

# Solo la madre può chiedere il risarcimento per la mancata interruzione della gravidanza

Corte d'appello di Roma - Sezione III civile - Sentenza 23 maggio-12 luglio 2005 n. 3136  
(*Presidente Brignone; Relatore Bove*)

## LA MASSIMA

- **Responsabilità civile - Professionisti - Attività medico-chirurgica - Omessa diagnosi di malformazione del feto - Conseguenza - Impedimento alla donna della scelta di interrompere la gravidanza - Nesso di causalità - Condizioni - Sussistenza.** (*Legge 22 maggio 1978 n. 194, articoli 4 e 6; Cc, articoli 1218 e 2043*)

Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo d'esatta informazione, che il sanitario è tenuto ad adempiere sulle possibili anomalie o malformazioni del nascituro, necessitando anche la prova della sussistenza delle condizioni previste dalla legge n. 194 del 1978 per ricorrere all'interruzione della gravidanza.

- **Responsabilità civile - Responsabilità medica - Nascituro - Diritto di non nascere - Non sussiste.** (*Legge 22 maggio 1978 n. 194, articoli 4 e 6; Cc, articoli 1218 e 2043*)

In capo al concepito non è configurabile un diritto a non nascere o a non nascere se non sano. Ne consegue che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere affetto da malformazione congenita per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto.

### Svolgimento del processo

Con atto di citazione, notificato in data 19 marzo 1999, (A) e (B) in proprio e quali legali rappresentanti del figlio minore (C) convenivano in giudizio (D), (E) e (F) avanti al Tribunale di Roma.

Facevano presente che la (B), dopo avere eseguito un controllo presso altro ambulatorio quando era alla tredicesima settimana di gravidanza, in data 27 giugno 1997, quando aveva raggiunto la ventitreesima settimana di gravidanza, s'era recata presso l'(D) per «un esame ecografico morfologico, indirizzato alla ricerca di malformazioni fetali», il cui referto, sottoscritto dalla dottoressa (F) descriveva l'esplorazione dei diversi distretti anatomici ed «un regolare sviluppo e morfologia dei segmenti rizo-mesomelici d'entrambe le braccia» nonché «mani visualizzate».

La (B) in data 28 agosto 1997, raggiunta la trentaduesima settimana di gravidanza, ed in data 27 settembre 1997 alla trentaseiesima settimana gestionale, s'era recata nuovamente presso l'(D) per ulteriori esami ecografici, che, eseguiti il primo dalla dottoressa (F) ed il secondo dalla dottoressa (E), confermavano il prece-

dente esame e l'assenza di qualsiasi «grossolana anomalia» del feto in situazione di normosviluppo.

In data 31 ottobre 1997 la (B) aveva partorito il figlio (C), privo della mano sinistra per agenesia congenita.

Gli attori lamentavano che l'omessa diagnosi della grave malformazione aveva loro impedito l'esecuzione di un intervento per ridurre od eliminare la patologia e li aveva privati della possibilità di interrompere la gravidanza, ai sensi della legge del 22 maggio 1978, n. 194, con conseguente alterazione dell'equilibrio psichico della (B), la quale, dal momento della nascita del figlio deforme, soffriva di una grave sindrome depressiva e, pertanto, chiedevano che la (D), (E) e (F) fossero in solido dichiarate responsabili dell'evento e condannate al risarcimento dei danni.

Le parti convenute si costituivano, chiedendo il rigetto della domanda, deducendo all'uopo la difficoltà dell'esame ecografico, l'assenza di nesso causale fra il lamentato danno e l'errore diagnostico oltre l'impossibilità legale di interrompere la gravidanza all'epoca dell'esecuzione dell'accertamento ecografico.

Chiedevano di chiamare in causa, al fine di essere garantiti, l'(G), che confermava la sua garanzia assicurativa, e la (H), che, invece, ne negava la sussistenza, deducendo all'uopo il limite della garanzia, che era prestata per i «danni cagionati a terzi per morte, lesioni personali o danneggiamenti a cose» con conseguente esclusione della responsabilità per colpa, nell'esercizio della professione sanitaria.

Istruita la causa, il Giudice Unico del Tribunale adito con la sentenza n. 12042, emessa fra le parti in data 10-2/21-3-2002, rigettava la domanda e dichiarava le spese del giudizio interamente compensate fra le parti.

Il (A) e la (B) in proprio e quali legali rappresentanti del figlio minore (C) presentavano appello con atto, notificato in data 19, 22, 26 e 28 aprile 2003, lamentando con tre motivi l'erroneità della sentenza impugnata, di cui chiedevano la riforma.

Si costituivano le appellate, sostenendo l'infondatezza del gravame, di cui domandavano il rigetto con conferma della gravata sentenza.

La (H) proponeva anche appello incidentale, deducendo che la polizza con (D) non garantisce la responsabilità dei medici (E) e (F) ed in subordine chiedeva che queste fossero condannate a tenere indenne ed a rimborsare l'assicurazione di quanto eventualmente la stessa fosse condannata a pagare.

Acquisitosi il fascicolo di primo grado, la causa, sulle conclusioni come in epigrafe precisate, passava in decisione all'udienza collegiale di precisazione delle conclusioni del 23 febbraio 2005, in cui, ai sensi degli articoli 190 e 352 c.p.c., era disposto lo scambio delle comparse conclusionali sino al 26 aprile 2005 e delle memorie di replica sino al 16 maggio 2005.

### Motivi della decisione

Gli appellanti col primo motivo di doglianza hanno lamentato l'errata valutazione degli elementi di fatto e di diritto relativi all'applicabilità al caso in esame delle previsioni della legge del 22/5/1978, n. 194, da parte del primo Giudice, il quale aveva erroneamente affermato che la (B), essendo giunta alla ventitreesima settimana di gravidanza, avrebbe potuto interrompere la stessa solo ai sensi dell'articolo 6 della citata legge e, quindi, solo se la malformazione accertata fosse stata di gravità tale da determinare un pericolo per la sua salute fisica o psichica.

Aggiungevano che in maniera erronea il primo Giudice aveva affermato che la prova della sussistenza del pericolo grave alla salute della madre doveva essere data al momento della richiesta dell'accertamento diagnostico e che, quindi, nel giugno 1997, data del primo esame ecografico, effettuato presso l'(D) questa era tenuta a provare le sue preesistenti condizioni di malattia psichica, che avrebbero prevedibilmente favorito l'in-

sorgere della grave sindrome depressiva, conseguente alla comunicazione della malformazione del feto, rilevando ancora che la (B) non aveva provato la sua intenzione di abortire in caso di accertata anomalia del feto e che la mancanza dei descritti elementi esclude la sussistenza del nesso causale fra l'errore dei medici e l'evento dannoso.

Il motivo di lamentela è infondato e va, di conseguenza, disatteso.

In tema responsabilità e di risarcimento del danno, conseguente ai casi d'interruzione della gravidanza, di cui alla legge 22 maggio 1978, n. 194 la costante giurisprudenza (vedi Cassazione Civile, sezione III, 29 luglio 2004 n. 14488), è orientata nel senso che, ove sia accertata la responsabilità del medico per il mancato esercizio del diritto della donna all'interruzione della gravidanza a causa dell'omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento del danno si concreta in quello dipendente dal pregiudizio alla salute fisio-psichica della donna, che trova specifica tutela dalla citata legge, ed in quello derivante da ogni pregiudizio patrimoniale, conseguito dall'inadempimento del medico, nonché nel danno biologico in tutte le sue forme.

Il risarcimento dei danni, che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario all'obbligazione di natura contrattuale, gravante su di lui, come puntualizzato dalla giurisprudenza (vedi Cassazione Civile, sezione III, 10 maggio 2002, n. 6735); spetta non solo alla madre, ma anche al padre, in considerazione del complesso di diritti e doveri, che, secondo l'ordinamento, derivano dalla procreazione, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre, e non al padre, la scelta sull'interruzione della gravidanza poiché gli effetti negativi della condotta del medico si riversano anche sul padre, che 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.

L'accertamento del danno alla salute della madre, perciò, comporta anche la possibilità che da tale danno derivi un danno alla salute del marito, che, però, va rigorosamente accertato in concreto, senza possibilità per il Giudice di ricorrere al fatto notorio (vedi Cassazione Civile, sezione III, 1° dicembre 1998 12195).

Il risarcimento del danno per il mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, peraltro, non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligo d'esatta informazione, che il sanitario è tenuto ad adempiere sulle possibili anomalie o malformazioni del nascituro, ma, secondo la giurisprudenza (vedi Cassazione Civile, sezione III, 24 marzo 1999, n. 2793) necessita anche della prova della sussistenza

## DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

## RESPONSABILITÀ CIVILE

delle condizioni, previste dagli articoli 6 e 7 della legge n. 194 del 1978 per ricorrere all'interruzione della gravidanza.

A norma dell'articolo 6, lettera *b*), della legge n. 194 del 1978, per la possibilità giuridica di ricorrere all'interruzione di gravidanza dopo il novantesimo giorno, come nel caso in esame, non è sufficiente la presenza d'anomalie o malformazioni del nascituro, ma è necessario che tale presenza determini processi patologici in atto, consistenti in un grave pericolo per la salute fisica o psichica della madre.

In sostanza, dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la gestante può esercitare il diritto all'aborto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 6 e 7, comma 3, della legge 22 maggio 1978, n. 194, solo alla presenza di due condizioni positive concernenti la propria salute (sussistenza per la madre di un processo patologico fisico o psichico in atto, pur se indotto da accertate malformazioni del feto e sussistenza del pericolo da accertare con valutazione *ex ante*, che tale processo patologico degeneri, arrecando un danno grave alla salute della madre), e di una negativa, costituita dall'insussistenza di possibilità di vita autonoma del feto, che si concretizza in quel grado di maturità, che consentirebbe al feto, una volta estratto dal grembo della madre, di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche fuori dell'ambiente materno.

In relazione alla legge in esame, la giurisprudenza (vedi Cassazione Civile, sezione III, 1° dicembre 1998, n. 12195) ha puntualizzato che il medico, il quale per negligenza od imperizia, ometta di avvertire la madre dell'esistenza di gravi malformazioni del feto, soltanto ove sussistano tutti e tre i requisiti sopra descritti, viola il diritto della madre all'aborto, così ponendo in essere una condotta illecita fonte di responsabilità.

Il Giudice, chiamato ad accertare la responsabilità del medico, di conseguenza, deve stabilire, con valutazione da compiersi *ex ante* e quindi, con riferimento al momento in cui il medico ha ommesso 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.

Nel caso in esame, come rettamente evidenziato dal primo Giudice, la sussistenza dell'errore diagnostico dei medici non ha privato la madre dell'esercizio del suo diritto all'interruzione della gravidanza a causa della malformazione del figlio.

La fattispecie, infatti, non è regolata dall'articolo 4 della legge in esame che ha previsto l'interruzione della gravidanza sino al novantesimo giorno dal concepimento nel caso in cui la relativa prosecuzione, il parto o la maternità pongano in serio pericolo la salute fisica o

psichica della madre in relazione al suo attuale stato di salute fisica o psichica, alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento ovvero a previsioni d'anomalie o malformazioni del concepito.

Peraltro il caso in esame non trova regolamentazione neppure nel combinato disposto degli articoli 6 e 7, comma 3 della legge 22 maggio 1978, n. 194, non ricorrendo contemporaneamente le due condizioni positive, concernenti la salute della madre, e quella negativa, costituita dall'insussistenza di possibilità di vita autonoma del feto.

La (B) ha, infatti, eseguito presso (D) il primo esame ecografico in data 27 giugno 1997, quando era al sesto mese di gravidanza, in data 28 agosto 1997, quando era alla trentaduesima settimana, ed in data 27 settembre 1997 quando era alla trentaseiesima settimana gestionale e, quindi, oltre il novantesimo giorno dal concepimento.

Nella specie, peraltro, come esattamente rilevato dal primo Giudice, è da escludersi la configurabilità e l'ammissibilità nell'ordinamento del c.d. aborto "eugenetico", prescindente dal pericolo derivante dalle malformazioni fetali alla salute della madre, atteso che l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi, di cui agli articoli 4 e 6 legge n. 194 del 1978, accertare nei termini, di cui agli articoli 5 ed 8, oltre a risultate in ogni caso in contrasto con i principi di solidarietà, di cui all'articolo 2 della Costituzione, e d'indisponibilità del proprio corpo: ai sensi dell'articolo 5 c.c., costituisce reato anche a carico della stessa gestante, ai sensi dell'articolo 19 della legge n. 194 del 1978, essendo, per converso, il diritto del concepito a nascere, pur se con malformazioni o patologie, ad essere propriamente - anche mediante sanzioni penali - tutelato dall'ordinamento.

Gli appellanti col secondo motivo di doglianza hanno lamentato che il primo Giudice non avesse deciso sulla domanda di risarcimento del danno, che aveva per oggetto una pluralità di danni, conseguenti a varie circostanze, e che non era limitata al solo impedimento dell'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza quali il risarcimento del danno derivante dalla lesione all'integrità psicofisica e morale degli appellanti.

Il motivo di lamenta è infondato e va, di conseguenza, disatteso.

L'esclusione della responsabilità delle parti appellanti per mancata applicazione dell'invocata legge n. 194 del 1978, esclude che le stesse abbiano diritto all'invocato risarcimento del danno, inteso in tutte le precise forme.

In particolare va escluso che il risarcimento del danno possa essere richiesto per il figlio concepito.

«L'ordinamento positivo, in vero, come rilevato dal-

la costante giurisprudenza (vedi Cassazione civile, sezione III, 29 luglio 2004, n. 14488), tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita, e non anche verso la non nascita, essendo, pertanto, al più configurabile un diritto a nascere e a nascere sani, suscettibili di essere inteso esclusivamente nella sua positiva accezione:

– sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extracontrattuale, o da contratto sociale, nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso);

– sotto il profilo - latamente - pubblicistico, nel senso che debbono venire ad essere predisposti tutti gli istituti normativi e tutte le strutture di tutela, cura e assistenza della maternità, idonei a garantire (nell'ambito delle umane possibilità) al concepito il diritto di nascere sano.

Non è, invece, in capo al concepito configurabile un diritto a non nascere od a non nascere se non sano, come si desume dal combinato disposto, di cui agli articoli 4 e 6 della legge n. 194 del 1978, in base al quale si evince che:

a) l'interruzione volontaria della gravidanza, è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente a tale termine);

b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla madre;

c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto rilevano esclusivamente nella misura in cui possano cagionare un danno alla salute della gestante, e non già con riferimento al nascituro.

E com'erge ulteriormente:

a) dalla considerazione che il diritto di non nascere sarebbe un diritto anomalo, in quanto ai sensi dell'articolo 1 c.c., la capacità giuridica si acquista solamente al momento della nascita e i diritti, che la legge riconosce a favore del concepito, di cui agli articoli 462, 687 e 715 c.c., sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita, sicché il cosiddetto diritto di non nascere non avrebbe alcun titolare appunto fino al momento della nascita, in costanza della quale proprio esso risulterebbe peraltro, non esistere più;

b) dalla circostanza che ipotizzare un diritto del concepito a non nascere significherebbe configurare una posizione giuridica con titolare solamente in via postuma in caso di sua violazione, in difetto della quale, essa risulterebbe, pertanto, sempre priva di titolare, rimanendone conseguentemente l'esercizio definitivamente precluso.

Ne consegue ulteriormente che, verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affet-

to da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto d'informazione, messa nella condizione di tutelare il di lei diritto alla salute, facendo ricorso all'aborto ovvero alla discriminante dello stato di necessità (assimilabile, quanto alla sua natura, a quella prevista dall'articolo 54 c.p.), prevista dall'articolo 4 legge n. 194 del 1978, risultando in tal ipotesi comunque, esattamente assolto il dovere di protezione in favore del minore, così come configurabile e tutelato (in termini prevalenti rispetto - anche - ad eventuali contrarie clausole contrattuali: articolo 1419, comma 2, c.c.) alla stregua della vigente disciplina».

L'appellante col terzo motivo di doglianza ha lamentato la mancata nomina di un c.t.u. per accertare:

1. gli aspetti medico legali del caso in esame, quali la sussistenza delle denunciate responsabilità delle appellate (D) (E) e (F).

2. La gravità dell'anomalia o malformazione dell'agenesia della mano con conseguente pericolo per la salute fisico-psichica della madre, che non aveva potuto interrompere la gravidanza prima del 180° giorno per la mancata comunicazione dell'esistenza di tale patologia.

3. la possibilità di un intervento, volto a ridurre o ad eliminare la patologia nella fase anteriore al parto;

4. lo stato fisiopsichico e morale dei coniugi e quantificare le spese future per il minore.

Il motivo di lamentela è infondato e va, di conseguenza, disatteso.

Il rigetto della domanda degli appellanti comporta, infatti, come naturale conseguenza l'inutilità della richiesta c.t.u.

Il rigetto dell'appello principale comporta come naturale conseguenza il rigetto dell'appello incidentale, proposto dalla (H).

Dal mancato accoglimento dei motivi di doglianza consegue il rigetto dell'appello e la pedissequa conferma della gravata sentenza.

La complessità delle questioni di diritto e la sussistenza di giusti motivi consigliano di compensare fra le parti le spese del presente giudizio.

### P.Q.M.

*La Corte*

*Definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, rigetta l'appello proposto con atto di citazione, notificato in data 19, 22, 26 e 28 aprile 2003 da (A) e (B) in proprio e quali legali rappresentanti del figlio minore (C) alla (D), all'(G), alla (H), ad (E) ed a (F) e l'appello incidentale, proposto dalla (H), e conferma la sentenza n. 12042, emessa fra le parti in data 10/2-21/3/2002 dal Giudice Unico del Tribunale Civile di Roma, sezione II.*