esistenza di un danno ingiusto risarcibile deve essere affermata anche con riguardo alla posizione del **neonato portatore di handicap**, vittima, dopo il suo concepimento, degli effetti nocivi del farmaco prescritto, stante la molteplicità e la concordanza degli indici normativi volti a riconoscere la soggettività giuridica del nascituro, titolare, come tale, del diritto alla salute, azionabile a fini risarcitori a seguito della nascita;
- il diritto al risarcimento riconosciuto al figlio nato in conseguenza di una terapia nociva non contraddice l'esclusione di ogni tutela risarcitoria nel diverso caso della mancata informazione (sui rischi di malformazione del feto) incidente sulla decisione della madre di interrompere, in tal caso, la gravidanza, attesa l'inconfigurabilità di un diritto a non nascere se non sano.

La grande novità della sentenza consiste nel riconoscimento che gli effetti protettivi del rapporto contrattuale da «contatto sociale» instaurato tra la paziente e i

(8) Cass. 11-5-2009, n. 10741.

medici che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito ma anche del figlio.

Per la prima volta la Cassazione valuta l'incidenza della nascita di un bambino in condizioni menomate sul piano dell'esistenza dell'intera famiglia, e non più solo della coppia, riconoscendo un **autonomo diritto al risarcimento** anche al protagonista principale del danno prenatale.

Merito della sentenza è aver distinto due situazioni apparentemente simili ma, in realtà, sul piano giuridico, assai diverse: al contrario di quanto avviene nel caso di prescrizione di farmaci dannosi, l'errata o mancata diagnosi non rileva *ex se*, sul piano causale, con riguardo alla genesi della patologia sofferta dal bambino, e i genitori possono conseguentemente lamentare, nei confronti dei medici, la sola omessa informazione sullo stato di salute del feto per avere impedito alla madre di potersi determinare a un aborto terapeutico nei termini e alle condizioni previste dalla legge.

Meno condivisibile considerare il nascituro un soggetto di diritto e, perciò, centro di imputazione di alcuni diritti, della personalità e patrimoniali, da far valere solo se e in quanto nato.

Decisiva appare la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pure nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si sacrifica il diritto del feto a venire alla luce.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, e risulta 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 dell'illecito**.

I principi suesposti sono stati affermati da un'importante pronuncia del 2011 (9), la quale ha affermato che il soggetto nato successivamente alla morte del padre può ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali verificatisi contemporaneamente alla nascita o posteriormente ad essa, essendo **irrelevante la non contemporaneità fra la condotta dell'autore dell'illecito (che può realizzarsi durante la fase del concepimento) e il danno**. Nella specie, la Cassazione ha ritenuto risarcibili i danni subiti dal minore, a partire dal momento della nascita, in conseguenza dell'**uccisione del padre** avvenuta quando il minore era soltanto concepito.

I principi affermati da
Cass. 9700/2011

La Corte ha ritenuto irrilevante la questione della soggettività giuridica del concepito, e comunque imprevedibile una sua configurazione al fine di affermare il diritto del nato al risarcimento, «non potendo ... quella soggettività ricavarsi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento», poiché la soggettività giuridica trova il suo normale svolgimento nella capacità giuridica, che si acquista soltanto con la nascita.

(9) Cass. 3-5-2011, n. 9700.

La mancanza del rapporto interpersonale, del legame emozionale che connota la relazione tra genitore e figlio diventa attuale soltanto quando il figlio nasce: è in questo momento che si verifica la **propagazione intersoggettiva dell'effetto dell'illecito** per la lesione del diritto del figlio (non del feto) al rapporto con il genitore, e nello stesso momento nasce il suo diritto di credito al risarcimento, del quale diventa titolare un soggetto fornito della capacità giuridica per essere nato. La sentenza, infine, ammette la configurabilità di un nesso causale tra illecito e danno, inteso quest'ultimo come l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli derivate dall'evento (morte del genitore): il figlio al quale sia impedito svilupparsi nell'ambito del rapporto genitoriale può subire un pregiudizio che costituisce un danno ingiusto indipendentemente dalla circostanza che egli fosse già nato al momento della morte del genitore o che, essendo solo concepito, sia nato successivamente (10).

14.3 La soggettività giuridica del concepito alla luce delle fonti sovranazionali

La questione della soggettività giuridica del concepito deve essere valutata alla luce delle norme costituzionali e del ruolo sempre più incisivo delle fonti sovranazionali. Lo stesso giudice delle leggi, con specifico riguardo alla posizione del concepito, ha affermato a più riprese l'interesse inviolabile alla sua protezione.

Questo principio, già affermato in modo non equivocabile dalla sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale, ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento.

Va in particolare ricordata la **Dichiarazione sui diritti del fanciullo** approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che «*il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, sia prima che dopo la nascita*».

Così pure si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono — per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 — «*all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana*» (11).

Né può dubitarsi che l'evoluzione legislativa abbia introdotto una congerie di norme che prendono in considerazione il concepito in quanto tale, come ha avuto cura di evidenziare la citata sentenza della Cassazione n. 10741 del 2009.

Ma tale evoluzione del costume legislativo e interpretativo non conduce automaticamente ad affermare la soggettività del concepito.

(10) Cass. 9-5-2000, n. 5881; 22-11-1993, n. 11503.

(11) Corte cost. 10-2-1997, n. 35.

Non convince la riflessione recentemente svolta dalla dottrina su un piano rigorosamente normativo (e dunque a prescindere da considerazioni etiche, filosofiche, teologiche) a sostegno della teoria della soggettività del nascituro (12).

Essa si fonda sulla generale portata precettiva dell'art. 320, co. 1, c.c., che attribuisce ai genitori la rappresentanza non solo dei figli nati ma anche dei nascituri, per cui nell'interpretazione di un linguaggio tecnico come è quello giuridico non sarebbe revocabile in dubbio che ogni forma di rappresentanza, compresa quella legale, è effettivamente tale se c'è alterità soggettiva fra rappresentante e rappresentato e, dunque, se il rappresentato è il soggetto giuridico in nome del quale il rappresentante agisce.

L'argomento in realtà prova troppo, perché le stesse norme sulla rappresentanza esigono in capo al rappresentato non soltanto la capacità giuridica ma anche quella di agire, limitando al rappresentante la sola capacità di intendere e di volere (se tale rappresentanza è conferita dall'interessato).

Ne consegue che la «rappresentanza» riferita dall'art. 320 c.c. al nascituro è un istituto di portata eccezionale, limitato al campo dei diritti patrimoniali.

Per altro verso, lungi dall'apparire «irrazionale», appare perfettamente compatibile con la concezione del nascituro inteso come oggetto di tutela e non come soggetto di diritto la disposizione dell'art. 578 c.p. — che punisce la madre che non solo causa la morte del neonato subito dopo il parto, ma anche del feto durante il parto, prima che questo si distacchi definitivamente dal proprio organismo — poiché non pare seriamente discutibile la piena equiparazione delle due situazioni sul piano naturalistico prima ancora che giuridico, una volta che il parto abbia avuto inizio.

L'indiscutibile rilevanza giuridica del concepito non ha, pertanto, come ineludibile conseguenza, la sua soggettività, ma si sostanzia nel riconoscimento della sua qualità di oggetto speciale di tutela da parte dell'ordinamento.

14.4 Interesse tutelato ed evento dannoso

Per quanto riguarda l'interesse tutelato, la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trova il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.

Il *vulnus* che può essere lamentato 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. È violato, quindi, l'art. 32 Cost., 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, lett. o), D.Lgs. 81/2008.

(12) JANNUZZI-LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2004, 161; SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, Milano, 1985, 400.

Deve, inoltre, ritenersi consumata:

- la violazione dell'art. 2 Cost., apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali;
- dell'art. 3 Cost., nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona;
- degli artt. 29, 30 e 31 Cost., che tutelano la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli.

Tali situazioni soggettive, giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita né al solo handicap, bensì alla nascita e alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui «diversità» non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita ma soltanto tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria. Non si tratta, pertanto, della non meritevolezza di una vita handicappata, ma di **una vita che merita di essere vissuta meno disagivolmente**, attribuendo l'importo risarcitorio direttamente al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore, senza mediazioni di terzi, quand'anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini.

L'evento di danno

L'evento di danno è costituito dalla **nascita malformata**, intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita a un soggetto di diritto attualmente esistente.

14.5 Il nesso di causalità

L'esistenza di un nesso di causalità giuridicamente rilevante tra la condotta del medico e la nascita malformata appare riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, poiché una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto.

Una diversa soluzione, sul piano causale, si risolverebbe nell'inammissibile annullamento della volontà della gestante, senza che possano assumere rilievo ipotesi alternative circa l'eventualità di un futuro mutamento di decisione da parte della gestante in ordine alla programmata interruzione di gravidanza.

Va pertanto affermata l'equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile (l'handicap, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale handicap abbia cagionato, e l'errore medico che non abbia evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge).