

LA CASSAZIONE E IL DANNO DA “NASCITA MALFORMATATA”: UN PARTICOLARE APPROCCIO ALLA “WRONGFUL LIFE ACTION”. COMMENTO CASS. 2 OTTOBRE 2012, N. 16754*.

Di Alessandro Errante Parrino

| 47

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *Il risarcimento per vita indesiderata – “wrongful life action”.* - 3. *Il caso.* - 4. *L’inadempimento rilevante del medico.* - 5. *I soggetti legittimati al risarcimento.* - 6. *Il diritto al risarcimento del nato malformato.* - 6.1. *La posizione del concepito, poi nato, rispetto all’illecito.* - 6.1.1. *La decisione n. 14488 del 2004.* - 6.1.2. *La decisione n. 10741 del 2009.* - 6.1.3. *La valutazione dei due precedenti.* - 6.2. *Il cambio di rotta.* - 6.2.1. *La propagazione intersoggettiva dell’illecito.* - 6.2.2. *Soggetto di diritto e “oggetto di tutela”.* - 6.2.3. *Perdita del padre e danno differenziale.* - 6.2.3.1. *Identità concettuali e differenze risarcitorie.* - 6.2.4. *Una conclusione preordinata alla decisione.* - 7. *Nascita malformatata e danno risarcibile.* - 7.1. *La legittimazione soggettiva.* - 7.2. *L’interesse tutelato.* - 7.2.1. *Dignità del minore e contraddittorietà della domanda.* - 7.3. *L’evento di danno.* - 7.4. *Il nesso di causalità.* - 7.5. *La condotta colpevole.* - 7.6. *Onere della prova.* - 7.7. *La rappresentanza del minore.* - 8. *Una nuova fattispecie risarcitoria.* - 9. *Quale danno risarcibile?* - 10. *Mitigazioni probatorie.* - 11. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

Con la decisione che qui si commenta¹, la III sez. civile della Corte di Cassazione affronta un tema delicatissimo: il risarcimento del danno per omessa diagnosi prenatale richiesto *iure proprio* dal nascituro. Tecnicamente la fattispecie viene denominata “*wrongful life action*” (ovvero “azione di risarcimento per vita sbagliata o indesiderata”), secondo la terminologia adottata presso i giudici statunitensi che hanno affrontato il problema con maggior frequenza.

In ragione della complessità argomentativa della sentenza non mi dilungherò in raffronti comparatisti e in evocazioni degli antecedenti nazionali e sovra-

nazionali sul tema che, seppure interessanti, rischierebbero di spostare l’attenzione rispetto alla complessità del ragionamento della S.C.

Pertanto, posti alcuni cenni introduttivi sulla fattispecie in esame, il commento procederà ad una esposizione sintetica del caso e dei punti problematici della decisione; seguirà una ricognizione specifica del complessivo iter decisionale, per poi soffermarsi analiticamente sulla *ratio* della motivazione onde vagliarne criticamente gli aspetti essenziali.

2. Il risarcimento per vita indesiderata – “*wrongful life action*”.

Sebbene la S.C. utilizzi diversi accorgimenti linguistici per attenuare l’impatto della decisione, il caso affrontato rientra in quel filone che ha destato enormi polemiche in vari Paesi del mondo, noto

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹ Cass. Civ., sez. III, sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, in <http://dejure.giuffre.it/> e in Guida al Diritto 17.11.2012 - n. 46 - pag.16.



come “*wrongful life action*”², “*bebé prejudicé*”³, “vita indesiderata”⁴.

La vicenda è nota: l’omessa o errata diagnosi del medico circa le condizioni di salute del nascituro, nell’esecuzione di accertamenti diagnostici prenatali, priva i genitori della possibilità di determinarsi in ordine ad un’eventuale interruzione della gravidanza. In seguito alla nascita del bambino che presenta malformazioni o è affetto da una malattia, i familiari procedono ad un’azione per ottenere il risarcimento del danno. Quest’azione generalmente viene proposta *iure proprio* dalla madre⁵ facendo valere l’inadempimento del contratto, che ha ad oggetto la prestazione diagnostica, e la lesione del diritto di autodeterminazione in ordine alla possibilità di interrompere la gravidanza⁶. Va sottolineato il fatto che spesso la condotta del medico non ha determinato in alcun modo lo stato di infermità (come nel diverso caso di somministrazione di farmaci dannosi⁷): consiste nella mera omissione nel rilevare lo stato di salute del feto.

² Ampia la bibliografia in ambiente anglosassone, per tutti: M.A. BERENSON, *The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus nonexistence: “to be or not to be”*, in *Tulane law review*, 1990, 64, 895; più recentemente: W. F. HENSEL, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, 40 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 141 2005, §3, disponibile su HeinOnline.

³ Notissimo, in Francia, il caso Perruche: F.D. BUSNELLI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a nascere affatto*, in nota a Cour de Cassation, 17.11.2000, in *NGCC*, 2001, I, 213; la stessa sentenza è annotata in *Danno resp.*, 2001, 475, con nota di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto: verso un nuovo capitolo della storia della naissance d’enfants sains non désirés*; in *Resp. civ.*, 2001, 499, con nota di A. GUARNERI, *Wrongful life, bébé préjudicé e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*; più ampiamente: O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, Milano 2004; v. anche http://www.senat.fr/evnement/dossier_perruche.html.

⁴ La questione è nota in Italia sin dal saggio di P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, II, 614. In Germania, BGHZ 86, 240, JZ 1983, 447; sulla vicenda tedesca può leggersi ampiamente in E. PICKER, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Milano, 2004, presentazione di P. ZATTI.

Per un recente lavoro comparato, I. GIESEN, *The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases*, in *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, p. 35; disponibile su www.utrechtlawreview.org.

⁵ La giurisprudenza riconosce il diritto al risarcimento del danno anche al padre: v. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, I, 2403, § 9; più recente Cass. Civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, in <http://dejure.giuffre.it/>

⁶ In ragione delle ripercussioni che la cognizione della condizione inferma del nascituro ordinariamente determina rispetto alla salute della madre, secondo quel modello ben individuato dagli artt. 4 e 6 della L.194/1978.

⁷ Questione trattata in Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in <http://dejure.giuffre.it/>

Questa fattispecie, ammessa in diversi ordinamenti, viene definita “*wrongful birth action*”⁸ ovvero “azione di risarcimento per nascita indesiderata”. La pretesa risarcitoria si basa sulla violazione di un diritto proprio della madre e sul fatto di lamentare le conseguenze dannose che la nascita del bambino infermo produce sulla sfera giuridica ed esistenziale propria della stessa, la quale, oltre a poter subire uno shock psichico con lesione della salute, dovrà affrontare gli oneri patrimoniali ed assistenziali derivanti dal dover crescere un figlio non sano.

Parallelamente o alternativamente a tale azione, alcuni genitori hanno chiesto il risarcimento del danno in qualità di rappresentanti del proprio figlio nato infermo a seguito della diagnosi erronea o mancante. Quest’ultima fattispecie viene propriamente definita “*wrongful life action*”⁹.

La situazione di fatto che da origine alle due ipotesi è la medesima (omessa diagnosi con conseguente nascita inferma) ma il riconoscimento della titolarità all’azione in capo allo stesso nato malformato implica una ricostruzione giuridica differente e solleva questioni impegnative per il diritto e non solo.

Due i problemi principali¹⁰ che la pretesa diretta del nato implica:

- il riconoscimento della titolarità di un diritto in capo ad un soggetto che al momento dello svolgimento dei fatti era privo della soggettività giuridica in quanto concepito ma non nato;
- l’individuazione di un danno (a prescindere dalle conseguenze risarcibili), inteso quale situazione ontologicamente differenziale negativa.

⁸ In ambiente anglosassone si distingue tra “*Wrongful Pregnancy*” – con riferimento a casi di fallimento di trattamenti di sterilizzazione o contraccezione e conseguente nascita di un bambino anche se sano – “*Wrongful birth*” – nei casi di danni chiesti dai familiari per la nascita di un bambino malato - e “*Wrongful life*” – nei casi di nascita di danni chiesti dai genitori in nome del figlio stesso per essere nato malato; su questa distinzione v. F. PEARSON, *Liability for so-called wrongful pregnancy, wrongful birth and wrongful life*, 1997 *SALJ* 114; ma anche W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.; M.A. BERENSON, *The wrongful life*, cit.

⁹ M.A. BERENSON, *The wrongful life cit.*; W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.

¹⁰ Per semplicità espositiva si tralasciano, per il momento, le pur importanti questioni relative alla estensione delle obbligazioni derivanti dalla relazione tra medico e paziente, sia oggettivi (quanta informazione sia dovuta alla gestante) sia soggettivi (in riferimento alla relazione tra medico e nascituro generante conseguenze giuridicamente rilevanti).





Riconoscere la legittimazione ad agire al bambino significa attribuire rilevanza giuridica alla condizione del nascituro fin dal momento del concepimento, quando tradizionalmente il momento iniziale della rilevanza piena della persona per il diritto è individuato nella nascita¹¹.

Inoltre, la domanda da questo proposta appare immediatamente contraddittoria dato che il bambino affermerebbe che il suo "essere infermo", che non è stato determinato dal medico ma solamente non rilevato, costituisca un danno per sé stesso¹².

Per di più, dal punto di vista causale, la corretta prestazione diagnostica avrebbe comportato l'interruzione della gravidanza sicché il termine differenziale rispetto alla nascita inferma sarebbe l'aborto "terapeutico", con la conseguenza che la vita costituirebbe un danno rispetto alla morte¹³.

Sulla prima questione la giurisprudenza¹⁴ è ormai propensa a ritenere che la soggettività del nascituro non sia determinante in ordine alla possibilità di tutelarne le prerogative in via risarcitoria, del resto in aderenza alla maggior dottrina¹⁵.

La seconda questione, la più delicata, è quella che viene affrontata in questa decisione: stabilire se il nascituro, una volta nato, possa dolersi in prima

persona di un pregiudizio determinato dal suo stesso stato esistenziale.

Individuata in questo modo la questione affrontata dalla S.C., occorrono due precisazioni: in primo luogo bisogna sottolineare che le azioni per "*wrongful life*" e "*wrongful birth*" provocano un dibattito vivo a livello internazionale, sia in Europa che negli Stati Uniti, nel quale pressappoco tutti gli Stati negano riconoscimento alla prima fattispecie e ammettono, con molti dubbi, la seconda. Allo stato attuale solo tre stati negli Stati Uniti ammettono la "*wrongful life claim*"¹⁶ e numerosi hanno legiferato, anche di recente, per negarle entrambe¹⁷.

In secondo luogo, è bene tener presente che la questione così individuata nel diritto italiano deve essere necessariamente confrontata con tutte le regole che disciplinano la responsabilità civile, per cui, più analiticamente, la fattispecie dovrà essere vagliata in relazione alla condotta del medico; alla sussistenza di conseguenze dannose risarcibili; all'ingiustizia del danno; al nesso di causalità materiale tra condotta del medico e posizione giuridica del nascituro; agli effetti del contratto tra madre e medico rispetto al nascituro; alla causalità giuridica in termini di conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento o del fatto illecito.

3. Il caso.

La signora B., appena consapevole del proprio stato interessante, si era rivolta ad un ginecologo, il dottor D., chiedendo di essere sottoposta agli accertamenti necessari ad escludere eventuali malformazioni del feto. In quell'occasione aveva rappresentato al sanitario la nascita di un bimbo sano quale condizione per la prosecuzione della gravidanza.

Il medico, data la giovane età della donna (ventotto anni), ritenne sufficiente effettuare un "Tri-test", omettendo di prescrivere più approfonditi accertamenti e di informare la paziente circa l'efficacia del test (40% di falsi negativi) e le eventuali alternative ("l'Amniocentesi").

¹¹ Art. 1 c.c.; cfr. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 499; (richiamato da) F.D. BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in in A.A.V.V., *La tutela giuridica della vita prenatale*, (a cura di) R. ROSSANO E S. SIBILLA, Torino 2005, p. 64 ss

¹² Interessante il discorso sugli effetti che il diritto della responsabilità civile produce sulla percezione sociale della disabilità: A. BLOOM, P.S. MILLER, *Blindsight: How we see disabilities in tort litigation*, in *86 Wash. L. Rev.* 709 2011; così come W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.; disponibili su HeinOnline.

¹³ Grottesca la motivazione del caso *Curlender* che sostiene questa tesi fino in fondo con conseguenze discutibili (in particolar modo circa gli effetti positivi dell'eugenetica prenatale sui costi sociali della disabilità e sull'eventuale responsabilità dei genitori verso il nascituro, qualora, consci della malformità di esso, non lo abortissero). Leggibile su HeinOnline: *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal. App. 3d 811; 165 Cal. Rptr. 477; sul caso v. W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit., p.158. Ampie considerazioni sulle conseguenze di questa ricostruzione teorica possono leggersi a proposito del caso *Per-ruche* in O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non*, cit.; e nella vicenda tedesca in E. PICKER, *Il danno della vita*, cit. Significativa anche l'argomentazione di *Turpin v. Sortini*, 643 P.2d 954, 962 (Cal. 1982): "*determine whether it is in the child's own interest to be born with defects or not to be born at all*".

¹⁴ Cass. Civ., sez. III, 03 maggio 2011, n. 9700, in <http://dejure.giuffre.it/>; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.; Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; Cass., 13 novembre 2000, n. 11625, in <http://dejure.giuffre.it/>; Cass., 9 maggio 2000, n. 5881, in <http://dejure.giuffre.it/>.

¹⁵ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit.; G. OPPO, *L'inizio della vita umana... cit.*; F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e imp.*, 2009, p. 540; F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della Legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 4, p. 463.

¹⁶ Soltanto California, New Jersey e Washington attualmente ammettono un'azione per *wrongful life*: *Curlender v. Bio-Science Labs.*, 165 Cal. Rptr. 477, 489-90 (Cal. Ct. App. 1980); *Procanik v. Cillo*, 478 A.2d 755, 764 (N.J. 1984); *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 656 P.2d 483, 496 (Wash. 1983). Secondo la ricostruzione di W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit., p. 161.

¹⁷ Nello stato dell'Arizona è del 8 marzo 2012 il "*Senate Bill 1359*", attraverso il quale vengono bandite le azioni in questione e attualmente Pennsylvania, North Dakota, South Dakota, Utah, Idaho, Indiana, Missouri, Minnesota and North Carolina hanno emanato le c.d. "*wrongful birth laws*" ovvero leggi che disciplinano specificamente la responsabilità dei sanitari nella fattispecie in esame.

Nel settembre del 1996 veniva alla luce la piccola M. affetta da sindrome di Down. Nel febbraio del 1999, la signora B. e il marito agivano contro il ginecologo e contro la USSL 8 di X., sia in proprio che quali rappresentanti della piccola M. e delle sorelle G. e L., per il ristoro di tutti i danni subiti.

In primo grado, il Tribunale di Treviso respinse tutte le domande, previa declaratoria del difetto di legittimazione della piccola M. Investita del gravame, la Corte d’Appello di Venezia lo rigettò.

La Corte Veneta, in aderenza all’orientamento di Cass. 14488/2004, ritenne che del difetto di informazione, preordinato alla tutela del diritto alla salute della madre, non potesse dolersi anche la figlia, la quale a seguito di una corretta prestazione diagnostica non sarebbe neppure venuta al mondo, in ragione della strumentalità della diagnosi all’aborto (negazione della “*wrongful life action*”).

La Corte rigettò anche la domanda dei familiari, fondata sull’inadempimento del medico che veniva ritenuto esente da colpa. In particolare:

- ritenne del tutto giustificata la sola indicazione del “Tritest” quale indagine diagnostica adeguata alla situazione della gestante;
- asserì l’insufficienza dell’accertamento di una malformazione fetale per la legittimazione dell’interruzione della gravidanza, in assenza della dimostrazione della sussistenza dei relativi presupposti di legge;
- ritenne estranea al tema del giudizio la questione sulla carenza di informazione, prospettata in appello (rigetto della “*wrongful birth claim*”).

Questa sentenza veniva impugnata tramite ricorso per cassazione, articolato in cinque motivi: i primi tre dedicati alla corretta ricostruzione dell’inadempimento del medico e alla rilevanza di tale inadempimento in ordine all’esercizio del diritto all’interruzione della gravidanza; il quarto e il quinto dedicati ai soggetti legittimati alle richieste risarcitorie ed al risarcimento specificamente spettante alla bambina nata malformata.

4. L’inadempimento rilevante del medico¹⁸.

La S.C. risolve *en passant* le questioni sollevate nei primi tre motivi del ricorso¹⁹, con i quali si individua l’inadempimento del medico e se ne traggono le esatte conseguenze di diritto.

1. Il Tribunale non aveva dato rilievo al problema del c.d. “Consenso Informato”, ritenendo che l’obbligazione del medico si risolvesse nella corretta effettuazione dell’accertamento praticato: il “Tritest”. La Corte d’Appello aveva rigettato la questione ritenendola proposta per la prima volta in appello, in violazione degli artt. 345 e 346 c.p.c. La S.C. accoglie il motivo ritenendo che l’atto di citazione correttamente contenesse il riferimento al tema del consenso informato²⁰.
2. La corretta valutazione procedurale del tema su cui decidere implica che la prestazione oggetto del rapporto professionale medico-paziente non consista in un qualsiasi accertamento (nel caso il “Tritest”) ma in “*un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e all’esercizio del diritto di aborto*”²¹. Pertanto, non accompagnando il referto del “Tritest” con un’adeguata informazione sull’esito e sulla qualità dell’esame, né sulle alternative ad esso, il medico si è reso inadempiente. Quest’inadempimento – che dal punto di vista probatorio grava il medico

¹⁸ Dal punto di vista della ricostruzione strutturale del risarcimento, viene seguito il metodo di SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972,3,4,5, § 4 e ss., con riferimento al c.d. “danno non patrimoniale da contratto”. In particolare l’inadempimento viene valutato rispetto agli interessi delle parti come un fatto illecito e non secondo le regole risarcitorie proprie dello stesso. Questo risulterà dal prosieguo dell’argomentazione, dalla quale si evince l’applicazione al risarcimento del danno dell’art. 2043 c.c., con i relativi elementi di struttura, a fronte del contemporaneo richiamo dell’art. 1218 c.c.; secondo un’impostazione ampiamente criticata in dottrina: v. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta - The non-economic loss contractualization: an unfinished matter*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, fasc. 2, p. 475-500.

¹⁹ 1) Violazione degli artt. 345 e 346 c.p.c., con riferimento alla mancata valutazione della domanda, contenuta nell’atto di citazione, in ordine all’inadempimento del medico del c.d. Consenso Informato. 2) Violazione art. 1218 e 1223 c.c., in ordine all’accertamento del dovere di informazione. 3) Violazione art. 2729 c.c. circa la presunzione che se informata delle malformazioni la gestante avesse o meno abortito.

²⁰ “Risulta espresso e non equivoco, nel corpo dell’atto di citazione di primo grado, il riferimento “alla valutazione sul livello di consenso informato che il referto relativo al tritest determina”. Così Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 2.

²¹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 3.



della prova contraria – implica una responsabilità che non è limitata all'omessa diagnosi ma che è estesa alla "violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica"²².

3. La Corte d'Appello aveva applicato erroneamente anche l'art. 2729 c.c. ritenendo "non esservi prova alcuna che, anche se a conoscenza della malformazione cromosomica del feto, la signora B. avrebbe potuto interrompere la gravidanza", quando la giurisprudenza della Cassazione è risolta²³ nel ritenere che è "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto". Fermo restando che nel caso *de quo* era stata formulata una richiesta espressa in merito²⁴.

In tal modo la S.C. ricostruisce l'inadempimento del medico rilevante rispetto al mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza. Rimane il problema di determinare le conseguenze derivanti da questo inadempimento sotto il duplice profilo dei soggetti coinvolti, legittimati ad agire, e dei danni risarcibili.

5. I soggetti legittimati al risarcimento.

Il quarto motivo del ricorso è dedicato al corretto accertamento dei soggetti legittimati all'azione di risarcimento dei danni in conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione verso la gestante.

La posizione della madre è palese²⁵: ella è parte contrattuale (o comunque di un contatto sociale qualificato) e quindi ha diritto ad agire per il risarcimento.

Diversa è la posizione del padre che non è parte del contratto e che ad ogni modo ha un interesse rilevante nella vicenda. La S.C. riconosce il diritto ad agire anche ad esso, motivando *per relationem* at-

traverso il richiamo ai suoi precedenti consolidati sul punto. Il padre, sebbene non sia titolare del diritto di scegliere in ordine all'interruzione della gravidanza, diritto spettante alla sola madre, è tuttavia soggetto protetto dal contratto tra madre e medico (struttura sanitaria), sulla base della figura del contratto con effetti protettivi verso terzi, potendo subire le conseguenze riflesse dell'inadempimento²⁶.

Al padre vengono assimilati i fratelli e le sorelle del neonato, ai quali viene riconosciuto il diritto ad agire per il risarcimento del danno²⁷.

A questo punto non resta che valutare la legittimità ad agire in capo al nascituro ma questa questione deve essere vagliata in relazione alla pretesa che lo stesso potrebbe portare in giudizio ed a questo è dedicato il quinto motivo del ricorso.

6. Il diritto al risarcimento del nato malformato.

Nel quinto motivo, i ricorrenti invitano la S.C. a pronunciarsi su una serie di questioni strumentali alla ricognizione nel nostro ordinamento di una "wrongful life action", specificamente chiedendo conto:

1. della legittimazione attiva del figlio all'azione di risarcimento danni, ex art. 1218 e 2043 c.c., conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione informativa verso la gestante;
2. della titolarità di diritti al feto solo al momento della nascita, anche alla luce degli orientamenti espressi dalla Suprema Corte con la sentenza n. 10741/2009;

²⁶ Sul punto Cass., 10 maggio 2002, n. 6735; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354.

²⁷ "L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento (...) non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale". Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 5.3. Questa parte della motivazione costituisce anch'essa una innovazione contenuta nella sentenza, seppure appaia di secondo piano rispetto alle ulteriori statuizioni sulla legittimità dello stesso nato malformato. La questione è di non poco conto, se si pensa alle conseguenze di una legittimazione così estesa rispetto all'ammontare complessivo del risarcimento e alle eventuali duplicazioni. Per di più sul danno ai prossimi congiunti della vittima di un illecito esiste già un'esperienza giurisprudenziale nell'affine materia della perdita del rapporto parentale con la conseguenza che quei canoni di quantificazione e liquidazione del danno possano applicarsi anche in questa ipotesi. Le conseguenze logiche di questa estensione potrebbero non essere sostenibili se si considera quanto statuito dalla S.C. in accoglimento del quinto motivo.

²² Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 3.6.

²³ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; di recente Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

²⁴ Questo aspetto sarà oggetto di approfondimento nel § 7.7 del testo.

²⁵ Sul punto Cass., 29 luglio 2004, n. 14488; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320.

Come segnalato nel paragrafo introduttivo il riconoscimento del "danno da nascita indesiderata" costituisce fattispecie complessa sulla quale è corretto parlare di concordanza della giurisprudenza nell'ammetterla ma questo non ne elide la problematicità con riferimento a tutti gli aspetti della risarcibilità del danno.



3. della dannosità dell'handicap congenito per il bambino nato;
4. del diritto del medesimo al risarcimento;
5. del rilievo causale rispetto al figlio dell'inadempimento dell'obbligo di diagnosi prenatale nei confronti della madre.

Immediatamente, la S.C. si dichiara consapevole del delicato problema da affrontare:

“Viene posto al collegio il delicato problema della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo al minore handicappato, nato - a seguito della omessa rilevazione, da parte del sanitario, della malformazione genetica - da una madre che, contestualmente alla richiesta dell'esame diagnostico, abbia manifestato la volontà di non portare a termine la gravidanza nell'ipotesi di risultato positivo del test”²⁸.

La delicatezza del tema concerne entrambi gli argomenti di cui si è fatto cenno nel secondo paragrafo, ovvero:

- la titolarità di un diritto in capo ad un soggetto che al momento dello svolgimento dei fatti era privo della soggettività giuridica in quanto concepito ma non nato;
- l'individuazione del danno quale situazione ontologicamente differenziale negativa – che nel caso di specie deve essere inoltre coerente con tutti gli elementi conducenti ad un danno risarcibile.

Attribuire un autonomo diritto risarcitorio al nato malformato implica la soluzione di due problemi.

In primo luogo, occorre ricostruire la sua situazione giuridica rispetto al fatto illecito, avvenuto in un momento in cui egli era solo concepito: con riferimento sia agli effetti giuridici connessi allo “status” di concepito, che alla relazione dello stesso con l'evento dannoso e la condotta del medico.

In seconda istanza occorre vagliare la rilevanza risarcitoria delle conseguenze subite dal nato malformato: verificandone, preliminarmente, la consequenzialità rispetto al suddetto illecito e, successivamente, la rilevanza in termini di “ingiustizia del danno” e di “conseguenze dannose risarcibili”²⁹.

La S.C. segue questo *iter* logico³⁰.

²⁸ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.

²⁹ Sul giudizio risarcitorio Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano 2010; in giurisprudenza: v. Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, § 5.2.

³⁰ Per semplicità espositiva anticipo sinteticamente quanto sarà oggetto di più dettagliata analisi nei paragrafi successivi.

Nei paragrafi da 6.1 a 6.2 espone la *ratio* con la quale nei suoi precedenti aveva negato il risarcimento al figlio, riconoscendolo solamente ai genitori: in particolare con riferimento all'insussistenza in capo al nascituro di un “diritto a non nascere se non sano” e alla necessità della soggettività del nascituro ai fini della richiesta risarcitoria.

Nella seconda parte del § 6.2 si distacca da questi precedenti con una nuova costruzione argomentativa, che non è incentrata sul nascituro titolare di un diritto ma sul nascituro oggetto di tutela, coinvolto nell'illecito cui l'inadempimento del medico ha dato origine.

Nel § 6.3 avviene il completamento dell'itinerario logico, attraverso il richiamo di un ulteriore precedente del 2011. Secondo la S.C. l'evento dannoso è stato connotato da due momenti temporali distinti: la realizzazione della condotta, rispetto alla quale vi era un diritto della madre ed un interesse del concepito, e la successiva nascita malformata, rispetto alla quale il concepito è ormai nato e pertanto può vantare una pretesa risarcitoria autonoma.

Nel successivo § 7 della motivazione verrà vagliato il problema dell'ammissibilità di tale pretesa.

6.1. La posizione del concepito, poi nato, rispetto all'illecito.

Il ragionamento della S.C., sulla posizione giuridica del concepito rispetto all'illecito, muove da quanto statuito nei precedenti del 2004³¹, e del 2009³², con l'aggiunta di un cospicuo riferimento al dibattito dottrinale in materia³³.

6.1.1. La decisione n. 14488 del 2004.

Nel caso oggetto dell'arresto del 2004 un medico non aveva informato una coppia di genitori affetti da talassemia che anche la nascita potesse sviluppare la malattia. In seguito alla nascita della bimba malata, genitori e figlia agivano per il risarcimento che veniva, però, riconosciuto solo ai primi che proponevano ricorso in cassazione nell'interesse della seconda. La Cassazione confermava le statui-

³¹ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

³² Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

³³ L'argomentazione che la S.C. farà propria ripercorre il lavoro di: F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*. *La Corte di cassazione in vena di revisione?*, in *Danno e resp.*, 2010, 2, p. 144. La sentenza è pervasa dal metodo dialogico tra giudice e dottrina, secondo uno stile inaugurato oltre trenta anni fa da un grande maestro: F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e imp.*, 1985, Fasc. 1.



zioni della Corte d'Appello, negando il risarcimento alla figlia.

La S.C. concentrò la propria attenzione sulla situazione giuridica lesa, identificando nella legge sull'interruzione della gravidanza³⁴ il punto di vista normativo attraverso il quale esaminare il caso.

- La legge in questione consente l'interruzione della gravidanza³⁵, laddove dalla prosecuzione di questa derivi un pericolo per la salute della madre, operando un bilanciamento del di lei diritto alla salute con la posizione del concepito.
- Eventuali malformazioni del feto, di cui la madre abbia cognizione attraverso tecniche diagnostiche, non hanno alcuna rilevanza giuridica³⁶, a meno di non influire sulla salute della seconda, generando uno stato psicofisico tale da giustificare l'esercizio del suddetto diritto.
- La sola presenza di malformazioni, senza conseguenze sulla salute della madre, non consente che sia praticato l'aborto.

Pertanto non poteva ritenersi che al nascituro potesse essere riconosciuto (in via di tutela risarcitoria) un "diritto a non nascere"³⁷ in ragione delle diagnosticate malformazioni.

L'inesistenza di un "diritto a non nascere se non sano" fu ritenuta determinante per negare il risarcimento alla figlia, mentre venne confermato il diritto al risarcimento della madre e del padre.

³⁴ L. 22 maggio 1978, n. 194. "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

³⁵ Artt. 4 e 6, L. 22 maggio 1978, n. 194, cit.

³⁶ Non esiste nel nostro ordinamento un principio di eugenesi, come nel diritto francese, che legittimi l'aborto per il solo fatto della presenza di un difetto genetico più o meno grave: "Il suo diritto all'aborto non ha, infatti, una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese..."; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.1, lett e.

³⁷ Di tale fantomatico diritto il nascituro non poteva neppure avere la titolarità in ragione della sua mancanza di soggettività che avrebbe acquisito con la nascita, per cui si sarebbe trattato di un diritto adespota, in quanto né la madre, né il nascituro, né il medico, avrebbero potuto esercitarlo. La S.C. identificò la posizione del nascituro come una posizione protetta positivamente, parlando di "diritto a nascere sani", in ragione del quale "nessuno può provocare al nascituro lesioni o malattie". Questa posizione, che tutela la vita del feto, non giustificò il fatto che conseguenze risarcitorie potessero scaturire rispetto al nascituro perché lo si fosse fatto vivere piuttosto che morire. Se esistesse un tale autonomo diritto a "non nascere", oltre al suo contenuto eugenetico, ne deriverebbe un obbligo per la madre di abortire tutte le volte in cui fosse informata delle malformazioni, con l'assurdo rischio di una responsabilità verso il figlio nel caso in cui volesse ugualmente darlo alla luce.

6.1.2. La decisione n. 10741 del 2009.

La vicenda che diede luogo alla sentenza n. 10741 del 2009³⁸ era differente sia dal caso del 2004 che da quello odierno.

Si trattava della somministrazione di un farmaco, finalizzato a consentire la fecondazione in una coppia con difficoltà procreative, che aveva prodotto "effetti teratogeni" sul nascituro che era nato malformato.

La condotta del medico (somministrazione del farmaco e omessa informazione sui suoi effetti) si poneva in diretta consequenzialità rispetto alle malformazioni del feto che in assenza di quella sarebbe nato sano³⁹.

La S.C., con un imponente argomentazione, riconosciuta una "soggettività limitata"⁴⁰ al nascituro, ritenne che lo stesso fosse titolare di un "diritto a nascere sano" che era stato violato dalla mancata informazione circa gli effetti del farmaco e dalla somministrazione dello stesso. Pertanto fu riconosciuto il risarcimento in capo non solo ai genitori ma anche allo stesso figlio.

Tuttavia la Corte precisò che il nascituro "non avrebbe avuto diritto al risarcimento qualora il consenso informato circa il rischio di malformazioni prenatali fosse stato funzionale soltanto alla interruzione di gravidanza da parte della donna, dando così ulteriore continuità al principio di diritto espresso dalla sentenza n. 14488/2004⁴¹".

6.1.3. La valutazione dei due precedenti.

Attraverso i due precedenti citati sopra, la S.C. ricostruisce lo stato della giurisprudenza in materia di nascita malformata. Tre aspetti devono essere sottolineati.

1. La pronuncia del 2004, che affrontava un caso concettualmente identico a quello oggi deciso, focalizzò il giudizio risarcitorio sul diritto tutelato, in base al quale individuare la lesione e il danno ingiusto. Allora la S.C. ritenne che tale diritto fosse quello della madre ad autodeterminarsi in ordine all'aborto e non quello del figlio ad essere abortito. Indipendentemente dal problema

³⁸ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

³⁹ A meno che non si voglia argomentare che senza la somministrazione del farmaco non sarebbe neppure avvenuta la fecondazione né di conseguenza la nascita.

⁴⁰ "Ritiene la corte che, limitatamente alla titolarità di alcuni interessi personali protetti, vada affermata la soggettività giuridica del nascituro"; così: Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

⁴¹ Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



della soggettività, il nascituro non poteva vantare alcuna posizione giuridicamente rilevante ai fini del risarcimento, con la conseguenza che neppure si poteva vagliarne la relazione di causalità rispetto alla condotta del medico. Il risarcimento spettava alla madre e al padre, a cui si estendevano gli effetti protettivi del contratto tra la struttura ospedaliera e la donna.

2. La pronuncia del 2009, in ragione della diversità materiale del fatto, dovette principalmente preoccuparsi della soggettività del concepito. Infatti la condotta commissiva del medico, che con la somministrazione del farmaco aveva cagionato la malformazione, non poneva grossi dubbi circa il nesso di causalità con la lesione dell'integrità del concepito né sull'estensione a questo degli effetti protettivi del contratto. Risolta la questione della titolarità di una posizione giuridica tutelata in capo al nascituro (dotato di una soggettività "speciale") il caso non risultava diverso da un'ordinaria ipotesi di danno alla salute.
3. La novità, contenuta nella sentenza del 2009⁴², era costituita dal riconoscimento che gli *"effetti protettivi del rapporto obbligatorio (contrattuale o da cd. "contatto sociale") instaurato tra la paziente e i sanitari che la assistono durante la gestazione si producono non solo a favore del marito, bensì anche del figlio"*. Pertanto il diritto al risarcimento veniva riconosciuto direttamente allo stesso.

Soggettività, diritto tutelato, effetti protettivi del contratto "medico-gestante", questi sono i tre elementi che è necessario indagare per riconoscere o meno la pretesa risarcitoria del nato malformato.

Rispetto al 2004, il caso del 2009 evidenziava che la questione della soggettività e degli effetti protettivi del contratto non erano di ostacolo al riconoscimento della pretesa; tuttavia ciò avveniva in ragione del fatto che in quel caso il diritto leso e il danno subito erano facilmente individuabili, giusta la condotta commissiva del medico, i cui effetti consentivano di effettuare un giudizio differenziale negativo tra il nascituro fisiologicamente sano e il nascituro menomato dal farmaco.

L'indagine dei fatti, in quel caso, restituiva una fattispecie facilmente sussumibile nel concetto di danno differenziale: "feto originariamente sano" meno "feto alterato dal farmaco" uguale "danno".

L'elemento del danno, quale situazione differenziale negativa, distingueva la condizione fisiologica della bambina nata talassemica dalla condizione patologica del bambino colpito dagli effetti nocivi del farmaco.

6.2. Il cambio di rotta.

La S.C. nell'odierna pronuncia assume come riferimento l'orientamento del 2009, riconoscendogli il merito di aver distinto le due ipotesi – l'omessa diagnosi e la somministrazione del farmaco – che, seppure simili nell'apparenza, sono giuridicamente diverse tra loro.

6.2.1. La propagazione intersoggettiva dell'illecito.

Nel caso della somministrazione di farmaci ci si trovava di fronte ad un fatto illecito occorso durante il concepimento, connotato da un nesso causale facilmente percepibile tra somministrazione del farmaco e alterazione patologica dell'integrità originaria del feto.

Nel caso dell'errata o mancata diagnosi la condotta del medico *non rileva con riguardo alla genesi della patologia sofferta dal bambino*. Per tale vicenda i genitori possono solo asserire che il difetto di informazione ha impedito alla madre di determinarsi in ordine all'aborto.

La S.C., partendo da questa distinzione, si distacca dal suo precedente, dichiarando di non condividere l'adesione (in *obiter*) della decisione del 2009 al principio di Cass. 14488/2004, che conteneva un equivoco concettuale consistente nella negazione del risarcimento al nato perché *"privo della titolarità di un interesse a non nascere"*⁴³.

L'equivoco al quale la S.C. fa riferimento sarebbe costituito dall'erronea ricerca dell'interesse leso in capo al concepito, inteso quale autonomo soggetto, e dalla conseguente ricerca del nesso causale tra la condotta del medico e la sfera di interessi di tale "soggetto".

A monte di quel metodo di sussunzione dei fatti nella fattispecie risarcitoria ci sarebbe una premessa ideologica, consistente nel voler riconoscere alla vita prenatale il valore di "sommo bene", con la conseguenza di doverne derivare la soggettività giuridica del concepito e la necessità di rendere tale "soggetto" "vittima diretta" della condotta del medico al fine di riconoscergli una pretesa risarcitoria.

⁴² Rispetto al precedente costituito da Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.

⁴³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.2.2.6.





Questa ricostruzione non sarebbe rispondente al dato normativo, costituito dalla legge sull'interruzione della gravidanza, come legittimata dal vaglio della Corte Costituzionale⁴⁴, che restituisce all'interprete una situazione giuridica nella quale *"il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è attribuito alla sola madre"*.

Difatti il legislatore bilancia (art. 4, L. 194/78) il diritto alla salute della madre con l'interesse del feto, sacrificando il secondo, e non riconosce al feto alcuna posizione autonoma, se non quella di una tutela passiva coerente con il suo essere vita umana ma non ancora persona e con il suo essere immedesimato nel corpo della madre che è persona formata e soggetto di diritto.

Pertanto la S.C. ritiene che correttamente non si debba cercare nel concepito, poi nato, il titolare del diritto leso dalla condotta del medico, in quanto la condotta informativa e diagnostica era preordinata all'esercizio di un diritto personalissimo della madre e rispetto a quello andava ricostruito l'illecito.

Così come rispetto al padre si parla di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, allo stesso modo la fattispecie va ricostruita verso il figlio.

La condotta illecita del medico non ha un effetto sincronico sui due soggetti, madre e figlio, i quali dovrebbero vantare in ipotesi due autonomi diritti, all'autodeterminazione e alla "nascita o non nascita sana", ma ha un effetto diacronico, per cui vi è un primo momento, connotato dal nesso causale tra condotta e lesione del diritto della madre, ed un secondo momento, connotato dalla propagazione degli effetti dell'illecito sul padre e sul figlio che al contempo è nato, divenendo sì soggetto di diritto⁴⁵.

Posto dunque che la fattispecie va ricostruita come sopra, la Corte chiarisce che l'interruzione della gravidanza⁴⁶ si fonda su una facoltà *"rappresentativa di un esclusivo interesse della donna e non piuttosto anche del nascituro"*; pertanto non è condivisibile che si postuli un diritto a *"non nascere se non sano"*, di cui si possa pensare che il nato

possa addirittura fare uso contro la stessa madre nel caso in cui questa, consapevole delle malformazioni, non ne abbia soppresso la vita⁴⁷.

Questa opzione interpretativa è preclusa dal dato normativo (L. 194 e Giurisprudenza Costituzionale) sicché si può solo constatare che vi è un "diritto" della madre contrapposto ad un "interesse" del nascituro⁴⁸.

Sulla base di queste considerazioni la S.C. giunge ad un punto cardine del suo ragionamento, enunciando un significativo principio di diritto secondo il quale:

"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 (tuttora impregiudicata la questione del nesso causale e dell'ingiustizia del danno lamentato come risarcibile in via autonoma dal neonato)".

6.2.2. Soggetto di diritto e "oggetto di tutela".

Il "soggetto di diritto", titolare dell'azione per il risarcimento del danno, è il neonato. La soggettività che ha acquisito con la nascita fa sì che sia affiancato al padre quale soggetto protetto dagli effetti del contratto di "spedalità"⁴⁹.

La S.C. approfondisce la questione della soggettività del concepito, negandola e ribadendo due concetti:

- il concepito non ha un diritto a non nascere o a nascere sano;
- il divieto di eugenetica rispecchiato dalla L. 194 non si fonda su un diritto del concepito a nascere.

⁴⁴ Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515.

⁴⁵ *"Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre) - salvo l'indispensabile approfondimento (che di qui a breve seguirà) sul tema della causalità in relazione all'evento di danno in concreto lamentato dal minore nato malformato"*. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., § 6.2.2.13.

⁴⁶ Nel risolvere il caso la S.C. dedica ampio spazio a rispondere ad alcuni argomenti critici sollevati dalla dottrina sia dopo la decisione del 2004 che in relazione alla vicenda francese *"Peruche"*. Sul tema si veda la bibliografia citata nella nota 3.

⁴⁷ Sulla responsabilità dei genitori che consci della malformazione proseguissero la gravidanza, più avanti § 7.7.

⁴⁸ Cfr. F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e "diritto a non nascere se non sano"*, cit, p. 152: *"non risulta azzardato affermare che nel nostro ordinamento giuridico esiste un interesse protetto in capo al nascituro a che, in presenza di determinati rischi tassativamente individuati dalla legge, la prosecuzione della gravidanza sia il risultato di una scelta, per l'appunto, cosciente e responsabile della madre"*, la cui argomentazione è ampiamente ripresa dalla S.C. che ne condivide diversi aspetti seppure discostandosene nelle conclusioni.

⁴⁹ In realtà nella ricostruzione della S.C. il contratto tra madre e struttura (medico) protegge anche il concepito che è appunto "oggetto di tutela" ma questo non può far valere l'effetto protettivo se non dopo la nascita.

Tale analisi non è negativa del fatto che il concepito sia tutelato nel nostro ordinamento, soprattutto in ragione delle norme costituzionali che pongono la persona al centro dei valori del sistema: *“la centralità della persona è un valore assoluto, (...) un autentico fine dell’ordinamento”*.

Tuttavia tale tutela non necessita dell’istituzione del concepito non nato a “soggetto” ma la sua considerazione quale “oggetto di tutela necessaria”.

La S.C. richiama dottrina autorevole⁵⁰ che considera le norme della Costituzione rivolte a tutela di colui *“che è partecipe della qualità e dignità di uomo”*, con riferimento al carattere biologico del soggetto, *“dal che deriva l’innegabilità del riconoscimento in capo al nascituro dei diritti inviolabili dell’uomo previsti dall’art. 2 della Carta fondamentale, che esalta l’imprescindibile legame di tali diritti con la natura umana”*.

Al contempo, però, la Corte non ritiene che tali prerogative, riguardo al concepito, possano essere declinate attraverso lo statuto concettuale del “soggetto di diritto” ma che debbano essere declinate intendendolo quale *“centro di interessi suscettibili di tutela”*.

Tale locuzione potrebbe anche essere riferita al “soggetto di diritto” ma, più correttamente nel caso *de quo*, la S.C. la intende riferita al (concepito) *“oggetto di tutela progressiva da parte dell’ordinamento”*, aderendo così alla risalente definizione di un illustre maestro⁵¹.

Questa precisazione, oltre a contenere una presa di posizione su una questione di massima importanza⁵², costituisce una premessa ulteriore nella costruzione della soluzione al caso di specie.

Infatti richiamando ulteriormente la decisione del 2009, la S.C. chiarisce che: nel caso delle malformazioni prodotte dalla somministrazione di farmaci, il nato malformato non faceva valere un diritto a nascere sano di cui era titolare già da concepito,

⁵⁰ E. MOSCATI, *La tutela dell’embrione*, in *Le sfide del diritto*, a cura di G. DALLA TORRE E C. MIRABELLI, Soveria Mannelli, 2009, 89, in part. 91-92; (come riportato da) F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, cit., che evidenzia come già F.D. BUSNELLI, *L’inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 533, osservava che «la titolarità dei diritti alla dignità e identità, alla vita e alla salute può direttamente desumersi, a favore del concepito stesso, dai principi fondamentali della Costituzione», per concludere che il collegamento di questi diritti «al presidio formale della soggettività può consentire di progettare nuove misure di tutela».

⁵¹ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, p. 614; Id., *La nascita*, in *Trattato di Biodiritto – Il governo del corpo*, Giuffrè, 2010, p.1735.

⁵² La S.C. è risoluta nel negare la qualità di soggetto di diritto al concepito e a questo argomento dedica il § 6.4 della motivazione che per esigenze di sintesi non sarà oggetto di approfondimento in quanto argomento rafforzativo della decisione ma non necessario.

bensì la lesione del suo diritto attuale alla salute per un illecito che era occorso al tempo in cui era concepito.

Dunque anche in quel caso il concepito era oggetto di tutela e il neonato soggetto di diritto.

In quel caso (2009), in cui si era riconosciuto il risarcimento, *“oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria era stata, sul piano morfologico la nascita malformata, su quello funzionale il perdurante stato di infermità”*.

Ciò introduce un passaggio delicatissimo: in cosa differiscono le due fattispecie?

Il nascituro (del caso del 2009), quando alla madre venne somministrato il farmaco, era oggetto di tutela, investito dagli effetti protettivi del contratto tra madre e struttura; divenne soggetto di diritto solo al momento della nascita, momento in cui faceva valere la sua alterazione morfologica e funzionale, con le relative conseguenze, in relazione alla quale vantava un diritto alla salute e non a nascere sano.

Il nascituro (dei casi del 2004 e del 2012), quando alla madre non venne comunicata l’infermità di cui aveva chiesto la diagnosi, era oggetto di tutela, investito dagli effetti protettivi del contratto tra madre e struttura; al momento della nascita divenne soggetto di diritto e presentò la medesima alterazione morfologica e funzionale e le medesime conseguenze; anch’egli vantava un diritto attuale alla salute e non poteva in precedenza vantare un diritto a nascere sano.

6.2.3. Perdita del padre e danno differenziale.

La struttura logica e concettuale seguita nella pronuncia *de quo* trova riscontro in un ulteriore precedente: la sentenza n. 9700 del 2011⁵³, avente ad oggetto il diverso caso del risarcimento dei danni subiti dal figlio in conseguenza dell’uccisione del padre al tempo in cui questi era solo concepito.

Il genitore era rimasto vittima di un incidente stradale mentre la moglie era in stato interessante, sicché si doveva decidere se oltre alla madre anche la figlia, nel frattempo nata, avesse diritto al risarcimento per aver perso il padre prima ancora di nascere.

Anche in quell’ipotesi la S.C. ritenne irrilevante il riconoscimento della soggettività giuridica in capo al concepito.

Il diritto al godimento del rapporto parentale veniva riconosciuto sussistente solo dopo la nascita della figlia, che in quel momento acquisiva la soggettività giuridica, così come dopo la nascita si veri-

⁵³ Cass. Civ., sez. III, 03 maggio 2011, n. 9700, cit.





ficavano le conseguenze pregiudizievoli della lesione del diritto.

Invece l'illecito, costituito da condotta materiale ed evento, si era verificato in un momento precedente ma alla nascita era avvenuta la propagazione intersoggettiva degli effetti dello stesso; in quel momento sorgeva il diritto di credito al risarcimento.

La struttura logica e concettuale è assimilabile a quella della decisione del 2009, sicché la S.C. espressamente accosta le due ipotesi:

“nelle modalità di insorgenza del diritto al risarcimento, il caso scrutinato (uccisione del padre del feto) non si differenziava da quello della lesione colposamente cagionata al feto durante il parto (dunque prima della nascita), da cui derivi, dopo la nascita, il diritto del nato al risarcimento per il patito danno alla salute (danno da lesione del diritto alla salute, dunque, e non già del cosiddetto "diritto a nascere sano", che costituisce soltanto l'espressione verbale di una fattispecie costituita dalla lesione provocata al feto, ma che non è ricognitiva di un diritto preesistente in capo al concepito, che il diritto alla salute acquista solo con la nascita)”.

La motivazione prosegue evidenziando che l'applicazione di tale schema logico al caso scrutinato nel 2004 avrebbe consentito una diversa soluzione. In quell'ipotesi si era ricercata la soggettività del concepito e la titolarità di un diritto a nascere sano, con la conseguente negazione del risarcimento. Invece l'irrelevanza della soggettività del concepito e la ricostruzione diacronica dell'illecito consentirebbero di estendere anche al feto (oggetto di tutela) gli effetti protettivi del contratto tra madre e medico, come riconosciuto per il padre, e di valutare la rilevanza degli effetti dell'illecito sui diritti acquisiti con la nascita.

6.2.3.1. Identità concettuali e differenze risarcitorie.

In realtà, il ragionamento della S.C. velatamente si spinge ancora oltre, in quanto non solo enuncia l'esistenza del precedente del 2011, che rafforza l'orientamento prospettato, ma introduce un ulteriore argomento per evidenziare come un caso concettualmente simile a quello scrutinato abbia dato luogo al riconoscimento del diritto al risarcimento.

Nel precedente paragrafo sono stati confrontati il caso dell'omessa diagnosi con il caso della somministrazione di un farmaco dannoso. Si è evidenziato come i due casi fossero speculari dal punto di vista

delle conseguenze riportate dai due bambini: entrambi morfologicamente e funzionalmente alterati.

Speculare era anche la qualificazione giuridica di essi: meri centri di interessi giuridicamente rilevanti, protetti dal contratto di “spedalità”, durante la gestazione; soggetti titolari del diritto alla salute dopo la nascita.

La differenza tra le due situazioni risiede nell'illecito e specificamente nel nesso di causalità tra condotta e danno; quest'ultimo collegato, nel primo caso all'omessa rilevazione della malformazione, nel secondo alla somministrazione del farmaco. Il nesso causale non era stato oggetto di scrutinio nel 2004 in ragione dell'approccio sincronico al fatto illecito, essendo il concepito privo di soggettività nonché della titolarità di un diritto soggettivo a nascere o non nascere sano.

Nel caso *de quo* è proprio con questa differenza che la S.C. deve misurarsi e per questo ha bisogno di argomenti che possano elidene l'insuperabilità dovuta al fatto che il medico non ha prodotto la malformazione ma solamente non l'ha rilevata. A ciò si aggiungono, a valle dell'illecito, le regole sul danno differenziale.

In quest'ottica, il discorso sul danno parentale al figlio, nato dopo la morte del padre, acquisisce una rilevanza notevolissima perché fondato su una struttura concettuale nella quale il danno risarcibile differenziale sfuma parecchio le sue caratteristiche.

Infatti il concepito, privo di soggettività giuridica, né naturalisticamente né giuridicamente, matura un diritto al rapporto parentale al momento in cui si verifica l'evento dannoso “morte del padre”, sicché, al momento della nascita, coincidono l'insorgenza del diritto e la lesione dello stesso in seguito alla propagazione intertemporale ed intersoggettiva degli effetti dell'illecito.

Ma in tal modo, si può sostenere che il risarcimento sia parametrato al concetto differenziale di danno, con la funzione di riportare il danneggiato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato senza il verificarsi della lesione?

È chiaro l'intento della sentenza di non discriminare il bambino che ha perso il padre dopo la nascita da quello che lo ha perso poco prima di nascere: ma questa argomentazione sottolinea la discriminazione tra il bambino che è nato malformato perché concepito malformato da quello nato malformato seppur concepito sano.

L'attenzione viene rivolta sulle conseguenze della lesione del diritto dalla cui sussistenza si risale al diritto e alla lesione dello stesso.

Del resto poco prima⁵⁴ la S.C. aveva introdotto esplicitamente la questione:

⁵⁴ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.2.2.17.

“Sarà poi destinata alle considerazioni che di qui a breve seguiranno l’analisi della questione centrale della causalità, la questione, cioè, se ledere un siffatto interesse (del nascituro alla procreazione responsabile da parte della madre) abbia come conseguenza diretta ed immediata quella di porre il nascituro malformato in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nati, e se tale condotta lesiva sia o meno concausa del suo diritto al risarcimento, da valutare anche sotto il profilo del suo inserimento in un ambiente familiare nella migliore delle ipotesi non preparato ad accoglierlo”⁵⁵.

6.2.4. Una conclusione preordinata alla decisione.

Il percorso sin qui tracciato dalla S.C. ci restituisce alcune premesse per il prosieguo del ragionamento ed allo stesso tempo degli interrogativi ai quali dovrà darsi risposta per pervenire ad un risultato positivo in ordine alla risarcibilità del danno al neonato:

1. il concepito non è soggetto di diritto;
2. il concepito è oggetto di tutela;
3. il concepito è investito degli effetti di protezione del contratto tra madre e struttura (medico);
4. l’omessa diagnosi di malformazioni del nascituro, la somministrazione del farmaco al nascituro, la morte del padre del nascituro, costituiscono illeciti i cui effetti si propagano in diversi momenti temporali e nei confronti di più soggetti (con le relative sfere di interessi);
5. solo dopo la nascita il bambino acquisisce il diritto al risarcimento, prima è solo centro di interessi suscettibili di tutela.

Se nei casi scrutinati nel 2009 e nel 2011 è stato riconosciuto il diritto al risarcimento, per quali motivi questo diritto non potrebbe essere riconosciuto nel caso odierno?

⁵⁵ Nell’argomentare sulla discriminazione tra nati la S.C. richiama la teoria di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, cit., p. 153, *“Ledere un interesse di tal fatta vuol anche dire porre lo sfortunato nascituro in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nati, ed anche questo non può essere consentito nel nostro ordinamento. In altre parole, se ogni madre, in presenza delle condizioni previste dalla legge, ha diritto a scegliere se portare a compimento la gravidanza, la lesione di un tale diritto pregiudica, oltre che la madre, anche il suo bambino rispetto a tutti gli altri bambini che invece sono nati all’esito di una scelta genitoriale consapevole”*.

Quali sono le differenze tra quei due casi e quello *de quo* in grado di giustificare la negazione del risarcimento?

Due problemi principali da risolvere:

1. causalità materiale tra omessa informazione e danno evento;
2. sussumibilità al concetto di danno differenziale, ingiusto e risarcibile, delle conseguenze della nascita malformata rispetto alla non nascita.

Su questi due punti, la S.C. introduce due argomenti, dei quali vaglierà la coerenza logico-sistematica nel prosieguo dell’argomentazione.

- Con riferimento alla causalità, posta attenzione alle affinità e differenze tra i casi del 2009 e del 2011 ed il caso odierno, la Corte si chiede, *“se ledere un siffatto interesse”⁵⁶ abbia come conseguenza diretta ed immediata quella di porre il nascituro malformato in condizioni di disegualianza rispetto agli altri nati, e se tale condotta lesiva sia o meno concausa del suo diritto al risarcimento”*.
- Con riferimento al danno subito dal neonato, viene ribadito che il nascituro non vanta un autonomo “diritto all’aborto”, come la madre, ma un diritto *“alla riparazione di una condizione di pregiudizio per via di un risarcimento funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa”⁵⁷*.

Concettualmente i due problemi sono legati a due specifiche ricostruzioni:

1. del fatto illecito;
2. del danno risarcibile.

Sull’illecito, si è visto nei paragrafi precedenti che la S.C. riconduce la vicenda nella fattispecie degli illeciti intersoggettivi e intertemporali, sicché questo punto è nell’argomentazione della Corte ormai superato.

Sul danno risarcibile il ragionamento della Corte prosegue nel paragrafo 7 della sentenza nel quale verrà vagliata la sostenibilità di tale ricostruzione al

⁵⁶ Il riferimento è all’interesse del nascituro (oggetto di tutela) alla procreazione cosciente e responsabile secondo il sistema individuato dalla L. 194. Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.2.2.16. Costante il richiamo a: F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, cit., p. 153.

⁵⁷ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.4.8.



fine della produzione degli effetti propri del c.d. giudizio risarcitorio⁵⁸.

7. Nascita malformata e danno risarcibile.

La questione della titolarità di un diritto al risarcimento del danno in capo allo stesso bambino imbarazza la S.C., perché la pone innanzi ad un compito delicato che è quello di individuare una nuova ipotesi di danno risarcibile – o meglio di delineare una nuova “fattispecie risarcitoria⁵⁹” – in un ambito che la stessa ritiene esposto a “*facili suggestioni etiche, filosofiche o anche solo creative*”.

Lo strumento argomentativo scelto dalla S.C. è verificare se il riconoscimento dell'estensione al nato malformato degli effetti dell'illecito del medico verso la madre soddisfi tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito aquiliano.

In realtà, il problema giuridico a cui la Corte deve rispondere è l'individuazione di un pregiudizio subito dal nato malformato, che sia giuridicamente rilevante e causalmente collegato alla condotta del medico. I tre elementi decisivi nel prosieguo dell'argomentazione sono: interesse tutelato, evento di danno, nesso di causalità.

La S.C. dedica particolare attenzione a tali questioni che, tuttavia, vengono inserite in una struttura argomentativa che si propone una giustificazione organica della decisione, il cui esito positivo viene subito reso noto.

Nel § 7 la S.C. non nasconde che “*sembra potersi avviare ad appagante soluzione la questione processuale sottoposta all'esame del collegio*” e, nei successivi § da 7.1 a 7.7, la esamina sotto vari profili:

- La legittimazione attiva del neonato all'azione di risarcimento.
- L'interesse tutelato.
- L'evento di danno.
- Il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento.
- La condotta colpevole.
- Gli oneri probatori.
- La rappresentanza del minore rispetto all'azione.

⁵⁸ Sulla struttura dell'illecito, v. Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, § 5.2.

⁵⁹ La sentenza appartiene “*a quelle decisioni giudiziarie che pongono capo all'introduzione nel sistema giuridico di figure nuove ma declinate secondo il linguaggio tradizionale*”. Per un interessante analisi, v. L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, n.3, p. 950.

Resta precluso l'esame della fondamentale questione della valutazione del danno, che rappresenta un punto nodale per la fattispecie in esame, di cui la Corte processualmente non è però chiamata ad occuparsi.

La decisione non si limita ad interpretare uno degli elementi della struttura del giudizio risarcitorio, ampliandone per tale via la portata applicativa – come per esempio ha fatto la sentenza Cass. n. 500 del 1999 con riferimento al rapporto tra interesse legittimo e ingiustizia del danno – ma si prende carico di introdurre nell'ordinamento giuridico una nuova “fattispecie risarcitoria”, che deforma tutti gli elementi dell'illecito⁶⁰. Questo avviene in ragione del fine che la S.C. intende realizzare che è costituito dal riconoscimento al minore di un diritto volto “*alla riparazione di una condizione di pregiudizio per via di un risarcimento funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa*”⁶¹.

7.1. La legittimazione soggettiva.

Precisando quanto già argomentato⁶² sullo statuto del concepito ai fini della fattispecie in discussione (oggetto di tutela durante la realizzazione dell'illecito, soggetto di diritto al momento della nascita), la S.C. chiosa sulla legittimità attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento: il neonato è “*soggetto di diritto giuridicamente capace*”⁶³ che ha “*diritto a chiedere il risarcimento dal momento in cui è nato*”⁶⁴.

Il presupposto soggettivo dell'azione risarcitoria del neonato è la nascita dello stesso, così come avviene per quelle fattispecie testamentarie di diritto comune “*che attribuiscono diritti ad una “persona” che ancora deve nascere*”.

Come si è visto in precedenza, questo aspetto ha assunto un ruolo di ostacolo insuperabile in tutti quei precedenti nei quali si è cercato di ricostruire gli effetti dell'illecito secondo una visione sincronica, sia rispetto alla madre che al concepito⁶⁵. La lettura diacronica degli effetti dell'illecito consente invece di distinguere il concepito “oggetto di tutela”

⁶⁰ Gli elementi dell'illecito vengono interpretati in un'ottica che è quella della giustificazione esterna delle premesse del ragionamento giuridico. V. R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano 1998.

⁶¹ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 6.4.8.

⁶² V. sopra § 6.2.2.

⁶³ Ai sensi dell'art. 1 Cod. Civile.

⁶⁴ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 7.1.2.

⁶⁵ Cour de Cassation, 17.11.2000, in *NGCC*, 2001, I, 213 (*Per-ruche*); Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



dal nato “soggetto di diritto”, in grado di tutelare direttamente in giudizio i suoi interessi attuali.

7.2. L’interesse tutelato.

60 La riconosciuta legittimità ad agire del neonato non implica che questi abbia subito un danno risarcibile. Affinché si riconosca il diritto al risarcimento, egli deve dimostrare di aver subito un pregiudizio che sia giuridicamente rilevante e causalmente collegato alla condotta del medico.

Il percorso logico che la S.C. si propone di compiere è quello “di individuare con esattezza la situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione, onde ricondurla al conseguente evento di danno che, da quella lesione, ebbe a generarsi”.

La lesione lamentata dal neonato non si può intendere in senso statico, come *malformazione in sé considerata*, ma deve essere intesa in senso dinamico, come *stato funzionale di infermità*, che si proietta nell’esistenza futura del bambino handicappato.

Tutti i principali diritti costituzionali del bambino sono coinvolti dallo stato esistenziale in cui si trova:

- la salute (art. 32 Cost.) come condizione dinamico-funzionale di benessere psicofisico;
- lo svolgimento della personalità come singolo e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.);
- il pieno sviluppo della persona (art. 3 Cost.);
- la vita familiare (artt. 29, 30, 31 Cost.).

La titolarità in capo al neonato di queste situazioni soggettive, *giuridicamente rilevanti e giuridicamente tutelate*, implica la riconoscibilità allo stesso di un diritto risarcitorio autonomo, “*senza mediazione di terzi, quand’anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento ai più disparati fini*”.

La S.C. ritiene che sussista un “*interesse giuridicamente protetto*” del minore “*che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente*”.

La condizione di vita del disabile non viene intesa secondo la logica differenziale del danno né della funzione compensativa del risarcimento. La S.C. non ritiene di dover confrontare nascita e non nascita⁶⁶ o di giudicare la meritevolezza della vita handi-

cappata⁶⁷; ritiene che la diversità debba essere “*tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria*”, che la vita del disabile debba essere “*vissuta meno disagiata*” per mezzo dell’attribuzione diretta del risarcimento.

7.2.1. Dignità del minore e contraddittorietà della domanda.

Questa ricostruzione “giuridica”⁶⁸ del danno e della funzione satisfattiva (se non indennitaria) del risarcimento consentono alla S.C. di superare due obiezioni che in dottrina vengono poste al riconoscimento della fattispecie risarcitoria in esame:

- la qualificazione della nascita in termini di pregiudizio verrebbe ritenuta lesiva della dignità del minore;
- il fatto che “*sarebbe insanabilmente contraddittorio considerare che il bambino handicappato, una volta nato, possa usare la sua acquisita qualità di soggetto di diritti per chiedere il risarcimento del danno risultante dal fatto di non essere stato abortito dalla madre, cosa che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritti*” .

Secondo la S.C. la prima obiezione confonderebbe la dignità individuale, del soggetto che agisce per il risarcimento, con una sorta di dignità “*trascendente che alberga nel singolo essere umano in quanto rappresentante di un genere*”⁶⁹.

Allo stesso modo la seconda critica cade nel nulla in quanto la dimensione prenatale del minore non è chiamata in causa in un giudizio differenziale tra nascita malformata e morte nel quale quest’ultima sarebbe migliore della vita handicappata che per differenza costituirebbe un danno⁷⁰.

⁶⁷ Sebbene in precedenza le sia sfuggito un significativo inciso, quando parla di “*sofferenze e infermità, talora prevalenti sul valore della vita stessa*”, Cass. 2 ottobre, cit. § 6.4.8.

⁶⁸ Sul concetto di danno normativo, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p.222; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 29 ss., 264; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, p. 111 ss.

⁶⁹ V. G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I: Ambito e fonti del biodiritto, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 259-296; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002 fasc. 6, pt. 2, pp. 801 – 848.

⁷⁰ L’elevata concettualizzazione del nostro diritto consente alla S.C. di dare cittadinanza alla *Wrongful life action*, i cui toni aspri vengono sterilizzati dalla “giuridicità” che consente di accantonare la dimensione etico-sociale dei problemi. Come nel caso della perdita del padre del nascituro il danno è un danno normativo. Molto più forte è l’impatto della fattispecie nel diritto statunitense anche in ragione del processo con giuria e della

⁶⁶ Cfr., O. CAYLA, Y. THOMAS, *Il diritto di non*, cit., espone le critiche su tale questione alla sentenza *Perruche*.



7.3. L'evento di danno.

La S.C. ribadisce la negazione della ricostruzione operata nella decisione n. 14488 del 2004 e quindi qualunque equazione tra risarcimento da nascita malformata e diritto di nascere o di non nascere.

La domanda risarcitoria è funzionalizzata all'attuazione dei diritti costituzionali elencati per il tramite di un risarcimento che non deve compensare una perdita subita ma alleviare un disagio di cui il medico è reso responsabile.

In quest'ottica, l'evento di danno non è la malformazione in sé – come se si trattasse di un danno biologico (per esempio dovuto ad un errore durante il parto) – né l'esistenza del bambino – intesa come un danno per la sua famiglia e per sé stesso – ma *“la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende (o meglio trae rilevanza giuridica) a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso”*.

Nella sintesi *“nascita malformata”* la S.C. individua un evento di danno specifico (o forse tipico) e giuridicamente qualificato, *“una situazione esistenziale che, in presenza di tutti gli elementi della fattispecie astratta dell'illecito, consente e impone al diritto di intervenire in termini risarcitori (...) affinché quella condizione umana ne risulti alleviata, assicurando al minore una vita meno disagiata”*.

In altri termini, siamo in presenza di un “evento di danno tipico”, che è connotato dallo specifico “fatto illecito” che il medico ha posto in essere ledendo il diritto della madre del nascituro all'interruzione della gravidanza, e che ha la caratteristica specifica di produrre i suoi effetti su tutta l'esistenza del nato malformato; il riconoscimento della rilevanza risarcitoria di questi effetti pregiudizievole non equivale ad una caratterizzazione negativa della condizione esistenziale del disabile.

La nascita di un bambino disabile non è “un evento dannoso”, ma essa diventa “l'evento dannoso risarcibile” qualora sussegua all'illecito “tipico” del medico che privi colpevolmente la madre della facoltà di esercitare un diritto solo a lei spettante.

7.4. Il nesso di causalità.

L'evento di danno “nascita malformata” si apprezza nella sua valenza concettuale proprio relativamente al nesso di causalità.

Affinché il danno, pur “ingiusto”, sia risarcibile, esso deve essere causalmente collegato alla condotta del medico. Il nesso in questione però, nella giurisprudenza precedente, non era stato ritenuto sussistente tra l'omessa diagnosi e la nascita (non configurabile quale evento dannoso) né rispetto alla malformazione che in nessun modo è stata causata dall'attività del sanitario.

Secondo la S.C. tale nesso sussiste invece con riferimento all'evento “nascita malformata” come ricostruito nel precedente paragrafo. L'evento dannoso (o meglio imputabile) non è la nascita, né l'handicap, ma la situazione esistenziale del nato, che si produce a valle della violazione del medico del diritto personalissimo della madre di decidere sull'interruzione della gravidanza.

Una condotta diligente e incolpevole del medico avrebbe consentito alla madre di abortire e, poiché tale diritto viene riconosciuto dal legislatore solo e soltanto ad essa, non è possibile ritenere che il medico, a cui sia richiesta una condotta strumentale all'esercizio di tale diritto, possa rimanere irresponsabile, con il conseguente annullamento della volontà della gestante.

In altri termini la relazione medico-paziente, nella specifica ipotesi dell'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, influisce sulla determinazione del nesso di causalità materiale⁷¹, sicché le conseguenze della nascita malformata (che verranno valutate in sede di valutazione e quantificazione del danno) vengono imputate al medico.

Su questo punto la S.C. equipara, sul piano della rilevanza causale degli effetti, *“la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile (l'handicap, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l'errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge)”*.

⁷¹ La causalità viene coinvolta dalla relazione sia in senso materiale (ex art. 40 c.p.) che giuridico (ex art. 1223 c.c.), posto che senza l'omissione del medico non si sarebbe verificata la nascita malformata ma che la determinazione di quali conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento debbano essere risarcite spetta al giudice che le valuta proprio in ragione del particolare rapporto, sussistente tra medico e gestante, e del diritto di autodeterminazione dal quale lo svolgimento di tale rapporto non può prescindere.

prova testimoniale cui sono chiamati i genitori: aspetti acutamente trattati da W. F. HENSEL, *The Disabling Impact*, cit.



Quest'ultima affermazione si pone in chiara antitesi rispetto a quanto avvenuto nell'ordinamento francese dopo la sentenza *Perruche*, dove il legislatore intervenne con la *loi Kouchner* (303/2002) che escludeva le pretese risarcitorie dell'handicappato per il solo fatto della nascita "quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico"⁷². Invece secondo la S.C., dal punto di vista causale, l'inadempimento del dovere di informazione e la conseguente violazione del diritto di autodeterminazione assume la stessa rilevanza causale dell'errore tecnico del medico.

7.5. La condotta colpevole.

La condotta colpevole (o meglio l'inadempimento) del medico è costituita dall'aver effettuato un test non sufficientemente attendibile e dal non avere informato la gestante sulla possibilità di effettuare altre indagini, come l'amniocentesi; ciò in presenza di una richiesta esplicita di informazioni preordinate ad un'eventuale interruzione di gravidanza.

La S.C. ha ritenuto⁷³ che in tal modo si sia realizzato un inadempimento alla richiesta di diagnosi e al contempo una violazione del diritto di autodeterminazione della donna.

Come si è visto sopra, tale condotta è stata ritenuta causalmente collegata all'evento "nascita malformata" le cui conseguenze sono state ritenute pregiudizievoli di vari soggetti: la madre, il padre, i fratelli e lo stesso nascituro. Lo sforzo argomentativo maggiore è stato compiuto proprio per giustificare il collegamento di tale condotta rispetto al danno subito da quest'ultimo e per giustificarne la risarcibilità.

L'attenzione della S.C. al "danno risarcibile" potrebbe distogliere dalla portata interpretativa della ricostruzione della condotta rilevante del medico, in modo particolare con riferimento al diritto di autodeterminazione del paziente ed al consenso informato:

1. "risulta provato che la gestante avesse richiesto un accertamento per essere resa partecipe di eventuali malformazioni del feto"⁷⁴;
2. da ciò consegue che "oggetto del rapporto medico-paziente fosse un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di

*malformazioni e all'esercizio del diritto di aborto*⁷⁵".

3. Pertanto la sola indicazione del c.d. "tritest" quale indagine diagnostica e la mancata informazione circa l'attendibilità di esso e circa l'esistenza di esami ulteriori configurano un inadempimento che rende il medico responsabile "non soltanto per l'omessa diagnosi in sé considerata, ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna"⁷⁶.

La delicatezza di questo passaggio si palesa nel raffronto con la condotta tenuta dal medico nel caso *Perruche*: in quella vicenda una delle figlie della gestante aveva contratto la Rosolia; il medico aveva effettuato un esame specificamente finalizzato ad escludere gli effetti sul feto del contatto tra la madre e la sorella malata. Dunque si era trattato di un errore tecnico del medico nella diagnosi che costituiva l'oggetto della prestazione primaria del rapporto.

Nel caso *de quo* non si contesta al medico un errore nell'esecuzione di quello che potremmo definire "l'obbligo primario di prestazione", ovvero la scelta del "tritest" o l'errata esecuzione o interpretazione dei risultati dello stesso, bensì l'inadempimento di un obbligo ulteriore⁷⁷ (di informazione, di protezione), strumentale all'esercizio del diritto di autodeterminazione della paziente e identificabile nelle regole del c.d. "Consenso informato" (il medico aveva consegnato il referto alla paziente senza un colloquio informativo).

La colpa del medico non consiste nella sua imperizia tecnica nel rilevare la malformazione ma nella negligenza nell'informare la paziente circa il rischio di fallibilità dell'esame effettuato e sulla possibilità di effettuarne altri. Questa mancanza di informazione ha impedito alla paziente di determinarsi in ordine alla scelta di compiere ulteriori esami con una sostituzione della volontà del medico a quella della paziente.

⁷⁵ Ivi § 3.4.

⁷⁶ Ivi § 3.6.

⁷⁷ In realtà, il fatto che la gestante avesse manifestato la volontà di interrompere la gravidanza fa sì che, dal punto di vista della struttura del rapporto obbligatorio, l'inadempimento dell'obbligo di informazione non costituisca la violazione di un obbligo di protezione (*Schutzinteresse*) ma dell'obbligo primario di prestazione (*Leistungsinteresse*). In altri termini, la manifestazione di volontà ha "contrattualizzato" il diritto di autodeterminazione in ordine all'aborto che è diventato l'interesse primario del creditore. Pertanto l'informazione non era più volta a tutelare il generico diritto del paziente al consenso informato ma a soddisfare lo specifico interesse di quella paziente che voleva sapere se quel nascituro presentasse delle malformazioni. Per una trattazione del complesso discorso sugli obblighi di protezione, v. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit.

⁷² V. nota 3.

⁷³ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 3; v. sopra § 4, n. 2.

⁷⁴ Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 3.3.



7.6. Onere della prova.

Una delle questioni preliminari affrontate dalla S.C. riguardava la prova del fatto che la gestante, anche se a conoscenza della malformazione, avrebbe potuto non interrompere la gravidanza⁷⁸. Tale scelta avrebbe privato di rilevanza causale l'omessa diagnosi rispetto all'evento "nascita malformata", con la conseguente irresponsabilità⁷⁹ del medico.

Nel caso di specie la futura madre aveva espresso, inequivocabilmente e preventivamente, la volontà di abortire nell'eventualità di anomalie del feto; tale assunto non era stato oggetto di contestazione processuale e comunque la S.C. aveva richiamato la sua precedente giurisprudenza, secondo la quale sarebbe "corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto⁸⁰".

La S.C. ritiene di dover rivedere quell'orientamento, per i casi nei quali manchi un'espressa manifestazione di volontà della gestante, ritenendo che "non sembra predicabile sempre e comunque la legittimità del ricorso ad un criterio improntato ad un ipotetico id quod plerumque accidit perché, in assenza di qualsivoglia, ulteriore dichiarazione di intenti, non è lecito inferire sempre, sic et simpliciter, da una richiesta diagnostica l'automatica esclusione dell'intenzione di portare a termine la gravidanza".

L'inferenza logica della volontà di interrompere la gravidanza, dalla mera richiesta di un accertamento diagnostico, costituisce una presunzione semplice. Soltanto in base ad una specifica analisi dei fatti di causa, anche in relazione alla gravità della malformazione non diagnosticata⁸¹, tale presunzione può essere ritenuta sufficiente a provare quel fatto.

Pertanto, qualora non vi siano ulteriori elementi indiziari, idonei a rafforzare tale presunzione, secondo il principio di vicinanza della prova sarà onere della gestante provare il contenuto di quella presunzione.

Questa precisazione potrebbe sembrare secondaria, rispetto al contenuto complessivo della decisione nella quale primeggia il riconoscimento del risarcimento direttamente in capo al bambino malformato, ma riveste una notevolissima valenza ar-

gomentativa proprio per l'argomentazione teleologica e "normativa" che ha giustificato quell'assunto.

Infatti l'inciso sull'onere della prova ha una funzione precisa: "evitare di trasformare un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) in una sorta di vicenda para-assicurativa ex post, consentendo sempre e comunque, mercé l'automatica allegazione della presunzione semplice in discorso, di introdurre istanze risarcitorie anche se la volontà della gestante sarebbe stata diversamente orientata".

La violazione di quella volontà orienta funzionalmente tutto il giudizio risarcitorio, facendo sì che possa risarcirsi per via "normativa" un danno, "la nascita malformata", che naturalisticamente non è un danno (la nascita) e che, secondo una causalità naturalmente intesa, non è collegabile alla condotta del medico (rapporto tra omessa informazione ed handicap).

In ragione di ciò la S.C. interviene a livello probatorio, consapevole del fatto che, onerare il medico di provare la volontà di non abortire della paziente nonostante la diagnosi infausta, significherebbe renderlo oggettivamente responsabile per il solo essere venuto a contatto con una mera richiesta diagnostica.

7.7. La rappresentanza del minore.

Ai genitori (nel caso di specie alla madre ma anche al padre) spetta la rappresentanza del figlio per far valere il diritto al risarcimento del danno ad esso direttamente riconosciuto.

La S.C. richiama la ricostruzione diacronica dell'illecito seguita, al fine di escludere qualunque rivendicazione del figlio contro la madre che invece scegliesse di proseguire la gravidanza seppur informata delle malformazioni.

L'obiezione a cui la S.C. fa riferimento trae origine dal menzionato dibattito francese che a sua volta richiamava il caso *Curlender*.

La Corte californiana infatti, motivando sulla *Wrongful life*, aveva affermato anche l'eventuale responsabilità dei genitori verso i propri figli⁸², qualora consci della malformazione non avessero deciso per l'aborto. Sul tema intervenne il legislatore per negare espressamente qualunque legittimità ad una tale azione: il *California Civil Code Section 43.6* esclude (a) le azioni contro i genitori di un bambino fondate sulla pretesa che quel bambino non dovesse essere concepito o fatto nascere; (b)

⁷⁸ V. sopra § 4, n. 3. Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 4.

⁷⁹ In realtà il ragionamento sarebbe più complesso posto che l'errore diagnostico o la violazione del Consenso Informato potrebbero comportare autonome conseguenze risarcitorie a prescindere dalla scelta di far nascere o meno il figlio, sia sotto il profilo dell'inadempimento che dell'illecito.

⁸⁰ Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; di recente Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

⁸¹ Questi aspetti sono specificamente trattati in Cass. 10 novembre 2010, n. 22837.

⁸² "answerable for the pain, suffering and misery which they have wrought upon their offspring", *Curlender v. Bio-Science Labs.*, cit.



che il non aver impedito la nascita del proprio figlio potesse essere eccepito in giudizio contro un genitore da terzi soggetti o che potesse essere ritenuto fonte di risarcimento del danno⁸³.

La S.C. respinge l’idea che qualunque analoga pretesa possa derivare dalla sua decisione, perché estranea alla ricostruzione logico-giuridica seguita. Il diritto del nato è un diritto ad essere risarcito e non ad essere abortito.

8. Una nuova fattispecie risarcitoria.

Il dato che emerge chiaramente dall’argomentazione della S.C. sul danno del minore è costituito dalla contaminazione tra i vari elementi del giudizio di responsabilità.

- **L’interesse protetto:** “è 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 del Costituente”.
- **L’evento di danno:** “nascita malformata” è “la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell’aborto riconosciuta alla madre in una relazione con il feto non di rappresentante-rappresentato, ma di includente-incluso”.
- **Il nesso di causalità:** è “predicabile una volta identificato con esattezza l’evento di danno nella nascita malformata”.
- **La condotta:** “va affermata l’equiparazione quoad effecta tra la fattispecie dell’errore medico che non abbia evitato l’handicap evitabile ovvero che tale handicap abbia cagionato e l’errore medico che non ha evitato la nascita malformata”.

Questa contaminazione è giustificata da, e al contempo giustifica, diverse finalità che la S.C. intende perseguire:

⁸³ (a) *No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive.*

(b) *The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action.*

La legge californiana si riferisce ai rapporti endofamiliari ma soprattutto ad eventuali pretese di enti assicurativi o previdenziali che potessero opporre ai diritti del disabile e della sua famiglia la responsabilità della scelta effettuata.

- Tutelare, rispettare ed alleviare per via risarcitoria la condizione di disagio del disabile attribuendogli direttamente l’importo risarcitorio senza la mediazione dei genitori.
- Dare rilievo all’inadempimento del medico, “la cui condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all’aborto”, e all’autodeterminazione della madre, “in una relazione con il feto (...) di includente-incluso”.

È la specificità della fattispecie in esame che conduce la S.C., anche alla luce dell’esame dei suoi precedenti, a conferire rilevanza giuridica alla fattispecie stessa. In altri termini la S.C. agisce come se operasse in un sistema giuridico che utilizzi il metodo casistico, in cui “il fondamento della responsabilità è in re ipsa nella riproduzione del caso vietato⁸⁴”.

Il tentativo di ricondurre la fattispecie all’interno degli elementi dell’illecito è un mero *escamotage* argomentativo che non può soddisfare un attento interprete, ai cui occhi risaltano le contraddizioni della S.C. che manipola i concetti della teoria dell’illecito ben oltre quanto sarebbe nella sua disponibilità⁸⁵.

L’evento dannoso “nascita malformata” è legato nella sua rilevanza giuridica all’inadempimento che ha privato la madre del diritto di autodeterminazione; tale evento implica la lesione dell’interesse del bambino al risarcimento, interesse collegato alle prerogative costituzionali coinvolte dalla sua stessa situazione esistenziale. La nascita malformata è “danno” solo perché derivante dallo specifico inadempimento, se la madre avesse scelto di proseguire la gravidanza il medesimo evento non avrebbe avuto rilevanza giuridica, non sarebbe stato dannoso.

Lo stesso nesso di causalità è legato giuridicamente (o meglio normativamente) all’evento “nascita malformata”. Addirittura la S.C. equipara la condotta del medico che non ha evitato la nascita malformata, omettendo la diagnosi, a quella del medico che l’ha attivamente cagionata, per esempio somministrando un farmaco o sbagliando un intervento. Dunque è la Corte stessa che determina normativa-

⁸⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 183. Tratta le distinzioni tra sistemi di responsabilità civile.

⁸⁵ La decisione va ben oltre le sentenze classificate (da L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, cit., p. 951.) come “decisioni giudiziarie che pongono capo all’introduzione nel sistema giuridico di figure nuove ma declinate secondo il linguaggio tradizionale”, in quanto la forzatura degli elementi linguistico-concettuali è tale da non essere riducibile a quella che l’autore definisce la “dialettica posizione-applicazione dell’enunciato normativo”.



mente la sussistenza del nesso causale. La Corte stabilisce che la condotta omissiva del medico, in violazione dell'autodeterminazione in ordine all'aborto, ha la stessa rilevanza causale della condotta commissiva del medico che somministra un farmaco, rispetto alla nascita del bambino malformato.

È inutile cercare di giustificare in una logica dogmatica o sistematica un'argomentazione che è chiaramente teleologica e che conduce, a pieno titolo, la sentenza nella c.d. giurisprudenza normativa⁸⁶.

“La legittimità dell'istanza risarcitoria iure proprio del minore deriva da una omissione colpevole cui consegue (...) la sua stessa esistenza diversamente abile, che discende a sua volta dalla possibilità legale dell'aborto riconosciuta alla madre”.

Questa è la conclusione che la S.C. vuole rendere regola risarcitoria della fattispecie in esame: i suddetti elementi del giudizio risarcitorio vengono manipolati per raggiungere tale fine.

A questo punto, di fronte a tale *fuga in avanti* della giurisprudenza, il problema è capire se tale risultato possa essere accettato. Esso forza enormemente il sistema concettuale del risarcimento, in cui è innestato; occorre verificare se sia con esso compatibile; se possa essere reso compatibile attraverso una diversa qualificazione giuridica dei fatti; oppure se la proposta normativa sottesa alla *wrongful life* non sia accettabile nel nostro sistema di responsabilità civile o se solo il legislatore possa intervenire in tal senso.

9. Quale danno risarcibile?

Appurato il fatto che la decisione adotta diverse forzature del dato normativo e soprattutto concettuale, sembra che l'ostacolo maggiore all'accoglimento del ragionamento della S.C. sia relativo al c.d. danno risarcibile.

La Corte, per motivi processuali, non si occupa *“delle questioni relative ai criteri di valutazione del danno”*⁸⁷ ma ciò fa sì che la sentenza resti una mera proposta di accoglimento nell'*an* di un imprecisato danno subito dal minore malformato.

Viene attribuita al medico una responsabilità per violazione del “Consenso Informato”, quindi dell'autodeterminazione della gestante, per i danni subiti dalla madre, dal padre, dai fratelli e dallo stesso nascituro.

Con riferimento a quest'ultimo, il danno sarebbe costituito dalla lesione di *“un interesse giuridicamente protetto che gli consente di alleviare la propria condizione di vita”*; la S.C. richiama i diritti alla salute (art. 32 Cost.), allo svolgimento della personalità (art. 2 Cost.), allo sviluppo della personalità (art. 3 Cost.), alla tutela della vita familiare (art. 29, 30, 31 Cost.), ma non indica in alcun modo quale sia in concreto il pregiudizio lamentato dal minore. Anche a voler riconoscere che la sintesi *“nascita malformata”* rappresenti un danno per lo stesso nato, quali sono le conseguenze risarcibili derivanti da questo *“evento dannoso”*? Quale *“danno”* ha subito il minore?

In precedenza⁸⁸ abbiamo riconosciuto una funzione satisfattiva se non indennitaria a tale risarcimento ma, senza alcuna indicazione in ordine alle conseguenze dannose, non si può che fare delle supposizioni sulle intenzioni della S.C., che per di più vanno valutate con riferimento a tutta la compagine familiare dei danneggiati; è alto il rischio di duplicazioni risarcitorie.

Anzitutto il danno patrimoniale è la prima voce di danno risarcibile a dover essere presa in considerazione. La somma volta a colmare i particolari oneri patrimoniali per cure e assistenza non può che essere unica. Questa generalmente viene attribuita alla madre nei casi di *wrongful birth* ed una diretta attribuzione al figlio sarebbe coerente con l'argomentazione della S.C. Ciò non implicherebbe un aumento della posta risarcitoria né duplicazioni, in quanto si avrebbe una mera redistribuzione del risarcimento dalla madre al bambino.

Le cose si complicano se si considera il danno non patrimoniale. Infatti con riferimento ad esso la giurisprudenza ha riconosciuto risarcimenti cospicui⁸⁹ legati soprattutto all'alterazione della vita familiare che il doversi curare di un figlio disabile comporta⁹⁰.

Poiché la S.C. ha assimilato la posizione del bambino malformato e dei fratelli a quella del padre ed ha richiamato l'art. 29 Cost. per individuare l'interesse del bambino leso dalla nascita malformata, si potrebbe ricondurre a questa tipologia il danno

⁸⁸ V. sopra § 6.2.1.

⁸⁹ Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, ha riconosciuto 200.000 euro a ciascuno dei genitori per danno non patrimoniale. Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115, che ha liquidato 700.000.000 di lire ad entrambi i genitori.

⁹⁰ *“Necessità della costante cura del minore totalmente invalido, dalla necessità di ridurre per sempre l'attività professionale da parte dei genitori, oltre al danno permanente alla loro vita di relazione, costantemente condizionata dalla predetta cura”*, v. Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, cit.; *“Lo stravolgimento della vita dei coniugi attori, l'impossibilità per gli stessi di condurre una vita normale, lo stato di stress e di affaticamento”*, v. Cass. 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

⁸⁶ Cfr. F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, cit., p. 144. Più analiticamente, L. NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, cit., p. 950 ss.

⁸⁷ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. § 7.



non patrimoniale subito dal bambino, seguendo l’ipotesi dottrinarica cui la S.C. fa continuo riferimento, secondo cui *“la lesione dell’interesse del minore ad una procreazione cosciente e responsabile da parte della madre (...) senz’altro si concretizzerà in sofferenza personale, ulteriori problemi di salute, spese, emergenze economiche e quant’altro, per il fatto che il bambino, venuto ad esistenza, non ha trovato, o non ha potuto trovare, un ambiente familiare e sociale, ed in particolare una madre, in condizioni di accudirlo come sarebbe stato nel caso la sua nascita fosse stata la conseguenza di una scelta ponderata”*⁹¹. Tale ricostruzione potrebbe anche adattarsi ad una logica soddisfacente ed indennitaria del danno non patrimoniale ma l’opzione della S.C. in tal senso non appare così chiara. Inoltre occorrerebbe una circoscrizione dei danneggiati e dei danni subiti posto che in termini di causalità giuridica appare eccessivo addossare equitativamente al sanitario una tale enormità risarcitoria.

Un’altra opzione interpretativa è possibile considerando il richiamo all’art. 32 Cost., relativamente all’interesse leso, e al precedente dell’erronea somministrazione di farmaco⁹². In particolare, con riferimento al nesso di causalità tra l’evento dannoso e la condotta del medico, la S.C. ha equiparato *“la fattispecie dell’errore medico che (...) tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l’errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata”*. Quest’equiparazione comporta che al medico sia egualmente imputato l’evento nascita malformata, per omessa diagnosi come per errore commissivo. In quell’ipotesi però al bambino era stato riconosciuto un danno alla salute che è un danno con funzione compensativa liquidato secondo il metodo tabellare del danno biologico⁹³. Ma anche con riferimento a questa ipotesi non c’è alcuna chiara presa di posizione da parte della S.C. che pure in questo caso dovrebbe rispondere di una eccessiva dilatazione della responsabilità del medico verso tutti i soggetti del nucleo familiare e con importi enormi⁹⁴.

⁹¹ F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*, cit., p. 153.

⁹² Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

⁹³ Sulle funzioni del danno non patrimoniale F. D. BUSNELLI., *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, Riv. dir. civ., 2009, p. 247.

⁹⁴ Applicando le tabelle sul danno biologico e sommando il danno patrimoniale e lo sconvolgimento della vita familiare dei genitori e dei fratelli l’ammontare del risarcimento diverrebbe elevatissimo.

10. Mitigazioni probatorie.

Addossare al medico il risarcimento del danno subito dalla madre e dal padre per la “nascita indesiderata” è una scelta della cui bontà si discute parecchio; di certo l’estensione ai fratelli e allo stesso nato malformato della tutela risarcitoria implica problematiche ulteriori legate all’opportunità in termini di *policy* rispetto al già gravato sistema della responsabilità medica. È di particolare attualità il dibattito sul contenzioso risarcitorio, che grava i medici ed in particolare i ginecologi, e sulla c.d. “medicina difensiva”.

Di ciò sembra consapevole la S.C. che, a fronte dell’estensione dei soggetti legittimati al risarcimento, effettua un’attenta revisione del suo orientamento relativo alla prova del fatto che alla corretta diagnosi sarebbe seguita l’interruzione della gravidanza⁹⁵.

Ponendo a carico della madre l’onere di provare tale fatto, la S.C. limita la responsabilità dei sanitari evitando che il *giudizio risarcitorio divenga una vicenda para-assicurativa*.

In realtà questa posizione è coerente con la generica responsabilità per violazione del “Consenso Informato”, relativamente alla quale la S.C., con riferimento al danno alla salute, richiede al danneggiato la prova che se informato delle conseguenze negative dell’intervento correttamente eseguito avrebbe deciso di non sottoporsi allo stesso⁹⁶.

Questa conclusione mitiga la responsabilità del medico sul piano processuale ma la rimarca su quello sostanziale, in quanto sottolinea la correlazione tra l’inadempimento e la violazione dell’autodeterminazione. La volontà della gestante vincola il medico in ordine agli accertamenti diagnostici da svolgere sul feto, pena l’assunzione del rischio dell’eventuale nascita malformata, che è “evento dannoso” in quanto derivante *da una omissione colpevole* che privi la madre *della possibilità legale dell’aborto*.

11. Considerazioni conclusive.

Il problema della “nascita malformata”, trattato dalla S.C., implica la soluzione di una moltitudine di questioni: di applicazione e interpretazione di norme e concetti giuridici; di coerenza strutturale della responsabilità civile e della stessa teoria del rapporto obbligatorio; di discrezionalità del giudice ed anche di politica del diritto.

⁹⁵ V. sopra § 7.7.

⁹⁶ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, 7-8, 2113.





La complessità del ragionamento della S.C. offre la misura della complessità delle questioni trattate e degli interessi in gioco.

Il risarcimento del danno si mostra nella sua duplice veste, di riparazione della situazione lesa del danneggiato e di misura del comportamento del danneggiante. I profili più interessanti della sentenza sono legati a questi due aspetti.

Il danno viene valutato sotto due profili: uno concettuale, ovvero cosa sia un "danno" (la nascita malformata); uno strutturale, per cui il danno è un fatto storico (l'evento nascita malformata) che viene valutato nel contesto degli altri elementi del giudizio di responsabilità. La S.C. si cura certamente di questo secondo profilo che prevale nel suo ragionamento e che pone in secondo piano il "danno" in quella che potremmo definire la sua "ontologia", seppure per le finalità citate in precedenza.

Il secondo aspetto, del risarcimento quale misura della condotta del danneggiante, potrebbe sembrare impropriamente menzionato, in ragione del fatto che tale caratteristica è propria della responsabilità extracontrattuale e non di quella contrattuale, in cui la giurisprudenza riconduce la responsabilità del medico.

In realtà si è visto che al medico viene imputato l'inadempimento e al contempo la violazione del diritto di autodeterminazione⁹⁷. Ciò deve porre l'attenzione dell'interprete sulla natura dell'obbligazione del medico dal punto di vista della struttura del rapporto obbligatorio: il medico è inadempiente rispetto all'obbligo primario di prestazione? Sta violando un obbligo di protezione? Lede un diritto o viola un obbligo⁹⁸?

In questo senso non è chiara neppure la collocazione dei doveri legati al c.d. "Consenso Informato". Sono doveri strumentali all'esecuzione della prestazione primaria⁹⁹? Sono obblighi di protezione¹⁰⁰? Sono legati alla buona fede del medico nello svolgimento della professione? Sono legati alla rilevanza giuridica del diritto di autodeterminazione?

Queste osservazioni potrebbero sembrare delle "speculazioni teoriche" ma invece hanno un certa attualità, se pensiamo che la mole del contenzioso medico è enorme e che lo sviluppo tecnologico e

scientifico porterà ad un incremento dello stesso, con la proposizione di problematiche totalmente inedite al diritto.

Per esempio la decisione della Corte EDU¹⁰¹ sul ricorso alla diagnosi preimpianto nella fecondazione medicalmente assistita impone di segnalare quanto succede in quei paesi nei quali essa viene già utilizzata da diversi anni. Negli Stati Uniti c'è un dibattito sugli illeciti legati all'utilizzo di tali tecniche ed in particolare circa la responsabilità della clinica e del medico laddove la diagnosi preimpianto riveli che l'embrione da impiantare presenti dei difetti genetici o addirittura venga impiantato un embrione malato¹⁰².

Questioni come queste pongono certamente il diritto e i giuristi innanzi a difficoltà enormi e nuove ma, ciò malgrado, esse esigeranno dalle corti e dal legislatore delle risposte adeguate e ben ponderate.

La responsabilità medica pone un serio problema di contrattualizzazione degli interessi non patrimoniali, che in questi casi emerge con vigore, nel momento in cui tali interessi vengono monetizzati nel risarcimento del danno. Il danno, a sua volta, rappresenta un costo per lo svolgimento dell'attività sanitaria il cui fine ultimo è la tutela della salute di tutti i cittadini. Non si può tacere la necessità di un adeguato bilanciamento dell'interesse individuale, dei pazienti danneggiati ad essere risarciti, con l'interesse collettivo al buon funzionamento del sistema sanitario¹⁰³.

¹⁰¹ Corte EDU, 1^a sez, caso Costa-Pavan c. Italia, ric. 54270/10 del 28.08.2010.

¹⁰² *Los Angeles Superior Court case, Rubell v. U.S.C. Keck School of Medicine; Rubell v. U.S.C. Keck Sch. of Med., L.A.S.C. Case No. BC325496 (filed Dec. 6, 2004).* Relativamente a tali questioni: v. V. K. WEVERS, *Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis, Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 24, Number 1 Fall 2010; K. R. SMOLENSKI, *Creating Children with Disabilities: Parental Tort Liability for Preimplantation Genetic Interventions, Hastings Law Journal*, Vol. 60, 2008; disponibili su HeinOnline.

¹⁰³ Aspetti ben contemplati in ambito comunitario: v. Direttiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, "concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera"; art. 4.2. lett. c - d; "Conclusioni del Consiglio sui valori e principi comuni dei sistemi sanitari dell'Unione Europea", del 22 giugno 2006, (2006/C 146/01); *Libro Bianco: "Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013"*, presentato dalla Commissione a Bruxelles il 23 ottobre 2007, COM(2007) 630; entrambi i documenti sono consultabili sul sito della Commissione Europea: <http://ec.europa.eu/>.

⁹⁷ Sulla distinzione e il contatto tra le due responsabilità: v. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, (dir. vig.), voce in *Enc.dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1072; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, p. 17.

⁹⁸ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, fasc. 1 pag. 55 - 76.

⁹⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96.

¹⁰⁰ L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 369.