

RESPONSABILITÀ DEL MEDICO PER INESATTA DIAGNOSI SULLA MALFORMAZIONE DEL FETO

di Andrea Sabatini, Funzionario Doganale

L'oggetto in trattazione ha a che vedere con la tutela giuridica del concepito nel nostro ordinamento.

Tale istituto trova il fondamento nell'articolo 1, comma 2 del codice civile il quale testualmente recita: "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita" -che pertanto si configura come condizione sospensiva- evento che consente l'acquisto della capacità giuridica, cioè l'idoneità ad essere titolare di diritti e doveri secondo quanto prescrive l'art.1,c.1 del c.c.

Ebbene una tutela così penetrante che il nostro ordinamento appresta nei confronti del concepito ha fatto sì che possa essere configurata una responsabilità del medico per inesatta diagnosi sulla malformazione del feto.

In particolare tale responsabilità viene messa in relazione al diritto alla vita da parte del feto-derivante dall'articolo 2 della costituzione- e al diritto alla salute della madre- che è un diritto della personalità che trova fondamento nell'art. 32 della Costituzione.

Il problema è quello di stabilire prima di tutto se c'è un diritto da parte del concepito a non essere malformato e ad ottenere un eventuale risarcimento nel caso in cui nasca malformato.

Ciò è improponibile in quanto sarebbe un diritto adespota, cioè senza titolare atteso che il concepito è privo della personalità giuridica-che, infatti, come già, detto si acquista solo con la nascita- né una volta nato può farlo valere perché si tratterebbe di un diritto negativo cioè usato solo per la sua violazione.

Né sarebbe concepibile impedire ad esempio di fumare alla gestante per non rischiare di rendere malforme il feto, garantendo così un suo presunto diritto alla salute.

Invece si profilerebbe a favore dei genitori un diritto al risarcimento del danno da parte del medico in caso di presenza di un grave pericolo per la madre la quale, qualora fosse stata avvertita in tempo, avrebbe potuto decidere di abortire.

La legge 194/78 sull'aborto, infatti, attribuisce alla madre il diritto di decidere di interrompere volontariamente la gravidanza nei primi 90 giorni di gestazione se vi è un grave pericolo di salute fisica o psichica.

Il problema è che non sono tipizzate le ipotesi di grave pericolo per la madre che pertanto non è facilmente accertabile solo in sede formale mediante un colloquio nel quale si cerca di distogliere la madre dal prendere una decisione del genere.

Nell'ipotesi di responsabilità del sanitario per erroneo intervento, che impedisca alla donna di decidere tempestivamente la interruzione volontaria della gravidanza, l'entità del danno risarcibile andrebbe commisurata alla somma necessaria per rimuovere le difficoltà economiche che hanno inciso negativamente sulla salute psichica della donna anche in ragione del fatto che la stessa ha affrontato anticipatamente gli oneri economici della filiazione.

La tutela apprestata alla madre in caso di inesatta diagnosi del medico che dà diritto al risarcimento del danno potrebbe trovare fondamento a parere di chi scrive oltre che nell'articolo 2043 anche nell'articolo 2059 che sancendo il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale – ivi compreso quello morale- come rileva la Suprema Corte, si ispira ai medesimi criteri risarcitori "integrali" di cui al più ampio ed onnicomprensivo *genus* dell'art. 2043 c.c.

Per inciso a tal proposito è opportuno accennare ad una questione interessante è stata presa in considerazione dalla dottrina a proposito la configurabilità della fattispecie di cui all'articolo 2059 anche in relazione al feto in quanto titolare di diritti della personalità (in particolare alla salute). In particolare ci si è chiesti se fosse possibile configurare un danno biologico in capo al feto.

Ciò tuttavia non sembra ammissibile in quanto manca la personalità giuridica e dunque tali diritti la cui violazione dà luogo a responsabilità non patrimoniale si acquistano con la nascita.

Perché si abbia danno, come già accennato, occorre che vi sia intersoggettività, cosa che non sussiste nell'ipotesi presa in considerazione.

Sussisterebbe nella fattispecie di che trattasi un danno esistenziale- subito dalla donna-cagionato dall'inattesa malformità del neonato, o comunque del concepito in relazione al quale non è più praticabile l'aborto essendo ormai decorsi i termini di legge utili per poterlo esercitare.

Tale danno esistenziale è risarcibile.