

## **In tema di mancata diagnosi prenatale di malformazioni del feto**

P.F. TROPEA

*Reggio Calabria*

L'argomento della mancata individuazione in corso di gravidanza di uno stato malformativo fetale costituisce uno degli aspetti più delicati dell'attività professionale del ginecologo, in quanto il quotidiano ricorso sempre più frequente all'indagine ecografica consente attualmente la definizione morfologica degli organi del prodotto del concepimento, legittimando nella gestante l'attesa di una esattezza diagnostica prenatale inconcepibile fino a pochi anni fa.

Non deve dunque stupire l'esistenza di un contenzioso giudiziario, la cui incidenza in aumento esponenziale è facilmente prevedibile, in cui viene contestata al medico la mancata diagnosi prenatale di malformazioni del feto, talvolta così poco rilevanti da suscitare un legittimo dubbio circa la loro facile individuazione. Infatti l'orientamento attualmente rilevabile nella coppia che ha programmato un concepimento è quello di ottenere a tutti i costi una prole sana ed esente da handicap, ricorrendo eventualmente all'interruzione legale della gravidanza nel caso in cui le indagini prenatali evidenzino l'esistenza di una patologia malformativa anche minima del feto che comunque possa in qualche modo pregiudicarne l'integrità fisica o il regolare sviluppo psico-fisico.

È evidente che un siffatto atteggiamento psicologico dei futuri genitori può fortemente condizionare il ginecologo chiamato ad impegnare la propria responsabilità, non soltanto sul piano strettamente tecnico, ma anche sul versante etico e soprattutto sul terreno medico-legale, in ragione delle conseguenze giudiziarie che un errore professionale può comportare per l'operatore sanitario.

In questi casi torna dunque molto opportuno esaminare la questione alla luce degli attuali orientamenti della Corte Suprema di Cassazione che sull'argomento ha espresso una importante pronuncia del tutto recente (Cassazione, Sezione III, n. 16127, luglio 2006).

Trattasi di una gestante il cui feto è risultato portatore di malformazioni ecograficamente evidenziabili, ma non comunicate alla paziente dal Medico esecutore dell'esame strumentale né da questi indicate in cartel-

la o sulla scheda della paziente. Poiché le ecografie risultano praticate negli ambulatori della USL presso i quali il ginecologo esercitava la propria attività, vennero citati in giudizio sia il Medico che la USL, rispettivamente per responsabilità extracontrattuale e contrattuale, quest'ultima ex art. 1228 C.C.

Dall'articolata sentenza della Cassazione, che ha fatto seguito alle pronunce del Tribunale e della Corte d'Appello parzialmente sfavorevoli nei confronti del ginecologo e della USL, è possibile evincere alcune enunciazioni particolarmente interessanti ai fini di una messa a punto sul piano giuridico della complessa problematica.

Un primo punto concerne l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale del ginecologo, la cui mancata individuazione delle malformazioni fetali configura un illecito professionale per lesione al diritto assoluto della paziente all'informazione.

Del resto, è ormai acquisito in giurisprudenza che la responsabilità di un medico dipendente da una struttura sanitaria nei confronti di un paziente che a detta struttura si rivolga per una prestazione medica, debba essere considerata anche di tipo contrattuale per il cosiddetto "contratto sociale" che si instaura tra l'ammalato e l'ospedale al momento del ricovero o della richiesta di prestazione, al cui adempimento la struttura provvede tramite il proprio medico dipendente (Cassazione n. 589, anno 1999).

Un aspetto particolarmente delicato del problema riguarda la possibilità di estendere il risarcimento del danno subito dalla gestante (consistente nella mancata interruzione della gravidanza conseguente al difetto di informazione) anche al nascituro affetto da gravi malformazioni.

È ben vero che l'evoluzione giurisprudenziale tende a riconoscere la tutela dell'individuo fin dal momento del concepimento, ma è anche da sottolineare, secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione in una sua importante pronuncia che ha compiutamente analizzato tale questione (Cass. Civ. Sez. III, n. 14488, anno 2004) che la legge tutela il diritto del feto a "nasce-

re sano” ma non il diritto a “non nascere se non sano” che viene definito un “diritto adespota” di cui non potrebbe essere titolare il feto il quale assume capacità giuridica solo al momento della nascita e non prima, ex art. 1 C.C.

Già nella precedente sentenza, i Giudici avevano puntualizzato che l'attuale ordinamento non prevede il cosiddetto aborto eugenetico, praticato cioè a causa delle malformazioni fetali, se non nei casi in cui lo stato malfornativo fetale crea un pericolo grave per la salute fisica o psichica della madre.

Se tale ultima condizione non sussiste, l'aborto eugenetico risulta in contrasto e con la norma dell'art. 5 C.C. (che stabilisce l'indisponibilità del proprio corpo) e con i principi solidaristici cui si è ispirata la Costituzione Italiana, ben evidenziati all'art. 2 della stessa Costituzione.

Diversa valutazione meriterebbe il caso in cui le malformazioni del feto fossero conseguenti ad un intervento colposo del Medico, il quale dovrebbe rispondere in prima persona, mentre nella fattispecie al ginecologo è imputabile soltanto la mancata informazione dello stato malfornativo non attribuibile alla condotta medica ma a cause genetiche o comunque incidenti autonomamente in epoca prenatale.

Pertanto, non è dovuto un risarcimento del danno a favore né della minore nata con gravi handicap né della sorella di età più avanzata ma pur sempre minore, quest'ultima non potendo essere considerata una destinataria dell'informazione cui il Medico era tenuto e non essendo possibile stabilire quale specifico danno abbia subito la minore dalla condotta inadempiente del sanitario. Viceversa deve essere ammessa la possibilità che il padre del concepito sia considerato titolare di un diritto di risarcimento del danno in via diretta e non solo mediata, in quanto la nascita di un bambino malfornato si ripercuote su entrambi i coniugi, la cui vita di relazione viene ad essere irrimediabilmente compromessa.

Esiste copiosa giurisprudenza in merito al trauma psichico subito dai coniugi in conseguenza della scoperta alla nascita delle malformazioni di cui il feto risulta affetto, mentre la consapevolezza prenatale di tale stato malfornativo avrebbe consentito ai genitori una gra-

duale assuefazione ad una tale realtà così drammatica ed una adeguata preparazione psicologica all'evento.

Il quesito relativo all'esistenza di una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria è oggi definitivamente risolto in senso affermativo, soprattutto laddove sussista la prova inoppugnabile del rapporto intercorso tra la paziente e la Struttura, concretizzatosi nell'esecuzione di visite specialistiche ed esami ecografici praticati presso gli ambulatori dell'Ospedale presso il quale si è successivamente svolto il parto della paziente.

In tali casi si attua un vero e proprio contratto per “facta concludentia” tra la gestante e la Struttura pubblica, derivante da quel contatto sociale più sopra citato, richiamandosi a quanto affermato nella sentenza n. 589 del 1999.

Anche in assenza di un formale rapporto di lavoro tra l'ente ospedaliero ed il sanitario, dicono i Giudici, è sufficiente la dimostrazione che la prestazione del Medico in ospedale sia avvenuta, alla stregua di un “mero rapporto di occasionalità necessaria”.

D'altro canto vi è da aggiungere che, anche nel caso in cui il sanitario svolge attività libero-professionale in ospedale sotto la formula delle prestazioni “intramoenia”, la Struttura ne risponde contrattualmente, come dimostrato dal fatto che il sanitario, usufruendo dei locali dell'ospedale e delle annesse attrezzature tecniche, devolve i propri onorari all'Amministrazione Ospedaliera, fatturando la prestazione effettuata a nome e per conto della Struttura stessa. Anche sotto questo profilo il coinvolgimento di tipo contrattuale dell'ente ospedaliero viene ad essere pienamente confermato.

Rimane da sottolineare il concetto, non ancora sufficientemente chiaro presso il grande pubblico, che la semplice individuazione di uno stato malfornativo fetale non legittima la gestante all'ottenimento automatico dell'interruzione di gravidanza, al di là del 90° giorno di gestazione, se non si giunge alla dimostrazione, attraverso una certificazione medica rilasciata da uno psichiatra, dell'esistenza di un pericolo grave per la salute psichica della madre, indotto dalla consapevolezza della donna di essere portatrice di un feto malfornato. Tutto ciò nell'esatta interpretazione di quanto disposto dalla legge 194 del 1978 che regola il diritto all'interruzione legale della gravidanza.