

Merita ulteriormente osservare che, a differenza di quello inibitorio, il rimedio risarcitorio, quale che sia il suo fondamento, implica una specifica valutazione della condotta tenuta da altri ed esige un elemento soggettivo, senza il quale la qualificazione di antigiuridicità non basterebbe a fondare una sanzione ulteriore rispetto all'inibitoria.

La rilevanza primaria del valore tutelato, infine, deve condurre a ritenere che la qualificazione in termini di dolo o colpa della condotta dell'autore della lesione ai fini del risarcimento del danno debba obbedire alle regole civilistiche (che consentono l'accertamento anche tramite il ricorso alle presunzioni), con ciò ribadendo la dignità autonoma della tutela civile della persona rispetto alla tutela penale.

2. I singoli attributi della personalità

Il valore giuridico di persona è suscettibile di manifestarsi in diverse forme che, come si è detto, possono essere fatte oggetto di autonoma considerazione e tutela da parte dell'ordinamento.

A grandi linee può operarsi una fondamentale distinzione tra gli aspetti c.d. "materiali" della personalità che si specificano nel "diritto" alla vita, alla salute e all'integrità psicofisica e quelli c.d. "moralì" dei quali costituiscono manifestazione, i "diritti" al nome, all'immagine, all'identità personale, all'onore e alla riservatezza.

S'impone prima di addentrarsi nell'analisi dei suddetti specifici aspetti una precisazione terminologica: l'utilizzo nel proseguo della trattazione di una terminologia tradizionale (diritto alla vita, al nome, all'immagine ecc...) è dovuta esclusivamente a ragioni di comodità espositiva e non infirma in alcun modo le considerazioni generali sopra svolte.

2.1. Il "diritto" alla vita

Una fondamentale manifestazione del valore giuridico di persona, espressamente tutelata tanto a livello interno quanto a livello internazionale è la vita, quale fenomeno naturale dell'esistenza fisica.

La vita è tutelata tanto nei confronti dello Stato che non può violare la vita della persona, neppure in caso di gravi condanne penali (l'Italia ha infatti abolito la pena di morte, sostituendola con l'ergastolo, anche nei casi previsti dalle leggi militari di guerra), quanto nei confronti dei privati, che in caso di attentati alla vita altrui incorrono in aspre sanzioni di carattere penale.

Controversa è invece la praticabilità di una tutela civilistica della vita in particolare tramite lo strumento risarcitorio, anche se la più recente giurisprudenza sulla base delle sollecitazioni provenienti da diverse opinioni dottrinarie ha ritenuto che la lesione della vita possa essere momento costitutivo di un diritto di credito, trasmissibile *mortis causa*, che sorge istantaneamente come corrispettivo del danno ingiusto al momento della lesione mortale, senza che rilevi la distinzione tra evento di morte mediata o immediata (sul punto cfr. Parte V, Sez. V, Cap. II, § 6.7., in particolare le conclusioni sul punto dell'arresto a S.U. dell'11 novembre 2008, n. 26972).

Non deve credersi tuttavia che le problematiche inerenti il c.d. “diritto alla vita” siano residuali in seno al dibattito privatistico, dovendosi anzi rilevare la sempre più viva attenzione alla quale ultimamente alcune di esse sono state sottoposte.

Ci si riferisce in particolare alle questione della titolarità del diritto al conseguimento della vita da parte del nascituro, e a quella, assai penosa, della sussistenza di una libertà individuale di autodeterminazione in ordine alla cessazione della vita stessa, qualora si versi in gravi condizioni di dolore e sofferenza fisica a causa di un male incurabile.

Quanto al primo aspetto, ci sembra di poter dire che lo sganciamento della personalità dagli angusti confini del diritto soggettivo possa condurre ad un superamento della tesi formalistica in base alla quale al nascituro, in quanto privo di capacità giuridica, non spetterebbe il diritto alla vita.

Nascituro

A noi pare, invece, che proprio l’inquadramento della persona umana quale valore fondamentale tutelato in quanto tale dall’ordinamento debba condurre ad una sua protezione anche a prescindere dall’esistenza giuridica del soggetto sul quale esso si appunta. In tal senso, peraltro, depongono anche i dati normativi offerti dall’art. 1 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (sull’interruzione volontaria di gravidanza) che attribuisce allo Stato il compito di tutelare la vita umana dal suo inizio, nonché dall’art. 1 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (sulla procreazione medicalmente assistita cfr. Parte VIII, Cap. V, § 7) che, con terminologia impropria e ai limitati fini della procreazione medicalmente assistita, prende in considerazione “i diritti di tutti” i soggetti coinvolti compreso il concepito.

Ciò posto peraltro, occorre considerare che il valore (potenziale) della vita del nascituro può entrare in conflitto con altri valori in atto di pari rango quali certamente sono la tutela della salute e della vita stessa della madre, ai quali l’ordinamento con una scelta condivisibile, attraverso un bilanciamento di interessi, accorda preferenza sia pure entro determinati limiti.

In particolare la legge consente alla madre l’interruzione della gravidanza:

a) entro i primi 90 giorni qualora la prosecuzione della stessa, il parto o la maternità comportino un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito (art. 4, L. 194/78);
b) anche dopo i primi 90 giorni quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna, ovvero 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 (art. 6, L. 194/78).

Interruzione della gravidanza

Una questione sulla quale si è recentemente sviluppato un fervente dibattito tanto in dottrina, quanto nella giurisprudenza, è quella della sussistenza nell’ordinamento di un diritto a non nascere ove il nascituro sia affetto da gravi malformazioni o anomalie che possano compromettere le condizioni e la qualità della vita dopo la nascita (c.d. “diritto a non nascere se non sano”).

Il c.d. “diritto a non nascere se non sano”

Il c.d. diritto a non nascere se non sano deve essere preliminarmente distinto dal c.d. “diritto a nascere sano”, che costituisce invece una variabile del diritto alla integrità psicofisica e del diritto alla salute, di cui agli artt. 5 c.c. e 32 Cost., e che viene riconosciuto anche al nascituro, sia pure subordinatamente all’evento della nascita (per la distinzione tra le due fattispecie cfr. *supra* Parte I, Sez. II, Cap. I, § 4.; cfr. anche *infra* Parte V, Sez. II, Cap. X, § 3).

L’opinione prevalente, invece, non riconosce in capo al concepito un diritto a non nascere per diverse ragioni. In primo luogo è stato osservato che il diritto “a non nascere” sarebbe

un diritto adespota, in quanto l'art. 1 c.c. subordina l'acquisto della capacità giuridica alla nascita; inoltre, ipotizzare un diritto del concepito a "non nascere" significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente (e in via postuma) in caso di sua violazione, in difetto della quale essa risulterebbe sempre priva di titolare, rimanendone, in definitiva, il suo esercizio inevitabilmente precluso. Deve altresì rilevarsi che nel nostro ordinamento non è ammissibile il c.d. "aborto eugenetico", ossia che prescindendo dal pericolo che le malformazioni fetali possano arrecare alla salute della madre. Difatti, l'interruzione di gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 della L. 194/1978 (accertate nei termini di cui agli artt. 5 e 8), oltre a risultare, in ogni caso, in contrasto con i principi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c., costituisce reato anche a carico della gestante ex art. 19 della L. 194/1978, essendo per converso tutelato dall'ordinamento (ed anche con sanzioni penali) il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie. Da ultimo deve osservarsi che nella fattispecie in esame non può configurarsi neppure un danno, giacché esso rappresenta un peggioramento delle condizioni di un soggetto da un punto di vista quantitativo e qualitativo, sul piano economico e psicofisico; al contrario, in queste ipotesi, non può compiersi alcun giudizio comparativo, giacché l'alternativa alla nascita sarebbe la "non vita" che costituisce una perdita assoluta.

Il diritto "a non nascere se non sano" non viene, dunque, riconosciuto al nascituro.

*Cass. 2 ottobre
2012, n. 16754*

La questione della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato, nato a seguito di inesatta informazione medica che precluda alla madre l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, è stata recentissimamente riesaminata dalla terza sezione della S.C., che all'esito di un articolato iter argomentativo, perviene ad una soluzione opposta rispetto a quella testé riferita.

Osserva in particolare la S.C. che affrancando il discorso giuridico "dai pantani della soggettività, onde assegnare al concepito garanzie di difesa senza obbligare l'interprete alla necessità pregiudiziale di attribuirgli qualità soggettive nel significato e con le conseguenze che il diritto riconosce a tale concetto", sarebbe possibile superare l'argomento fondamentale della tesi negazionista e cioè quello della ontologica inconfigurabilità di un diritto a non nascere.

Il concepito, infatti, prima che quale soggetto di diritti (subordinati all'evento della nascita) dovrebbe essere riguardato quale oggetto di tutela, con la conseguenza che la lesione della libertà di autodeterminazione della madre in ordine alla scelta di interrompere la gravidanza – attribuibile alla condotta negligente del sanitario – costituirebbe fatto illecito foriero di conseguenze dannose (danno futuro) nella sfera giuridica del concepito stesso (o meglio del nato handicappato, certamente titolare della capacità giuridica).

Ad avviso della S.C., il diritto del nato al risarcimento del danno si giustificerebbe in ragione della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, ossia della lesione al diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui solo la madre è titolare: "la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto".

Tanto premesso, la Corte individua il danno risarcibile, non nella malformazione in sé considerata, bensì nello stato funzionale di infermità, nella condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza. In particolare, ad avviso della S.C. nel caso di nascita indesiderata nei confronti del nascituro sarebbe violato "il dettato dell'art. 32 della Costituzione, intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico – come testualmente si legge nell'art. 1 lettera o) del d.lgs. n. 81 del 2008... Dovrebbero ancora ritenersi consumate: – la violazione della più generale norma dell'art. 2 della Costituzione, apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali; – dell'art. 3 della Costituzione, nella misura in cui si renderà sem-

pre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona; – degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, volta che l’arrivo del minore in una dimensione familiare “alterata” impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell’istruzione, educazione, mantenimento dei figli”.

Pertanto l’interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore alla luce dei sopra richiamati articoli della Carta fondamentale, sarebbe “quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente il quale ha identificato l’intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili da esercitarsi dall’individuo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolgere la propria personalità, nel pieno sviluppo della persona umana, nell’istituzione familiare, nella salute. Non assumerebbe, pertanto, alcun rilievo giuridico la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all’interruzione della gravidanza: se l’esercizio di questo diritto fosse stato, infatti, assicurato alla gestante, la dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica”.

La decisione in commento, ad avviso di chi scrive, presenta non pochi profili problematici. *Considerazioni critiche*

Sebbene – conformemente a quanto affermato dalla maggioritaria dottrina – meriti condivisione l’assunto in base al quale il concepito non possa considerarsi soggetto di diritto e come tale portatore di diritti propri (con la conseguente necessità di individuare a fini risarcitori una posizione giuridica tutelabile di cui sia autonomo portatore il nato handicappato) non convincono diversi altri passaggi, specie in punto di causalità.

Ed infatti se il medico è chiamato a rispondere nei confronti del neonato in ragione della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell’illecito, consistente nella lesione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui solo la madre è titolare, occorre interrogarsi sulla regola causalistica applicata dalla Corte per giungere all’affermazione di responsabilità.

Certamente, infatti, si rivela inadeguato il principio condizionalistico, posto che ove l’operato del medico fosse stato corretto e la madre avesse scelto di non interrompere la gravidanza, il minore sarebbe comunque nato handicappato.

Lo spostamento dell’oggetto della tutela dall’immaginario ed adesposta “diritto a non nascere se non sano” al più vago ed inflazionato diritto alla libera estrinsecazione della personalità, non vale ad eludere il problema – dato che un’anomalia genetica non può causalmente ricondursi all’operato del medico – a meno di non ritenere che a fronte del corretto adempimento dell’obbligo informativo in ordine alla prospettiva di una nascita malformata, la madre avesse un obbligo – anch’esso peraltro adesposta come il diritto a non nascere – di interrompere la gravidanza; tale prospettiva, certamente non condivisa dal Supremo Collegio, si scontra con la pacifica inammissibilità nel nostro ordinamento dell’aborto eugenetico, o peggio ancora dell’obbligo di quest’ultimo, neppure ipotizzabile nell’attuale civiltà giuridica, a meno di non ripiombare in esperienze passate che hanno visto sopraffatta la civiltà dalla barbarie.

Non chiarisce, infine, la sentenza in commento quale natura abbia il danno lamentato dal nato handicappato ed in base a quale concezione debba essere determinato.

Detto danno, infatti, non è agevolmente configurabile sulla base della teoria differenziale (che come si vedrà *infra* Parte V, Sez. I, Cap. 6, Par. 6.1) è alla base della prevalente concezione riparatoria, posto che comparando la situazione derivante da una non nascita (conseguente ad una scelta abortiva) e quella conseguita alla nascita con malformazioni, non è possibile individuare un saldo negativo ristorabile (posto che una non vita non può essere ritenuta un *quid pluris* rispetto ad una qualsiasi vita, sia pure handicappata).

Desti da ultimo perplessità il richiamo al concetto di ingiustizia operato dalla sentenza in commento con riferimento al solo danno subito dal nato handicappato, che come noto postula

una ricostruzione della fattispecie in termini di illecito extracontrattuale. Detta ricostruzione, infatti, mal si concilia con la ribadita natura contrattuale da c.d. contatto sociale (su cui cfr. *infra* Parte V, Sez. I, Cap. I, par. 3) della responsabilità del medico nei confronti degli altri soggetti danneggiati dalla medesima condotta (*in primis* la madre e il padre), quasi che lo stesso illecito – propagandosi tra diversi soggetti – possa cambiare pelle assumendo diverse fisionomie.

Le riportate argomentazioni di segno critico sono state recentissimamente abbracciate dalle Sezioni Unite che, con la decisione n. 25767/15, hanno decisamente riaffermato l'orientamento dominante, sancendo testualmente che “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, giacché 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.

Il danno da nascita indesiderata subito dai prossimi congiunti

Il diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata compete ad altri soggetti i quali da tale nascita, abbiano subito un nocumento; la casistica giurisprudenziale si riferisce, in particolare, ai casi di sterilizzazione (maschile o femminile) e di aborto (anche terapeutico) non riusciti e di errata o mancata o incompleta diagnosi prenatale in relazione ad eventuali malformazioni del feto.

L'inesatta informazione medica, infatti, preclude alla madre l'esercizio del diritto di scelta, sia nel caso di intervento di aborto o di sterilizzazione non riuscito, sia anche nel caso in cui essa dipenda da una errata diagnosi prenatale sulle condizioni di salute del feto.

La mancata diligente preventiva comunicazione ai genitori sui rischi e sulle condizioni del nascituro, nonché l'omissione di controlli ed esami più approfonditi, attengono, dunque, alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del professionista e della struttura sanitaria nei confronti dei genitori.

I genitori chiedono, infatti, la riparazione di un danno derivante non solo e non tanto dalla nascita di un figlio non voluto, ma dal fatto stesso che è stata violata la loro decisione di non averlo.

Peraltro, il risarcimento del danno per mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione se il professionista sia stato interpellato dopo il novantesimo giorno dal concepimento. In questo caso occorrerà, infatti, anche accertare che sussistano le due condizioni previste dagli artt. 6 e 7 della L. 194 del 1978, e cioè un processo patologico, fisico o psichico, in atto e l'impossibilità di una vita autonoma, al di fuori dell'ambiente materno, per il feto.

In altri termini, il giudice chiamato ad accertare la responsabilità del professionista dovrà stabilire, con valutazione da compiersi *ex ante*, e quindi con riferimento al momento in cui il medico ha omesso la corretta informazione, se la conoscenza della reale situazione patologica del feto avrebbe ingenerato nella donna un processo patologico, fisico o psichico, con pericolo grave per la salute della stessa, ovvero se la sussistenza dell'errore diagnostico abbia o non abbia privato la madre dell'esercizio del suo diritto all'interruzione della gravidanza a causa della malformazione del figlio.

Nel caso in cui, invece, l'inadempimento all'obbligo di esatta informazione intervenga sino al novantesimo giorno dal concepimento, sussiste pacificamente l'obbligo del professionista di risarcire il danno.

Prova della volontà abortiva

Particolarmente dibattuta in giurisprudenza è la questione se, nel giudizio intentato dai genitori per il risarcimento del danno da nascita indesiderata conseguente al mancato rilievo, da parte del sanitario, di malformazioni congenite del feto, i rispettivi oneri probatori debbano ritenersi ripartiti sulla base di una presunzione *iuris et de iure* (o anche soltanto semplice) che conduca *ipso facto*, e in assenza di qualsivoglia ulteriore elemento di prova, ad un automatismo del nesso tra l'omissione e l'intenzione abortiva, o se invece l'onere di dimostrare la probabile o certa volontà abortiva della gestante spetti a chi domanda il risarcimento del danno.

Sulla questione è recentemente intervenuta la III Sezione della S.C. con la recente sentenza n. 12264/2014, statuendo che “è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza, poiché tale prova non può essere desunta dal solo fatto della richiesta di sottoporsi ad esami volti ad accertare l’esistenza di eventuali anomalie del feto”.

Il ragionamento probatorio svolto dalla S.C. (che si pone in consapevole contrasto con alcuni precedenti di diverso segno) muove dalla constatazione che, in caso di azione per il risarcimento del danno da nascita indesiderata, allorché sia mancata una espressa manifestazione di volontà della gestante di interrompere la gravidanza, qualora l’indagine su eventuali malformazioni del feto – ove effettuata – avesse avuto esito infausto, la mera richiesta di accertamento diagnostico integra un semplice elemento indiziario dell’esistenza di una volontà che si presume orientata verso l’esercizio della facoltà prevista dall’art. 6, primo comma, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194. In tal caso è la parte attrice ad essere tenuta ad integrare il contenuto di tale presunzione semplice con elementi probatori ulteriori (e, va aggiunto, sufficientemente significativi) da sottoporre all’esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza di quel labile elemento indiziario all’asserto illustrato in citazione, non incombendo, invece, sul medico l’onere di provare che, in presenza di una tempestiva informazione, la gestante non avrebbe potuto o voluto abortire.

Una diversa distribuzione degli oneri probatori, osserva la Corte, equivarrebbe, infatti a trasformare il giudizio risarcitorio in una vicenda para-assicurativa, indebitamente collegata, nella sostanza, al solo verificarsi dell’evento di danno conseguente all’inadempimento del sanitario.

Il giudice, a propria volta, è invece chiamato a desumere caso per caso, senza ricorrere a generalizzazioni di tipo statistico, le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri, posto che la richiesta di uno o più accertamenti diagnostici in corso di gravidanza, ove non espressamente e specificamente finalizzata alla verifica di eventuali anomalie del feto ed alla conseguente interruzione, costituisce un indice niente affatto univoco della volontà di avvalersi della facoltà di interrompere la gestazione in presenza di anomalie, in quanto innumerevoli sono le ragioni che possono spingere una donna e una madre, anche se soltanto futura, ad esigere – e il medico a prescrivere – quegli accertamenti, a partire dalla elementare volontà di gestire al meglio la gravidanza indirizzandola verso un parto che, per le condizioni i tempi ed il tipo, risulti il più consono alla nascita del figlio, ancorché malformato.

Sulla questione della prova della volontà abortiva sono recentemente intervenute le già richiamate Sezioni Unite n. 25767/15 affermando testualmente che “*in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l’onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d’interrompere la gravidanza – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell’anomalia fetale; quest’onere può essere assolto tramite praesumptio hominis (art. 2729 c.c.), in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all’opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all’aborto per qualsivoglia ragione personale*”.

Il danno da vita indesiderata è stato qualificato dalla giurisprudenza come danno biologico, giacché comporta una sorta di peggioramento della qualità della vita e la lesione del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, ma anche psichico-esistenziale, giacché coincide con un disagio, ovvero con una minore godibilità della vita: perché rilevati, però, occorre dimostrare la sussistenza di conseguenze significative apprezzabili, di pregiudizi non minimali, ma seri, che costituiscano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento del professionista ai sensi dell’art. 1223 c.c.

Per quanto concerne, poi, la sua quantificazione, la giurisprudenza, in passato, ha riconosciuto soltanto nei confronti della madre il danno psichico derivante dallo stato di depressione da nascita indesiderata, il danno biologico da temporanea inabilità parziale, nonché il

Natura del danno da nascita indesiderata...

...e sua quantificazione

risarcimento del danno patrimoniale da danno emergente e lucro cessante, pur nella ipotesi che essa svolgesse soltanto attività di casalinga; ha, invece, ammesso nei confronti di entrambi i genitori il risarcimento del danno patrimoniale consistente nelle spese causate dal parto e negli oneri di mantenimento della prole, sia pure attraverso una valutazione comparativa che tenesse conto anche dei possibili vantaggi derivanti in futuro dalla nascita di un figlio.

*Legittimazione
attiva
del padre e di
altri soggetti*

La legittimazione all'eventuale azione di responsabilità nei confronti del medico è riconosciuta dalla giurisprudenza anche al padre, la cui posizione è stata ricondotta dalla giurisprudenza nello schema dei danni riflessi o concepita come effetto protettivo del contratto avente ad oggetto la prestazione professionale.

È peraltro innegabile, che gli effetti negativi della condotta del medico si riversano anche sul padre, il quale, in considerazione del complesso di diritti e di doveri che derivano dalla procreazione secondo il nostro ordinamento, sopporta l'inadempimento del sanitario e quindi le conseguenze della mancata o inesatta prestazione dello stesso dalle quali derivano tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio.

La più recente giurisprudenza ha esteso, infine, il diritto al risarcimento del danno anche a favore di altri soggetti, quali gli ascendenti o i fratelli del nascituro.

*Il diritto
di morire*

Altra questione particolarmente controversa è quella della sussistenza in capo al soggetto di un diritto di morire, ponendo volontariamente fine alla propria vita. Si discute in particolare in merito alla esistenza di una facoltà di suicidio. Secondo la prospettiva tradizionale che disegnava i c.d. "diritti della personalità" sul modello dominicale, non poteva che addivenirsi ad una qualificazione di liceità del suicidio quale esplicazione della autodeterminazione dell'individuo spinta al limite estremo della soppressione di se stesso. Ove tuttavia si sganci il valore giuridico della persona dal modello del diritto soggettivo, e se ne proclami la rilevanza anche nei confronti del soggetto che ne è portatore, è evidente come debba pervenirsi ad una soluzione diversa, considerando il suicidio o il tentato suicidio un atto illecito, che peraltro non sarebbe passibile di sanzione in ragione del fatto che colui che lo commette ne è pure il principale danneggiato.

Sotto il profilo degli effetti giuridici, dunque la problematica del suicidio non presenta una grande rilevanza. Altrettanto non può dirsi, invece, della questione correlata dell'eutanasia, che consiste nel cagionare al malato una morte dolce, senza sofferenze, al fine di sottrarlo ad una condizione atroce e insopportabile, in cui la morte è prossima e le cure mediche hanno soltanto un'utilità marginale. In dottrina non è mancato chi ha ritenuto lecito l'atto eutanasi nel'ipotesi di consenso del paziente, sostenendo la non applicabilità nel caso *de quo* dell'art. 579 c.p. che disciplina l'omicidio del consenziente, in ragione della mancanza di dolo e della sussistenza al contrario di uno spirito di compassione e pietà. L'opinione prevalente tuttavia, univocamente seguita anche dalla giurisprudenza, è orientata in senso opposto considerando le motivazioni che hanno spinto l'agente all'atto eutanasi estranee al dolo, identificato nella volontà di causare la morte del malato – ed eventualmente valutabili quali circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 62, comma 1, c.p. (motivi di particolare valore morale e sociale).

*Rifiuto dei
trattamenti
sanitari
indispensabili
per la
sopravvivenza*

Un problema assai delicato si pone peraltro nelle ipotesi in cui il malato, che sopravviva esclusivamente grazie a dei trattamenti sanitari volti a sopperire alla carenza di alcune funzioni vitali (si pensi all'alimentazione tramite un sondino nasogastrico per i pazienti che non siano in grado alimentarsi autonomamente), scelga

deliberatamente di sospendere detti trattamenti. Tale scelta rientra nella piena disponibilità del soggetto dato che, giusto il disposto dell'art. 32, comma 2, Cost. “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. “La legge” – prosegue la norma – “non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Elemento caratterizzante dei trattamenti sanitari è, dunque, salve le eccezioni espressamente disciplinate dalla legge nell'interesse pubblico (c.d. “trattamenti sanitari obbligatori”), il consenso libero e informato dell'interessato che si rende necessario anche se l'attività del medico è a vantaggio della salute del paziente.

Consenso informato

Il consenso informato deve essere personale, basato su informazioni mediche esaustive, esplicito, consapevole, prestato da soggetto capace di intendere e volere. Solamente quando il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà il medico può intervenire in situazione di bisogno mediante il ricorso allo stato di necessità.

Il consenso prestato dal paziente è manifestazione del diritto di autodeterminazione, che trova la sua espressione nella libertà costituzionale di scelta terapeutica.

L'attività medico-chirurgica, infatti, è un'attività socialmente utile che trova il proprio limite negli artt. 13 (che tutela la libertà personale) e 32 (che pone un limite al carattere socialmente utile dei trattamenti sanitari vietandoli in assenza di consenso del paziente) Cost., nonché nell'art. 33 della L. 833/1978, che regola l'acquisizione del consenso informato nelle ipotesi di impossibilità psico-fisica del paziente.

Alle fonti di diritto interno si affianca anche la Convenzione del Consiglio d'Europa (c.d. “di Oviedo”) ratificata con legge del 28 marzo 2001, n. 145, che, all'art. 1, equipara al rifiuto di un trattamento sanitario, anche la revoca di un consenso originariamente prestato. Sul tema v. anche Parte V, Sez. I, Cap. VI, § 8.2.

Lo scarno quadro normativo sopra individuato lascia peraltro spazio a diversi interrogativi, che sono stati in parte chiariti da recenti arresti giurisprudenziali.

Questioni controverse

Una prima questione affrontata dalla giurisprudenza è quella della possibilità, ove il malato pur possedendo integralmente la facoltà di autodeterminazione non sia in grado di compiere alcuna azione, di procedere alla interruzione di trattamenti sanitari in assenza di una specifica norma che disponga in tal senso.

Sul punto il *leading case*, che merita specifica attenzione è costituito dalla vicenda nota come “caso Welby”.

Caso “Welby”

Piergiorgio Welby è stato, per anni, affetto da una gravissima malattia degenerativa (distrofia muscolare scapolo – omerale in forma progressiva) per la quale, allo stato, non esistono trattamenti sanitari curativi o comunque in grado di arrestarne il corso. La patologia era tale, però, da non privarlo della coscienza e della capacità di capire e di intendere e volere, ma da inibirgli qualsiasi movimento, ad eccezione di quelli oculari e labiali e si era progressivamente aggravata al punto che, per mantenerlo in vita, era necessario un respiratore automatico. L'insopportabilità di questa condizione lo aveva indotto a chiedere, al medico e alla struttura che lo avevano in cura, di staccare il respiratore artificiale e di praticargli la sedazione terminale.

Giuridicamente si è posto, pertanto, il problema di stabilire quale sia il limite della libertà di autodeterminazione terapeutica di ogni individuo, ed in particolare se sia ammissibile che un soggetto, in particolari condizioni, possa decidere il momento terminale della propria vita, ossia praticare o chiedere che gli venga praticata l'eutanasia.

Welby ha dunque chiesto al Tribunale di Roma di intervenire, in via cautelare e di urgenza ex art. 700 c.p.c., accertando e dichiarando il proprio diritto ad autodeterminarsi nella

scelta delle terapie mediche, ossia, in particolare, “*il diritto di manifestare il proprio consenso a taluni trattamenti ed il rifiuto di altri*”, staccando cioè il ventilatore artificiale (terapia rifiutata) e proseguendo e praticando la sedazione terminale (terapia consentita).

La necessaria implicazione dell'accoglimento delle due istanze è che il medico non debba e non possa, una volta sedato il paziente, riprendere la terapia in precedenza legittimamente rifiutata. Non debba e non possa, dunque, ricollocare il ventilatore artificiale, ritenendosi obbligato ad impedire la morte del paziente in virtù della posizione di garanzia che l'ordinamento gli impone.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 16 dicembre 2006, si è pronunciato in parziale contrasto con la posizione assunta nel parere dal pubblico ministero e ha dichiarato inammissibile la richiesta del paziente. Ad avviso del Tribunale, anche ammettendo che, in linea di principio, nell'ordinamento giuridico italiano possa configurarsi il diritto di un paziente alla consapevole ed informata autodeterminazione nella scelta delle terapie alle quali sottoporsi, ed in particolare alla interruzione di terapie c.d. “salvavita”, pur se l'esito sia verosimilmente letale e come tale sia anche voluto dal paziente, a norma degli artt. 2, 13 e 32 Cost.; in concreto, tale diritto non è tutelabile a causa della mancata definizione, in sede normativa, delle sue modalità attuative, in particolare per quanto concerne i limiti del c.d. “accanimento terapeutico”.

In senso critico, tuttavia, la dottrina ha osservato che un simile argomentare contrasta con il principio costituzionale di effettività del diritto di difesa (art. 24 Cost.), non potendosi nella sostanza disapplicare una norma per il solo fatto che l'ordinamento non preveda le modalità attuative di una pretesa ad essa conforme. In tal modo, infatti, l'affermazione della sussistenza del diritto, sarebbe di fatto vanificata dall'impossibilità di darvi concreta attuazione. Sebbene il P.M abbia impugnato in base alle suddette argomentazioni l'ordinanza del Tribunale, il caso Welby si è concluso in altri termini, giacché, pochi giorni dopo l'ordinanza, un medico anestesista ha praticato la sedazione del sig. Welby ed il distacco del ventilatore automatico: chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 579 c.p., il medico è stato infine assolto dal Tribunale di Roma (sentenza 17 ottobre 2007), che ha ritenuto la condotta scriminata ai sensi dell'art. 51 c.p., ossia quale adempimento del proprio dovere di medico.

“*Caso Englaro*”

In un altro caso, ormai da anni tristemente alla ribalta delle cronache (“caso Englaro”), la giurisprudenza si è domandata se, nell'ipotesi in cui il malato abbia perso la capacità di autodeterminazione (ad es. perché si trovi in stato vegetativo permanente), sia possibile che il rifiuto del trattamento sanitario venga espresso in sua vece da un curatore speciale all'uopo nominato (il tutore non può, infatti, avanzare validamente una richiesta di interruzione delle cure somministrate all'interdetto, trovandosi in conflitto di interessi con l'incapace); ed ancora se ai fini della ricostruzione e della valutazione della volontà del malato possano ritenersi attendibili e sufficienti le opinioni manifestate dal diretto interessato a parenti o amici in un momento storico antecedente all'insorgere della irreversibile patologia invalidante.

La Corte di Cassazione, chiamata ad occuparsi della questione, ha chiarito preliminarmente che la salute non deve essere considerata in modo oggettivo e statico come mera assenza di malattia, bensì in modo soggettivo e dinamico, come situazione di piena realizzazione della persona umana, da promuoversi anche attraverso la sua “fisicità”, nel rispetto dell'idea che ciascun individuo ha della propria identità e della propria dignità.

Pertanto, in situazioni in cui si fronteggino il diritto alla salute e il diritto alla vita, il fondamento di ogni soluzione giuridica transita attraverso il riconoscimento di una regola, presidiata da norme di rango costituzionale (in particolare gli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione), che colloca al primo posto la libertà di autodeterminazione terapeutica.

A tal fine, costituisce fattore di legittimazione e fondamento del trattamento sanitario la prestazione del consenso informato del malato, e la conseguente e correlata facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità o modalità di erogazione del trattamento medico, ma

anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita.

A giudizio della Corte, il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica non può essere negato nemmeno nel caso in cui il soggetto adulto non sia più in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità, con la conseguenza che, nel caso in cui, prima di cadere in tale condizione, egli non abbia specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza, al posto dell'incapace è autorizzato ad esprimere tale scelta il suo legale rappresentante (tutore o amministratore di sostegno), che potrà chiedere anche l'interruzione dei trattamenti che tengano artificialmente in vita il rappresentato.

Tuttavia questo potere-dovere che fa capo al rappresentante legale dell'incapace non è incondizionato, ma conosce limiti "connaturati" al fatto che la salute è un diritto "personalissimo" di chiunque, anche dell'incapace, e che la libertà di rifiutare le cure presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive, che per ciò stesso devono essere pur sempre riferibili al soggetto-malato, anche se incapace.

Di conseguenza, un primo limite, coesistente alla scelta del rappresentante, viene ravvisato nella necessità che tale scelta sia sempre vincolata, come attività rappresentativa, e nella concretezza del caso, al rispetto del migliore interesse (c.d. "*best interest*") del rappresentato.

Due ulteriori ed indefettibili condizioni si riassumono nella verifica dei seguenti e necessariamente contestuali presupposti.

In primo luogo, è necessario che la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standard* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno.

In secondo luogo, occorre verificare che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della volontà del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni, ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire l'esistenza, prima di essere vittima dell'evento traumatico.

Il rilievo che la decisione della Corte attribuisce alla volontà e ai convincimenti del soggetto nel pieno esercizio delle proprie facoltà mentali, apre la strada all'ammissibilità del c.d. "testamento biologico". *Testamento biologico*

Per testamento biologico si intende una dichiarazione scritta di volontà di un soggetto nel pieno delle facoltà mentali relativamente ai trattamenti sanitari da somministrargli nell'ipotesi in cui egli dovesse trovarsi nella condizione di incapacità di esprimere il proprio diritto di acconsentire o non acconsentire alle cure proposte per malattie o lesioni traumatiche cerebrali irreversibili o invalidanti, che costringano a trattamenti permanenti con macchine o sistemi artificiali.

La prevalente opinione, prima della sentenza della S.C. relativa al caso Englaro, era orientata nel senso di un'inammissibilità di una dichiarazione di volontà in tal senso, stante l'indisponibilità del diritto alla vita e la sussistenza di un dovere del medico, fondato sulla posizione di garanzia, di evitare l'evento morte.

Purtuttavia, le argomentazioni della Suprema Corte con riferimento all'ipotesi in cui non vi sia una manifestazione diretta della volontà del soggetto, non possono che trovare applicazione (a maggior ragione) nell'ipotesi in cui detta manifestazione sussista e venga formalizzata per iscritto in un testamento biologico.

Ed infatti, una volta riconosciuto alla luce degli artt. 2, 13, 32 Cost. il diritto all'auto-determinazione della persona al rispetto del percorso biologico naturale, tanto nell'ipotesi in cui la persona capace rifiuti o chieda di interrompere un trattamento salvifico, quanto in quella dell'incapace che, senza aver lasciato disposizioni scritte, si trovi in una situazione vegetativa valutata clinicamente irreversibile e rispetto al quale il Giudice si formi il convincimento, sulla base di elementi probatori concordanti, che la complessiva personalità dell'individuo cosciente era orientata nel senso di ritenere lesiva della concezione stessa della sua dignità la permanenza e la protrazione di un stato vegetativo senza speranze di guarigione e, comunque, di miglioramenti della qualità della vita, non vi sono ragioni per cui nella diversa ipotesi dell'incapace che, trovandosi nello stato descritto, abbia lasciato specifiche disposizioni scritte di volontà volte ad escludere trattamenti salvifici artificiali che lo mantengano vegetativamente in vita, non debba attribuirsi rilevanza a detta volontà.

La giurisprudenza di merito si è recentemente occupata per la prima volta della questione, stabilendo la legittimità della nomina mediante scrittura privata di un amministratore di sostegno per l'ipotesi di una futura incapacità che non consenta ad un soggetto in caso di malattia terminale irreversibile ed invalidante di negare il consenso al trattamento sanitario terapeutico ed autorizzare il trattamento mediante cure palliative per lenire le sofferenze causate dalla malattia.

Secondo tale giurisprudenza con la L. 6 del 9 gennaio 2004 il legislatore italiano ha radicalmente rivisto la materia delle limitazioni della capacità di agire delle persone e, in luogo della già privilegiata tutela del patrimonio, della famiglia e dei creditori dei soggetti affetti da infermità di mente, ha stabilito, su un piano di ben più vasta portata sociale, che colui che, privo in tutto o in parte di autonomia per effetto di una infermità fisica o psichica, si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, ha diritto di essere coadiuvato da un amministratore di sostegno nominato dal Giudice Tutelare che, sulla base delle concrete esigenze dell'ausilio, disporrà, per gli atti o per le categorie di atti per i quali si ravvisi l'opportunità del sostegno, la sostituzione ovvero la mera assistenza della persona che non sia in grado di darvi autonoma esecuzione. In questa generalizzata logica garantistica dell'essere umano e delle sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali, si iscrive, e va letta, la disposizione del secondo comma dell'art. 408, comma 2, c.c. come novellato dalla L. 6 del 2004: *“L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata”*.

La lettera della disposizione, la sua *ratio*, l'enunciazione, infine, nell'ambito di una disciplina tutta incentrata sulla tutela della persona e delle sue esigenze esistenziali, – secondo il Tribunale – autorizzano e legittimano la constatazione che l'amministrazione di sostegno è, nell'attualità, l'istituto appropriato per esprimere quelle disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per l'ipotesi di incapacità che vanno usualmente sotto il nome di testamento biologico.

Le disposizioni contenute nel testamento biologico sono revocabili in ogni momento dal testatore ancora nel possesso delle capacità cognitive senza alcun onere formale: la primarietà e l'assolutezza del diritto in gioco inducono, infatti, ad escludere il richiamo di limitazioni per analogia con altri istituti e in particolare con quello delle revocazione delle disposizioni testamentarie (artt. 679 ss. c.c.).

Legge 219/17

La materia del fine vita è stata da ultimo disciplinata da un atteso intervento normativo.

Con la legge 22 dicembre 2017, n. 219 il legislatore ha dettato “norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento” che nella sostanza recepiscono i richiamati orientamenti della dottrina e della prevalente giurisprudenza.

Consenso informato

Il nuovo testo normativo eleva il consenso informato a principio cardine per ogni trattamento sanitario evidenziando che la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico si basa proprio sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico.