

# Wrongful life: tra diritto e non diritto a nascere sano

di Paolo Iannone (\*)

*Unwanted birth is an interesting example demonstrating how the bounds of civil responsibility in the case of medical malpractice are not fixed.*

*On the other hand, the considerable increase of legal actions that have been taken, is in contrast with the advances of operating techniques. The operating techniques did not reduce the causes.*

*Though, the evolution of medical science, in the second half of the Twentieth century, has excessively exalted the reached successes in the public opinion, so that the social conscience has forgotten that in medical field a risk can occur.*

*In this regard, in the case of neglected or late diagnosis of fetal malformation, because of the medical error, the parents are subdued to a very hard future.*

*In this case the birth of a child presents not a happy event, but a real change in the life.*

Sommario: 1. La responsabilità sanitaria nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale - 2. Il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione - 3. La vita sbagliata: la delicata linea di confine tra diritto e non diritto - 4. La responsabilità per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali - 5. Le soluzioni e le prospettive dopo le Sezioni Unite del 2015 sul danno prenatale - 6. Il caso *arret Perruche* in Francia - 7. La *wrongful life* e la giurisprudenza italiana - 8. Il diritto del concepito connesso alla responsabilità diretta di Madre Natura

## 1. La responsabilità sanitaria nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale

La nascita indesiderata rappresenta un interessante punto di osservazione dei confini della responsabilità civile nelle ipotesi di *malpractice* medica (R. F. Iannone, *Omessa o tardiva diagnosi prenatale: profili risarcitori*, 2016, Giuffrè Editore, Milano, 2016). D'altronde, il considerevole aumento delle azioni legali promosse si pongono in contrasto con i progressi della scienza medica e l'affinamento delle tecniche operatorie, le quali non hanno determinato una diminuzione del contenzioso. Ciò nonostante, l'evoluzione della scienza medica, nella seconda metà del secolo scorso ha esaltato eccessivamente nell'opinione pubblica i successi raggiunti allontanando, dalla coscienza sociale, la cognizione per cui nell'ambito dell'*ars* medica sussiste un rischio intrinseco. Al riguardo, l'errore medico, nelle ipotesi di omessa o tardiva diagnosi di malformazio-

ni fetali, si tramuta in una imposizione per i genitori di un futuro votato al sacrificio, ove la nascita del figlio non rappresenta soltanto un lieto evento, ma un vero e proprio elemento di novità nella vita di una famiglia.

A ben vedere, lo sviluppo scientifico e l'irrompere delle biotecnologie hanno portato a una crescente medicalizzazione di tali avvenimenti, ridotto l'ambito del rischio e nel contempo accentuata la libertà di determinazione nelle scelte procreative da parte della gestante. Negli ultimi anni l'aumento della consapevolezza sociale del problema della *medical malpractice* e l'estrema facilità di accesso a informazioni specialistiche hanno modificato il rapporto medico-paziente, tanto da indurre sempre più i medici ad adottare comportamenti di cosiddetta *medicina difensiva*, al fine di tutelarsi nell'esercizio della loro pratica evitando possibili addebiti di responsabilità professionale.

Ad ogni modo, i punti di criticità di una materia delicata e tra le più controverse del

diritto civile fa convergere la discussione giuridica sul tema della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria nel rapporto con l'ammalato, laddove i motivi del dibattito sono molteplici.

A tal fine risulta idoneo operare una scelta di metodo che prende avvio proprio dalla sua nozione sancita all'art. 2229 c.c. D'altronde, le professioni intellettuali sono connotate da una particolare diligenza impiegata dal soggetto, il quale svolge l'attività nel rispetto della piena autonomia con ampi poteri discrezionali, il cui contenuto tipico del rapporto si contraddistingue per lo svolgimento di una specifica attività qualificata da un *quid pluris* rappresentato dal ruolo svolto dall'intelligenza e cultura del professionista stesso.

Tale rapporto giuridico trova il suo equilibrio proprio sulla base della fiducia e affidamento del paziente, oltre che sull'aspettativa riposta nelle capacità professionali del medico. Ragion per cui, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale si muove di pari passo con i nuovi costumi che caratterizzano la società civile e contraddistinguono il rapporto di fiducia tra l'ammalato e l'esercente la professione sanitaria. Sul punto, i precedenti orientamenti dottrinali si pongono a confronto con le nuove tendenze e interpretazioni giuridiche.

In tale prospettiva, la figura del professionista sanitario, al pari delle altre professioni intellettuali, si contraddistingue per l'intelligenza e cultura immessa nell'esecuzione della prestazione medica. Ragion per cui, nonostante la materialità della condotta posta in essere, quest'ultima richiede un maggior grado di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione. Difatti, l'art. 1176, co. 2, c.c. prevede espressamente che la diligenza deve valutarsi, nell'ambito dell'esercizio di un'attività professionale, con riguardo alla natura della stessa attività esercitata. Sul punto non può che far riflettere il rinvio normativo all'art. 1218 c.c., ovvero, la responsabilità del debitore derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, meglio nota come responsabilità contrattuale. Ebbene, il soggetto debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (ex art. 1218 c.c.).

Ciò posto, i mutamenti giurisprudenziali, intervenuti nel settore delle professioni intellettuali, danno una risposta lineare

nell'ambito dell'*ars* medica, ove certamente emerge la volontà di fornire maggiori tutele all'interesse che viene protetto dalla norma violata e al tipo di conseguenza prevista dalla sanzione, ma, in pari termini, si mira a scongiurare la cosiddetta medicina difensiva con l'intento di fornire maggior sicurezza nelle cure e una notevole riduzione di esami clinici non necessari con un considerevole abbattimento dei costi per le strutture ospedaliere.

Sullo sfondo di tale evoluzione di settore perseguita dal legislatore emerge il tema della nuova responsabilità sanitaria, ove le recenti novità introdotte dalla legge 8 marzo 2017, n. 24, meglio nota come riforma Gelli – Bianco, impongono la risoluzione di due questioni ben precise. La prima volta ad analizzare le prospettive del nuovo scenario giuridico dal contatto sociale all'illecito aquiliano, mentre l'altra finalizzata a inquadrare il riparto dell'onere probatorio nella nuova responsabilità sanitaria. Sul punto, il Prof. Giulio Ponzanelli in una sua pubblicazione (*G. Ponzanelli, La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa, in Danno e responsabilità, 2016, 8-9/2016, Ipsoa, 816*) ha interpretato l'ultima legge di riforma come diretta conseguenza delle decisioni operate dagli stessi giudici di legittimità, in quanto carichi probatori eccessivamente sbilanciati in favore del paziente hanno costretto il legislatore ad intervenire. Al riguardo giova senz'altro richiamare i tre punti cardine dell'evoluzione giurisprudenziale avvenuta in materia.

In primo luogo la famosa sentenza della Suprema Corte di Cassazione (V. Cass. 22 gennaio 1999 n. 589) che nell'anno 1999 ha enunciato la teoria del contatto sociale applicando lo schema normativo dell'art. 1218 c.c. nell'ambito del rapporto di fiducia e affidamento che il paziente ripone nel professionista sia pur in assenza di un contratto. A ben vedere si è assistiti alla compatibilità della predetta disposizione normativa in mancanza di un rapporto negoziale tra le parti sulla base della mera sussistenza di un contatto tra medico e paziente.

La successiva evoluzione ha investito la separazione della causalità in ambito civile e penale determinando l'applicazione del seguente principio: se nel processo civile vige la tesi della preponderanza dell'evidenza o del «*più probabile che non*» nel processo penale prevale, al contrario, la regola della prova «*oltre ogni ragionevole dubbio*».

Infine il superamento della distinzione tra



**Dottrina**



obbligazioni di mezzi e di risultato ha comportato evidenti ripercussioni nell'ambito della responsabilità professionale.

In tale prospettiva, i profili propulsivi di evoluzione nel settore hanno visto lo scivolamento dell'assunzione della responsabilità verso l'esclusiva tipologia del contratto o dell'obbligazione *ex lege*, nonché l'inasprimento dello *standard* di diligenza richiesto ed, infine, l'alleggerimento dei parametri di riscontro del nesso causale sempre più orientato a radicarsi verso il *more likely than not* nel processo civile.

Le superiori considerazioni consentono, quindi, di sostenere la riflessione giudica del Prof. Giulio Ponzanelli, atteso che la riforma Gelli – Bianco appalesa il mutamento avvenuto in materia: dalla preminenza della giurisprudenza alla disciplina legislativa.

Ciò posto, la fase della diagnosi prenatale sicuramente costituisce uno dei punti più delicati delle controversie riconducibili nell'area del danno da cosiddetta *nascita indesiderata*, ove già esistono tre fattispecie di nascite potenzialmente generatrici di responsabilità civile, ognuna di esse coniate con terminologia di derivazione anglosassone, ovvero l'ipotesi della cosiddetta *wrongful life*, *wrongful birth* e *wrongful conception*. Al riguardo, la prima si verifica qualora sia il bambino stesso ad accusare i medici o i genitori di avergli permesso di nascere in condizioni menomate.

Tale circostanza formerà oggetto di ampia trattazione nel presente contributo, atteso che sussiste un dato inconfutabile, ovvero un terzo delle controversie portate dinanzi alle aule di giustizia italiane sono inerenti alla responsabilità medica in ambito ostetrico – ginecologico, branca della medicina particolarmente delicata, ove si intrecciano etica e diritto nell'ambito di dinamiche complesse in cui confluiscono le aspettative del paziente e dei suoi familiari. In questo caso, il risarcimento, si riferisce direttamente al danno subito dal bambino a motivo della costrizione a vivere una vita in condizioni di disabilità.

Le suseposte valutazioni introduttive rimarcano una complessa concatenazione tra rischio e danno giuridicamente risarcibile, ove inevitabilmente le aspettative familiari si scontrano con la responsabilità di medici e strutture sanitarie, i quali sono obbligati a dare attuazione a regolamenti, protocolli e linee guida accreditate dalla comunità scientifica.