

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 07 Marzo 2016

**L'INADEMPIMENTO DEL SANITARIO RISPETTO ALLA RICHIESTA DI DIAGNOSI SÌ COME FUNZIONALE ALL'INTERRUZIONE DI GRAVIDANZA IN CASO DI POSITIVO ACCERTAMENTO DI MALFORMAZIONI FETALI.
LA PROPAGAZIONE INTERSOGETTIVA DEGLI EFFETTI DELL'ILLECITO AL MINORE NATO MALFORMATO.**

RIFLESSIONI SULLA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE CIVILI DELLA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE N. 25767 DEL 22 DICEMBRE 2015.

Allorquando venne pubblicata la sentenza della Suprema Corte di Cassazione n° 16754 del 2012 che riconosceva il diritto del minore nato malformato ad un indennizzo in proprio, mi venne richiesto un breve commento che affidai nel novembre 2012 alle pagine di questo sito.

La confutazione della tesi ammissiva di quel diritto e di quella che oggi la stessa S.C. definisce una visione panrisarcitoria dalle prospettive inquietanti, ha trovato conforto nel revirement delle stesse Sezioni Unite che oggi mi trovo a commentare.

Con argomenti non meno accattivanti di quelli svolti con la sentenza 16754/2012, la Corte di Legittimità ha affrontato nuovamente il tema della negazione del diritto del nato malformato al risarcimento del danno per l'impossibilità di condurre un'esistenza sana e dignitosa ed è pervenuta alla conclusione negativa affidandosi alla potenzialità evolutiva dell'interpretazione della Legge. Anche in questo caso quindi, a dispetto delle intenzioni preannunciate, i Giudici di legittimità si sono lasciati trascinare dal fascino di una disputa metagiuridica che più propriamente attiene ad una visione soggettiva della vita. Solo la coscienza dei singoli infatti, può utilmente risolvere il dilemma della dignità di una vita handicappata, sospesa tra la non-vita ed una vita fatta di sofferenze irriducibili, e risolversi in un senso o nell'altro. All'operatore del diritto compete, invece, il più banale compito di applicare una Legge e, nel nostro caso, gli artt. 4 e segg. della L. 194/1978.

*Legge 22 maggio 1978, n. 194
Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della
gravidanza
Articolo 4*

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 07 Marzo 2016

Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi 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 relazionea previsioni di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'articolo 2, lettera a), della legge 29 luglio 1975 numero 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.

Articolo 6

L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

Articolo 7

I processi patologici che configurino i casi previsti dall'articolo precedente vengono accertati da un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento, che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento da praticarsi immediatamente.

Queste norme, a mio sommo avviso, non consentono troppe divagazioni poiché vi si afferma senza esitazioni che l'interesse tipico protetto del nascituro è quello di venire alla luce e che esso può essere sacrificato solo in circostanze del tutto eccezionali e solo a vantaggio di un altro interesse tipico protetto: la salute psichica o fisica della madre. Basti qui ricordare che tutte le modifiche alla Legge introdotte nella stesura finale rispetto al precedente testo approvato dalla Camera si erano rese necessarie, stando al tenore letterale della relazione delle commissioni riunite nella proposta di Legge definitiva presentata alla Presidenza il 30 novembre 1977 "per rendere più esplicita la mancanza di un giudizio positivo sull'aborto".

Alla stregua del tessuto normativo di riferimento l'ipotesi scrutinata si risolve in un atto medico che illecitamente pregiudica l'interesse tipico protetto della madre ma che, al tempo stesso, preserva e porta a compimento un altro interesse

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 07 Marzo 2016

tipico protetto, quello del feto, nel senso e nel modo preteso dalla Legge, e da ciò consegue, rispetto al nascituro, il crisma della liceità ! Dall'illiceità dell'atto consegue il diritto della madre al risarcimento del danno ma, nel contempo, la liceità dello stesso atto riguardo all'interesse legalmente tipizzato del feto vale ad escludere in radice qualunque ipotesi di danno e quindi, il diritto al risarcimento a favore del nascituro.

Ogni altra considerazione conduce a fortiori ad un impasse ed è anche foriera di fraintendimenti. Basti guardare alle implicazioni del ricorso al concetto di danno-conseguenza desunto dall'art. 1223 cod. civ. empiricamente sintetizzato nell'interrogativo: <<a causa dell'illecito cosa ho avuto in meno ? >> (evidentemente in termini assoluti e non algebrici). Anche questa cartina tornasole infatti, riconduce l'ipotesi del danno al nascituro nel corto circuito del dilemma : danno = vita del bambino; assenza di danno = morte, e men che meno funziona, a differenza di quanto scrive la S.C., se applicata a proposito del danno ai parenti prossimi del bambino poiché costoro non patiscono affatto un danno-conseguenza oggettivabile in un minus assoluto, ma piuttosto si ritrovano in una situazione assai più complessa fatta di valori non algebrici che riconducono ancora una volta a dilemmi insolubili : danno = avere un affetto (fratello) + accudire un fratello malformato; assenza di danno = non avere un affetto (fratello) + non avere incombenze.

Sta comunque di fatto che anche questa volta il tema più dibattuto è forse quello di minor interesse pratico per gli operatori sanitari ai quali potrà forse interessare di più un approfondimento su quanto è scritto nella sentenza n. 25767 del 2015 a proposito dell'onere della prova. La sentenza in commento ripercorre, infatti, l'intero excursus della giurisprudenza di legittimità sul riparto dell'onere della prova in tema di nascita indesiderata per approdare di nuovo alla già commentata insufficienza del cd. "indizio isolato" ed aggiungendovi però, anche dell'altro.

La Corte di Legittimità ribadisce a chiare lettere che il legislatore non esime in alcun modo la madre dall'onere di allegare e provare ex art. 2657 cod. civ. sia la malattia fisica o psichica che giustifichi il ricorso all'interruzione della gravidanza e sia la sua volontà di ricorrere all'interruzione stessa e tuttavia censura l'omessa valutazione della facoltà per il danneggiato di assolvere positivamente a quest'onere in via presuntiva o mediante le circostanze

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 07 Marzo 2016

contingenti, anche atipiche, comunque acquisite al processo. Tra queste circostanze la Corte annovera sia il ricorso al consulto medico richiesto “proprio” per conoscere le condizioni di salute del nascituro, sia le pregresse manifestazioni di pensiero sintomatiche di una propensione all’opzione abortiva. Quanto poi, all’esistenza della malattia che giustifichi il ricorso all’aborto, la Corte ritiene che vadano valutate le precarie condizioni psico-fisiche della gestante e che queste possano eventualmente essere verificate mediante consulenza tecnica d’ufficio.

Al medico, per contro, competerà l’onere di dimostrare che la donna non si sarebbe determinata comunque all’aborto per qualsivoglia ragione a lei personale.

In definitiva, ed è probabilmente questo il risvolto pratico più significativo della decisione in commento, se il cd. “indizio isolato”, ed ossia il fatto stesso di aver richiesto al medico una indagine diagnostica, non è sufficiente ad assolvere l’onere della prova della propensione della danneggiata alla opzione abortiva, poco ci manca, sarà sufficiente corredare l’allegazione con la dichiarazione di un teste che confermi tale propensione. Più complessa, è invece la prova della sussistenza della malattia che dovrà essere oggettivata o comunque provata, sia pure con indagine ex-post, attraverso una perizia medico legale.

Al professionista convenuto in giudizio, dal canto suo, resta ben poco da fare se non attingere all’unica risorsa possibile ed alla quale ho già fatto riferimento in passato: la raccolta e la conservazione di un consenso informato ben articolato e completo, nel contesto del quale andranno recepite anche tutte le dichiarazioni della gestante relative ai motivi per i quali ella richiede l’indagine diagnostica e la sua eventuale propensione a portare comunque a compimento la gravidanza per motivazioni personali o religiose, anche in caso di malformazioni fetali.

La preventiva conoscenza della propensione per l’opzione abortiva della gestante ridonda infatti come elemento di valutazione nell’interesse della gestante stessa, poiché ella potrà essere indirizzata verso tecniche di indagine meno rischiose per sé e per il feto, ma neppure si deve escludere che la conoscenza sia indifferente per il medico, poiché il professionista ben potrebbe declinare l’incarico per motivi di coscienza di fronte alla dichiarata volontà della gestante di abortire in caso di malformazioni congenite del feto.

*Avv. Paolo Pecora
- Patrocinante in Cassazione -*

Napoli 07 Marzo 2016

Tenuto conto della complessità della fattispecie quanto alle circostanze che si devono dimostrare, ivi incluso il convincimento soggettivo della gestante rispetto alla opzione abortiva risalente all'epoca dell'atto medico, il documento in questione rappresenta l'unica concreta possibilità per il medico di dimostrare, con elemento di prova inconfutabile, la sola circostanza concludente che gli è consentito provare e cioè che la donna non si sarebbe comunque determinata all'aborto per sue convinzioni personali.

Napoli il 7 marzo 2016

Avv. Paolo Pecora