

I DANNI DA MALATTIA CONGENITA NON DIAGNOSTICATA

Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. Il problema del danno al nato con una malattia congenita. - 2. La posizione giuridica della madre. - 3. I danni risarcibili alla madre: patrimoniale, morale, esistenziale e biologico. - 4. I danni al padre e ai fratelli del nato nel contratto con efficacia protettiva del terzo: luci e ombre. - 5. L'orientamento contrario alla risarcibilità del danno al nato con una malattia genetica non diagnosticata. - 6. L'orientamento favorevole: dal «diritto di non nascere se non sano» al danno da nascita malformata come «condizione dinamica dell'esistenza». - 7. Gli ostacoli non rimossi: mancanza del nesso causale e insussistenza del diritto di non nascere se non sano. - 8. La irrisarcibilità del danno da malattia congenita in ragione della nozione giuridica di danno. - 9. Natura della responsabilità per omessa informazione e onere della prova.

1. Il problema del danno al nato con una malattia congenita.

L'omessa diagnosi di una malformazione genetica del nascituro, rilevabile con le tecniche disponibili in un dato momento storico, pone delicate questioni giuridiche. Una in particolare non è stata ancora adeguatamente risolta ed è soprattutto su questa che si intende riflettere.

Si tratta dell'ammissibilità della domanda risarcitoria proposta dal nato malformato nei confronti del medico, il quale non abbia informato la gestante della malattia congenita che affliggeva il nascituro. Questa condotta omissiva, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale¹, sarebbe la causa

della nascita di un soggetto destinato a vivere tra continue e intense sofferenze. In ciò si apprezzerebbe un gravissimo danno non patrimoniale, risarcibile direttamente al nato handicappato.

Va ricordato che la via risarcitoria in un caso simile era stata già aperta in Francia dal noto *arret Perruche*², sconfessato, però, da una legge successiva. La giurisprudenza di legittimità italiana, da parte sua, ha invece accolto e più volte ribadito la tesi negativa, salvo nella pronuncia appena sopra ricordata.

«wrogful life action». *Commento a Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754.*

² Cour de Cassation, Assemblée plénière, 17.11.2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 209 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e ivi con *Postilla* di F. D. BUSNELLI. Il caso riguarda un'errata diagnosi di immunità della gestante dalla rosolia, malattia, questa, trasmessa al feto con gravi danni alla salute del nato. Le Corti di merito negano il risarcimento al bambino; di contrario avviso è, invece, la *Cour de Cassation*. Nella dottrina francese, la sentenza ha suscitato più disapprovazione (si veda soprattutto Viney) che apprezzamento. In Italia, Busnelli ha espresso critiche alla pronuncia di legittimità, sotto il profilo sia del nesso causale - la cui esistenza sarebbe una *factio* funzionale a indennizzare il bambino menomato - sia della situazione giuridica soggettiva tutelata, la quale non sarebbe stata individuata dalla *Cour de Cassation*.

¹ Cass., 2.10.2012, n. 16754, in *Giur. it.*, 2013, 4, n. 16754, con nota di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il «danno da procreazione» si propaga al procreato?* e ivi, 2013, 4, 2013, 796, con nota di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in *I contratti*, 2013, 6, 563 ss., con nota di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 198 ss., con nota di E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1, 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*. Per una sintesi ordinata degli argomenti della sentenza cfr. A. ERRANTE PARRINO, *La Cassazione e il danno da «nascita malformata»: un particolare approccio alla*

Ebbene, proprio la presenza nel nostro Paese di due posizioni giurisprudenziali antitetiche - una maggioritaria, l'altra al momento isolata - entrambe sostenute da ampie e articolate motivazioni, induce a tornare sul tema.

Il discorso trova agio nel suo avvio, attingendo da un saggio risalente di un insigne giurista³. In questo scritto l'Autore, sollecitato da una vicenda giudiziaria italiana di danno da procreazione, cala la Sua riflessione nella giurisprudenza e nella dottrina tedesca. Se ne trae l'insegnamento di apprezzare le specificità dei diversi casi e il monito di non far prevalere, nelle soluzioni, «ragioni sentimentali» su «motivi di diritto»⁴.

Sulla scia di questo saggio, quale scelta metodologica, è proficuo collocare il danno da malattia congenita non diagnosticata nel più ampio quadro dei danni da nascita indesiderata. In tal modo si potranno confrontare le diverse posizioni giuridiche soggettive volta a volta interessate dall'inadempimento del medico. Ciò consentirà di valutare la legittimità della domanda risarcitoria del nato malformato nei confronti del medico.

Si può intanto rilevare in chiave descrittiva che la locuzione nascita indesiderata o non voluta è espressione che racchiude in sé diverse ipotesi⁵, accomunate dalla violazione del diritto - di rilevanza costituzionale (artt. 2 e 13 Cost.) - alla procreazione

cosciente e responsabile (art. 1 l. 194/1978) di cui sono titolari donne e uomini. Ma allora si insinua subito un dubbio: se la richiesta risarcitoria proviene non già dai genitori (male informati), ma dal nato, sembra *ictu oculi* mancare una situazione giuridica soggettiva cui agganciare i pregiudizi lamentati nei confronti del sanitario. Non sembra che essa sia la salute, poiché la patologia, essendo congenita, non è imputabile al medico.

Vero è che la posizione della gestante è più lineare rispetto a quella del figlio leso fin dal concepimento. Il diritto della prima di ricevere informazioni sulle condizioni fisiche del nascituro è funzionale alla tutela della propria salute (art. 32 Cost. e artt. 4 e 6 let. b l. n. 194/1978)⁶, messa in pericolo dalle «anomalie o malformazioni del nascituro». Perciò il medico che, pur potendo, non informa correttamente la donna, viola una situazione giuridica contrassegnata dalla coppia inscindibile consenso informato-salute.

Si può dire che la nascita avvenga, in questo caso, oltre la volontà della madre («*wrongful birth*»), con ricadute negative non solo sulla sfera giuridica della stessa, ma anche su quella del padre (coniuge o convivente) e, secondo una discutibile argomentazione giurisprudenziale⁷, anche dei fratelli del nato. Ma il problema più controverso e interessante è se anche quest'ultimo possa ritenersi danneggiato dal medico. Per risolverlo appare proficuo analizzare, primariamente, la domanda risarcitoria della madre.

2. La posizione giuridica della madre.

Se è la madre ad agire in giudizio, occorre distinguere due piani della fattispecie risarcitoria. Uno riguarda l'accertamento del diritto di abortire, l'altro attiene ai danni risarcibili.

Il primo esige di valutare il rapporto tra la gestante e il concepito in base alla legge 194/1978. Si dovrà verificare se sussistevano i presupposti per interrompere la gravidanza. Più specificamente il giudice accerterà, con un giudizio controfattuale *ex ante*, se la corretta informazione della gestante avrebbe ingenerato in lei un processo patologico tale da mettere in grave pericolo la sua salute fisica o psichica (artt. 4 e 6 let. b l. 194/1978)⁸.

⁶ A questo scopo l'art. 14, co. 5, l. n. 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), stabilisce che «I soggetti di cui all'art. 5 [*id est*: le coppie coniugate o conviventi] sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero».

⁷ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁸ Secondo Cass., 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77, la madre deve provare i due elementi positivi della fattispecie legale di cui all'art. 6, let. b), l. n. 194/1978: 1) il processo patologico (all'epoca del fatto illecito) della propria salute, anche se

³ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 44 ss., ora anche in *Danno da procreazione*, Milano, 2006, 49 ss. in part. p. 61-62.

⁴ Uno dei casi trattati da Rescigno è il seguente. L'ospedale contagia una donna di lue mediante una trasfusione di sangue infetto. Successivamente la donna, ignara del contagio, partorisce un bambino affetto dalla stessa malattia. Il nato chiede alla clinica responsabile della trasfusione il risarcimento del danno per lesione della propria salute. Un'altra vicenda è quella dei genitori che, sebbene consapevoli di essere affetti da una grave malattia genetica, danno alla luce un figlio affetto dalla medesima patologia. Questa volta il figlio rivolge la propria domanda risarcitoria nei confronti degli stessi genitori.

⁵ Vi può essere la nascita di un figlio contro la volontà del genitore, come nei casi d'insuccesso della tecnica abortiva («*wrongful pregnancy*» Cass. 8.7.1994, n. 6464, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 2, 342 ss., con nota di D. CARUSI, *Fallito intervento di interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il «danno da procreazione» nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere (commento a Cass., 8.7.1994, n. 6464)*, di fallita sterilizzazione («*wrongful conception*», Cass., 24.10.2013, n. 24109, in *www.cassazione.net*, la quale ravvisa un difetto di informazione nel non aver sottolineato alla paziente i rischi di insuccesso della legatura delle tube eseguita nel corso di un cesareo) o di prescrizione di un farmaco ritenuto erroneamente anticoncezionale (Trib. Milano, 31.3.2014, in *www.ilcaso.it*). Per una sintesi delle diverse varianti della nascita indesiderata cfr. M. BONA, voce *Danni al nascituro e da procreazione*, in *Dig. agg.*, 2003, 601 ss. e F. CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in *Tratt. di biodiritto* diretto da S. Rodotà-P.Zatti, *Le responsabilità in medicina*, a cura di A. Belvedere-S.Riondato, Milano, 2011, 371 ss.

La donna, parte attrice, deve dimostrare non che la propria salute sia stata gravemente compromessa al momento della domanda giudiziale - ciò è, semmai, un indizio del presupposto legale dell'aborto - ma che se lei fosse stata correttamente informata sarebbe insorta, con alta probabilità⁹, una lesione della propria integrità psico-fisica. È una prognosi postuma agevolata - secondo una parte della giurisprudenza¹⁰ di recente messa in discussione¹¹ - dal seguente criterio valutativo: il giudice deve «assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto».

Accertato l'inadempimento del contratto concluso tra il medico e la gestante ovvero delle obbligazioni sorte dal contatto sociale, viene in rilievo il secondo piano d'indagine cui si accennava: quello della valutazione dei danni risarcibili. Su questo terreno la giurisprudenza non è stata sempre univoca, né in grado di cogliere la complessità dei pregiudizi verificatisi. Oggi possono ritenersi consolidate soluzioni tecniche più ragionevoli, favorite da alcuni interventi della Cassazione sulla categoria del danno non patrimoniale.

Il discorso deve pertanto proseguire proprio sul tema dei danni risarcibili e dei soggetti legittimati attivi. Non prima di aver effettuato una precisazione preliminare sulla natura dei primi sui quali ci si diffonderà tra breve.

L'inadempimento del medico cagiona pregiudizi di natura sia patrimoniale che non patrimoniale. Questi ultimi, secondo la Cassazione a Sezioni unite, sono risarcibili anche quando sia stato l'inadempimento del contratto ad averli cagionati.

causato dalle rilevanti malformazioni o anomalie del nascituro; 2) la «prognosi dell'evoluzione della patologia verso un grave pericolo per la [propria] salute». Spetta al medico provare che il feto aveva capacità di vita autonoma all'epoca dell'omessa informazione (art. 7, co. 3, l. n. 194/1978).

⁹ Cass., 16.10.2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della cassazione a due dimensioni di analisi*; in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*; Cass. Sez. un., 11.1.2008, n. 576, in *Corr. giur.*, 2008, 6, p. 694 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

¹⁰ Cass., 4.1.2010, n. 13, in *Contratti*, 2010, 7, 662 ss, con nota di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni del concepito*; Cass., 20.7.2004, n. 14488, in *Corr. giur.*, 2005, 1, 33 ss., con nota di A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*; Cass. 10.5. 2002, n. 6735, in *Giur. it.*, 2003, 5, c. 884 ss., con nota di C. PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*.

¹¹ Vi è un altro orientamento giurisprudenziale di legittimità, su cui si rinvia al § 9, che nega possa inferirsi la volontà abortiva dalla sola omessa informazione delle anomalie del nascituro.

Ciò senza necessità di ricorrere al cumulo delle azioni¹².

Lasciando da parte la giusta critica rivolta a questa pronuncia, riguardante il profilo del contenimento del danno non patrimoniale da inadempimento all'ambito applicativo dell'art. 2059 c.c.¹³, preme rilevare come, secondo un'autorevole dottrina¹⁴, sia risarcibile anche il danno morale derivante dall'inadempimento del contratto o dell'obbligazione senza prestazione.

Non vi sono perciò ostacoli tecnici ad ammettere, astrattamente, il risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, provocati dalla condotta del medico che non abbia diagnosticato una malattia congenita del nascituro. Certamente la donna che ha partorito un figlio handicappato è legittimata attiva dell'azione risarcitoria.

3. I danni risarcibili alla madre: patrimoniale, morale, esistenziale e biologico.

Imputato il fatto dannoso - *id est*: la perdita del diritto di abortire - alla condotta del medico e accertata la colpevolezza di quest'ultimo, la valutazione si sposta sul diverso piano dei danni risarcibili. La Cassazione, dopo un iniziale fraintendimento¹⁵, ha giustamente distinto due questioni, legate da un rapporto di pregiudizialità.

¹² Cass. Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 589 ss., con nota di S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, con riferimento al danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento del contratto, supera la teoria del cumulo di azioni, non più necessaria per effetto dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Si legge nella sentenza che «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale». Le Sezioni unite recano proprio l'esempio dei cosiddetti «contratti di protezione» a favore dei terzi, come quello tra la gestante e il sanitario, dove l'inadempimento del medico-debitore può ledere diritti inviolabili di soggetti che non sono parti del contratto, come il nascituro e il padre.

¹³ S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 2, 454 ss., confuta efficacemente l'orientamento della Cassazione a Sezioni unite che limita la rilevanza del danno non patrimoniale contrattuale soltanto a quegli interessi selezionati dall'art. 2059 c.c., sia pur riletto alla luce della Costituzione. Non si può negare - sostiene l'Autore - che il contratto «[dia] vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *ius positum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria (...)».

¹⁴ S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 452 ss.

¹⁵ Cass., 8.7.1994, n. 6464, cit.



La prima si interroga, come si accennava, sul se al momento dell'omessa informazione sussistevano i presupposti dell'interruzione della gravidanza. Se la risposta è affermativa, i danni risarcibili non devono essere limitati e condizionati nel *quantum* dal bene giuridico protetto dalla legge 194/1978, cioè dalla salute della donna¹⁶. Sarebbe un errore, giacché il «grave pericolo per la salute fisica o psichica», menzionato nell'art. 6 l. n. 194/1978, rileva solo come fondamento del diritto di interrompere la gravidanza, non anche quale limitazione della responsabilità del medico inadempiente. Di conseguenza il risarcimento non può ritenersi esaurito dal costo necessario per rimuovere le cause del danno alla salute o dalla riparazione del danno biologico concretamente subito dalla donna.

Se il medico non adempie esattamente alle sue obbligazioni, egli dovrà risarcire *tutte* le conseguenze prodotte dalla propria condotta (art. 1223 c.c.), di natura sia patrimoniale che non patrimoniale. Con riguardo alle prime, costituisce danno emergente l'intero costo economico del figlio nato malformato. Naturalmente il *quantum* liquidato deve tener conto del «differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da un grave handicap o deficit»¹⁷.

Sotto il profilo del lucro cessante, invece, il risarcimento deve compensare la eventuale diminuzione del reddito da attività professionale o dipendente svolta dai genitori. È frequente, infatti, che la presenza di un figlio handicappato riduca il tempo che possa essere dedicato al lavoro.

Sulle conseguenze non patrimoniali, il discorso diviene più articolato, occorrendo riprendere per punti essenziali il filo della più recente giurisprudenza di legittimità¹⁸. La quale ha ritenuto necessa-

rio - e a ragione - chiarire i principi posti dalle sentenze c.d. di San Martino del 2008 della Cassazione a Sezioni unite¹⁹.

Va ricordato che in quell'anno la magistratura di vertice ha inteso attuare una politica di contenimento del danno esistenziale. Danno che veniva risarcito, talvolta, a fronte di pregiudizi di dubbia serietà, perché non legati adeguatamente al requisito dell'ingiustizia. Da qui la soluzione giurisprudenziale, preparata da un'accorta dottrina²⁰, di estendere la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. e di prevedere, quale *condicio* di risarcibilità del danno non patrimoniale, il requisito della gravità della lesione dei diritti fondamentali.

Le ricordate pronunce del 2008 sembravano, da un lato, aver espunto dall'ordinamento giuridico il danno esistenziale, dall'altro, aver sacrificato il danno morale all'interno del biologico o di altri pregiudizi²¹. Ma la Cassazione, negli anni successi-

moniali, opportunamente, ritorna su una tematica cruciale trattata dalle Sezioni unite n. 26972/2008 : la fenomenologia del danno non patrimoniale. La Cassazione ritiene di dover interpretare quest'ultima pronuncia secondo una logica non già «di tipo formale deduttivo», ma attraverso «un'ermeneutica di tipo induttivo che, dopo aver identificato l'indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (...), consenta poi al giudice del merito una rigorosa analisi e una conseguentemente rigorosa valutazione tanto dell'aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo *in peius* con la vita quotidiana (il danno esistenziale)». In altre parole, la categoria del danno non patrimoniale è composta da diverse fattispecie di danno, autonome e da valutarsi singolarmente, anche se la somma di denaro riconosciuta dal giudice è unitaria. Analogamente si confronti anche Cass., 23.1.2014, n. 1361, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, 396 ss., con nota di A. GORGONI, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*, la quale afferma, mutando orientamento in tema di danno tanatologico, che la categoria del danno non patrimoniale si articola «in una pluralità di aspetti o (voci), con funzione meramente descrittiva quali il danno morale, il danno biologico e il danno da perdita del rapporto parentale (o c.d. danno esistenziale)». Si confronti anche: Cass., 25.2.2014, n. 4439, Cass., 18.2.2014, n. 4916 e Cass., 6.3.2014, n. 5243, tutte in *www.cassazione.net*; Cass., 11.10.2013, n. 21347, in *De jure on line*.

¹⁹ Cass. Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973-26974-26975 in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, 63 ss., con note di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, e di D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, 76 ss. Per una serrata analisi sull'effettiva capacità di contenere l'area del danno risarcibile da parte della nuova interpretazione dell'art. 2059 c.c. cfr. M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 72 ss.

²⁰ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*.

²¹ Il danno morale manteneva, tuttavia, autonomia nell'ipotesi della lucida agonia, consistente nell'attendere consapevolmente la propria morte a seguito di un evento dannoso. Cfr.: Cass., 2.4.2001, n. 4783, in *Danno e resp.*, 2001, 820, con nota di M. BONA, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e «loss of life»* de iure condendo: *il nuovo approccio della Suprema Corte*; Cass., 18.1.2011, n. 1072, in *Resp. civ.*, 2012, 5, 351, con

¹⁶ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.; Cass., 4.1.2010, n. 13, cit.; Cass. 10.5. 2002, n. 6735, cit.; Cass., 1.12.1998, n. 12195, cit.

¹⁷ Cass., 4.1.2010, n. 13, cit., conferma la decisione della Corte d'Appello di Perugia che aveva liquidato ai genitori la somma di Lire 400.000 mensili fino all'età di trenta anni della figlia nata con gravissime malformazioni agli arti inferiori. A questa cifra che riguarda solo il mantenimento, occorrerebbe aggiungere quelle spese che le patologie del nato esigono di sopportare. Cfr. anche Trib. Milano, 31.3.2014, cit., il quale: 1) conferma che il danno è costituito dalle spese gravanti sui genitori per il mantenimento del figlio fino al raggiungimento della indipendenza economica dello stesso (stabilito al compimento dei venti anni età, dovendosi escludere, in ragione del livello economico della famiglia, il compimento degli studi universitari); 2) quantifica in euro 400,00 mensili la somma a carico del medico convenuto in giudizio; 3) applica, trattandosi di debito di valore, «gli interessi c.d. compensativi calcolati al tasso legale sulla somma via via rivalutata dal fatto (concepimento avvenuto nel novembre 2008) alla pubblicazione della presente sentenza».

¹⁸ Cass., 3.10.2013, n. 22585, in *Danno e resp.*, 2014, 1, 55 ss., con nota di P. G. MONATERI, *L'ontologia dei danni non patri-*



vi, ha rilevato come quelle pronunce non intendessero affatto negare la complessa fenomenologia del danno non patrimoniale, come dimostra il riferimento in esse contenuto al principio dell'integrale riparazione del danno²².

Così, recente giurisprudenza converge su un punto: il danno morale soggettivo, il danno esistenziale²³ e il danno biologico rappresentano tre autonome componenti del danno non patrimoniale. Il quale soltanto assurge ad unica categoria legittimamente predicabile e indiscutibilmente composita²⁴.

Non è mancata, sempre ad opera di questa vivace giurisprudenza, l'individuazione del fondamento normativo di ciascuno di siffatti pregiudizi, da collocarsi, tutti, sul piano delle conseguenze risarcibili. Il giudice dovrà pertanto considerarli autonomamente e singolarmente nella motivazione della sentenza, anche se essi saranno liquidati con una somma unitaria a titolo di danno non patrimoniale²⁵.

nota di M. GORGONI, *Ancora ripensamenti giurisprudenziali sul danno da morte iure hereditario*; Cass., 24.3.2011, n. 6754, in *Foro it.*, 2011, 4, 1, 1035.; Cass., 16.11.2011, n. 24016, in *Foro it. on line* e ivi Cass., 21.3.2013, n. 7126.

²² Cass. Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, cit., §§ 4.8-4.9.

²³ Cass., 24.4.2014, n. 9283, in *www.cassazione.net*, conferma la pronuncia d'appello che aveva disposto il risarcimento del danno esistenziale cagionato dalle immissioni intollerabili. Nella motivazione la Cassazione pone in luce come tale danno possa essere, come nel caso di specie, una conseguenza della lesione di valori della persona costituzionalmente protetti. Il rumore intollerabile (di un violino), si afferma, ha leso il diritto (desunto dall'art. 2 della Cost.) «all'attività di riposo, svago, intrattenimento, nonché del diritto di usufruire di ogni utilità della propria abitazione, quale il diritto alla serenità domestica ed alla vita di relazione». Le diverse voci di danno sono state qualificate unitariamente come danno non patrimoniale.

²⁴ Cass., 3.10.2013, n. 22585, cit.; Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit.; Cass., 28.1.2014, n. 1762, in *www.cassazione.net*, conferma il principio di unitarietà del danno non patrimoniale e ribadisce che per ottenere la risarcibilità del danno esistenziale - *id est* del pregiudizio alla qualità della vita - occorre allegare precise circostanze che comprovino «l'adozione di scelte di vita diverse da quelle che sarebbero state seguite in assenza dell'evento dannoso». Nello stesso senso e con riferimento ad un caso di nascita non voluta di un figlio sano cfr. Trib. Milano, 31.3.2014, cit.

²⁵ Cass., 23.9.2013, n. 21716, in *Foro it. on line* e Cass. 8.7.2014, n. 15491, in *www.cassazione.net*. Unitarietà e personalizzazione della liquidazione del danno non patrimoniale sono due principi espressi dalle tabelle milanesi di liquidazione del danno non patrimoniale alla persona, di recente aggiornate nei valori (si veda *Guida al dir.*, 2014, 32, 32 ss.). Esse prevedono un aumento dei valori medi per consentire la personalizzazione della risarcimento. L'aumento, da un lato, deve essere contenuto in una certa percentuale, qualora il caso presenti peculiarità allegare e provate, dall'altro, può anche andare oltre la percentuale massima di aumento in fattispecie eccezionali rispetto alla casistica comune. Il meccanismo risarcitorio tabellare, tuttavia, è oggi oggetto di discussione (si veda Cass., n. 1361/2014, cit., Corte Giustizia UE, sent. 23.1.2014, causa C-371/12, art. 3 co. 3 l. 189/2012), sebbene l'idea a esso sottesa sembra reggere (cfr. Corte Cost., 16.10.2014, n. 235, in *www.ilcaso.it*).

Ebbene, tornando ai danni risarcibili alla madre, non v'è dubbio che ella possa subire pregiudizi diversi: morale, esistenziale e biologico. I primi due prescindono dall'esistenza del terzo, il quale necessita dell'accertamento medico-legale della lesione dell'integrità psico-fisica. Ma quand'anche la nascita malformata non preannunciata dal medico abbia pregiudicato la salute della madre, il danno morale dovrà essere specificamente valutato dal giudice, allo scopo di personalizzare il *quantum* risarcibile²⁶ e di risarcire integralmente il pregiudizio non patrimoniale.

Il dolore, insomma, va ricostruito per quanto possibile nel processo, almeno nel senso di ipotizzarne, sulla base delle circostanze allegare e provate, l'intensità e la durata cui deve corrispondere un adeguato ristoro economico. Si tratta di un'operazione conoscitiva che non può prescindere, per avvicinarsi alla verità, dall'apporto delle scienze cognitive²⁷. Il giurista deve collaborare con altri professionisti per tutelare quanto più adeguatamente la persona.

Un Autore ha acutamente osservato che l'ontologica irreparabilità del danno non patrimoniale non implica l'inesistenza del principio dell'integrale riparazione del danno. Principio che, «dovendosi adattare nei contesti nei quali si trova ad operare, non sempre si atteggia nello stesso modo. [Piuttosto esso] si specifica nel vincolo di liquidare il danno con la maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento»²⁸.

²⁶ Cass., 6.3.2014, n. 5243, cit.

²⁷ Per un primo approccio ad un'ampia casistica in cui sarebbe necessaria la professionalità del neuropsicologo si segnala A. STRACCIARI-A. BIANCHI-G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010.

²⁸ Così G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 190. Cfr. anche G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009, 274-275, la quale sottolinea come la giurisprudenza abbia molto enfatizzato il principio *de quo*, essenzialmente al fine di «adeguare il metodo di calcolo del danno alle esigenze concrete individuali del danneggiato». L'Autrice, tuttavia, esclude, diversamente da Grisi, che il principio della riparazione integrale trovi spazio nel risarcimento dei danni non patrimoniali.

Su questa tematica è di rilievo l'intervento recente della Corte Cost., 16.10.2014, n. 235, cit., che ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 139 d. lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni), nonostante la previsione in esso contenuta di un doppio limite alla risarcibilità del danno biologico per lesioni di lieve entità cagionate dalla circolazione dei veicoli a motore o dei natanti. Nella sentenza si afferma che i diritti fondamentali, anche se consacrati nella normativa europea, sono assoggettati al bilanciamento con altri valori di rilievo costituzionale. Nel caso di specie la Consulta ritiene che l'art. 139 cod. ass. abbia realizzato un contemperamento ragionevole tra due contrapposti interessi: quello del danneggiato a essere adeguatamente risarcito per la lesione della propria salute e quello «generale e sociale degli assicurati ad avere un livello accettabile e sosteni-

Siffatto vincolo esige di considerare anche il danno esistenziale subito dai genitori, ossia il peggioramento della qualità della vita, apprezzabile attraverso la prova di scelte di vita diverse²⁹. Siamo - com'è noto - su un piano diverso dalla sofferenza interiore: quello dell'agire altrimenti o del non poter più fare determinate cose come prima.

Va da sé che la presenza di un figlio malformato, nonostante il valore intrinseco di ogni vita umana, cagioni sofferenza alterando altresì *in peius* la qualità della vita dei genitori.

4. I danni al padre e ai fratelli del nato nel contratto con efficacia protettiva del terzo: luci e ombre.

In tempi più risalenti, la Cassazione negava al padre (marito o convivente *more uxorio* della gestante) il risarcimento dei danni dallo stesso subito a causa della nascita del figlio, le cui malformazioni non fossero state diagnosticate dal medico. L'argomento fondamentale si basava sulla mancanza di titolarità del diritto di interrompere la gravidanza (art. 6 l. 194/1978). Se non vi è un diritto leso - si diceva - non vi possono essere neppure danni risarcibili.

L'argomento è stato adeguatamente confutato dalla più recente giurisprudenza di legittimità, compatta, oggi, nel riconoscere anche al padre il diritto al risarcimento dei danni nel caso in parola³⁰.

La motivazione trae forza dalla teoria dei doveri di protezione che integrano il contratto. Da tale in-

bile dei premi assicurativi». Ciò anche considerando che le compagnie assicuratrici concorrono *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguendo così fini solidaristici. Nella sentenza *de qua* si ribadisce, inoltre, che la Corte costituzionale, diversamente dalla Corte EDU, «opera una valutazione sistematica e non isolata dei valori coinvolti dalla norme di volta in volta scrutinate».

²⁹ Cass. Sez. un., 24.3.2006, n. 6572, in *Corr. giur.*, 2006, 6, 787, con nota di P. G. MONATERI, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, definisce il danno esistenziale come «pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare arduo del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli sono propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno». Più di recente Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit., riprende il concetto, con accenti un po' più restrittivi, sottolineando che il danno esistenziale «non consiste nella mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, ma si sostanzia nello *sconvolgimento dell'esistenza rilevato da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita*» [corsivo mio]. Cass., 4.1.2010, n. 13, cit., conferma la sentenza d'appello che aveva liquidato euro 200.000,00 a ciascun coniuge a titolo di danno esistenziale.

³⁰ Cass., 4.1.2010, n. 13, cit., Cass., 2.2.2010, n. 2354, cit., Cass., 29.7.2004, n. 14488, cit., Cass., 10.5.2002, n. 6735, cit.

tegrazione scaturiscono effetti protettivi anche a favore di taluni terzi. I quali sono qualificati e selezionati per il fatto di condividere lo stesso rischio che investe una delle parti contrattuali. Non si intende indugiare sul complesso tema dei doveri protettivi; interessa soltanto fare un cenno sul discusso profilo della loro fonte.

Secondo una tesi di matrice tedesca, è il principio della buona fede contrattuale (artt. 1366 e 1375 c.c.) che fonda e produce l'obbligo protettivo-integrativo, selezionando così anche i soggetti beneficiari della tutela contrattuale³¹. Chi, invece, nega che sia la buona fede il fondamento dell'effetto di protezione a favore del terzo, rinviene nell'affidamento³² o nel dovere di correttezza³³ la fonte dell'obbligo di protezione.

Rimane sempre il problema di come giustificare l'eccezione al principio della relatività degli effetti del contratto (art. 1372 co. 2 c.c.) che l'effetto protettivo del terzo determinerebbe³⁴. Secondo un'autorevole dottrina³⁵, si può argomentare dal valore costituzionale della solidarietà sociale (art. 2 Cost.). Il quale deve essere interpretato come criterio di assunzione di responsabilità da parte non solo dei pubblici poteri, ma anche dell'individuo per il perseguimento del benessere altrui.

Orbene il marito (o convivente *more uxorio*) - padre, sebbene non sia parte del contratto di opera professionale stipulato tra la moglie (o la convivente) - gestante e il medico (o la struttura sanitaria), ha comunque interesse all'esecuzione diligente della prestazione sanitaria³⁶. Ciò perché anch'egli è titolare del diritto alla procreazione cosciente e responsa-

³¹ Secondo A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 58-67, sono «coperti da tutela contrattuale, anche i doveri di protezione, il cui fondamento, se non la volontà delle parti, è l'integrazione (del contenuto) del contratto *ex fide bona*».

³² C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 174 ss., rileva come la buona fede svolga la propria funzione esclusivamente sul piano dell'integrazione oggettiva del contratto, non certo su quello dell'individuazione del terzo quale soggetto parimenti protetto dal contratto.

³³ L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 3, 510, argomenta dall'art. 1175 c.c. nel quadro del rapporto obbligatorio «inteso come un rapporto complesso il cui scopo di tutela comprende, oltre all'interesse di prestazione definito dall'art. 1174 c.c., anche l'interesse di protezione preso in considerazione», appunto, dall'art. 1175 c.c. Norma, questa, che, secondo l'illustre Autore, «trascende l'ambito dei rapporti contrattuali».

³⁴ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 62-63.

³⁵ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Il terzo protetto dal contratto (ad es. il marito della gestante) è non già creditore della prestazione, ma solo interessato al diligente adempimento della stessa (art. 1176 c.c.). Da qui l'inutilizzabilità della figura del contratto a favore del terzo, il quale acquista il diritto alla prestazione contrattuale nei confronti del promittente per effetto della stipulazione (art. 1411 co. 2 c.c.).



bile e deve adempiere i doveri derivanti dal fatto della procreazione (art. 30 Cost.), cui corrispondono diversi diritti del figlio (art. 315-*bis* c.c.). Non solo: il marito-padre condivide con la moglie-madre la sofferenza psichica, quando non anche il danno biologico, entrambi cagionati dall'inaspettata nascita di un figlio affetto da un grave handicap.

Si deve allora ammettere che non diagnosticare la patologia congenita del nascituro o non prescrivere tutti gli esami necessari allo scopo, lede il diritto della gestante e dell'altro genitore alla procreazione cosciente e responsabile, danneggiando entrambi. L'altro genitore, essendo titolare di un'autonoma posizione all'interno del rapporto obbligatorio, dispone non già di una tutela aquiliana, ma di un'azione *ex contractu* per richiedere il risarcimento di tutti i danni subiti³⁷.

Il filone giurisprudenziale che tutela anche il padre è senz'altro apprezzabile, avendo assorbito, efficacemente, solidi e sedimentati studi della migliore dottrina.

Suscita, invece, perplessità il riconoscimento - per la prima volta in Cassazione³⁸ - del danno non patrimoniale anche ai fratelli (sani) del nato malformato. I quali rientrerebbero, come il padre, tra i soggetti protetti dal rapporto, contrattuale o da contratto, intercorso tra il medico e la gestante.

Precisamente il danno consisterebbe, da un lato, nella minore disponibilità dei genitori, stante il maggiore impegno occorrente nei confronti del nato handicappato, dall'altro, «nella diminuita possibilità [per i figli sani] di avere un rapporto parentale con i genitori costantemente caratterizzato da serenità e distensione». Due pregiudizi, quindi: riduzione del tempo con i genitori, scadimento della qualità del rapporto genitoriale.

Siamo, però, a ben vedere sul piano dei danni-conseguenza; manca la preliminare valutazione della situazione giuridica soggettiva lesa, la cui esistenza è necessaria anche ove operino gli effetti protettivi del contratto. L'effetto protettivo postula, tendenzialmente, l'esistenza di un diritto del terzo, leso nell'attuazione del rapporto obbligatorio³⁹. Ma

nel caso *de quo* quale sarebbe questo supposto diritto dei fratelli?

Essi da un lato non sono titolari, come la madre e il padre, del diritto alla procreazione cosciente e responsabile⁴⁰; dall'altro, neppure assumono, come il padre, i doveri di cui all'art. 30 Cost., né possono addurre una lesione della salute.

Si replicherà che è l'integrità del rapporto parentale a venir in rilievo, così come accade nei casi di uccisione o di lesione del congiunto. Non è questa un'affermazione da sottovalutare. Però va anche detto che la presenza in famiglia di un fratello con una malattia congenita non incide direttamente e necessariamente sul rapporto tra i genitori e gli altri figli sani.

La convivenza con un familiare malato, generalmente, non lede i diritti dei fratelli sani sanciti dall'art. 315-*bis*, comma 1, c.c., come invece accade in conseguenza dell'uccisione o della compromissione della salute di un genitore. In queste ultime due ipotesi viene a mancare, rispettivamente in tutto o in parte, il rapporto col genitore. Il che produce sicuramente danno.

Non è necessariamente così per i fratelli sani che devono convivere con un fratello handicappato. Semmai del danno occorrerebbe la prova, non facile, tenuto conto che i genitori sono vivi e in salute.

A questo punto, chiarite le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti dall'inadempimento del medico, si può passare, con maggiore consapevolezza, alla fattispecie del danno al nato con una malattia genetica. Anche qui la Cassazione, nella sua pronuncia più recente, si espone a critiche. La lunga motivazione della sentenza n. 16754/2012 lascia irrisolti alcuni nodi teorici che è opportuno riprendere, non prima di aver dato spazio all'orientamento maggioritario che nega tutela al nato.

vanguardia dello *status quo ante*, svolgono la stessa funzione della regola *alterum non laedere*». G. VARANESE, *op. cit.*, 517, distingue due ipotesi applicative del contratto con effetti protettivi: una, classica, in cui vi è la lesione di un obbligo accessorio di protezione (come nel caso dei danni da nascita malformata) codificato ai nuovi §§ 241 co. 2 e 311 co. 3 BGB, l'altra, più recente, in cui viene a mancare l'adempimento della prestazione principale. Quest'ultima ipotesi ha rappresentato nel diritto tedesco un terreno di espansione dell'istituto in parola (si veda il caso dei danni a terzi meramente economici nella responsabilità dei professionisti).

⁴⁰ E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile*, cit., 201, rileva esattamente che i fratelli, diversamente dalla loro madre, non solo titolari dell'interesse a conoscere lo stato di salute del feto «e in ogni caso la loro posizione è troppo remota rispetto al debitore [il medico] per consentire di includerli nell'orbita di protezione del contratto». L'Autrice, quindi, riprende il filone tedesco che, come si ricordava *supra*, esige la prevedibilità dell'esistenza del terzo.

³⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 173. Si veda anche G. VARANESE, *Contratti con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*, in *Contr. impr./Europa*, 2012, 2, 514 ss., il quale ricostruisce la nascita e il consolidarsi, in Germania (soprattutto per opera di K. Larenz), del contratto con effetti protettivi di taluni terzi. Questi divengono soggetti da proteggere nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, solo se la loro esistenza possa essere prevista dal debitore.

³⁸ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., ammette per la prima volta la legittimazione dei fratelli a richiedere il risarcimento del danno non patrimoniale.

³⁹ R. DE MATTEIS, *La responsabilità del medico dipendente: dalla violazione di obblighi di protezione all'inadempimento di un obbligo di prestazione*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, 1, 86, afferma che «gli obblighi di protezione, avendo di mira la sal-



5. L'orientamento contrario alla risarcibilità del danno al nato con una malattia genetica non diagnosticata.

L'orientamento negativo⁴¹ è sorretto da argomentazioni rigorose e piuttosto articolate. Le quali | 150 tengono conto sia dei beni giuridici protetti dalle legge sull'interruzione della gravidanza, sia di taluni aspetti della struttura e della teoria del danno. Sotto entrambi questi profili, la Cassazione, in diverse pronunce, ha mostrato l'inconsistenza della domanda risarcitoria proposta dal nato geneticamente handicappato nei confronti del medico.

Proprio con riferimento al danno, pregnanti sono le considerazioni svolte. È ovvio sottolineare che la malattia, essendo ereditaria, non è imputabile alla condotta del medico. Si tratta tendenzialmente di patologie su cui il medico non può incidere, guardandole o attenuandole. Dunque, com'è noto, se il giudizio controfattuale non dimostra che l'evento di danno non vi sarebbe stato senza la condotta umana, l'evento non può essere imputato al medico.

Se l'evento non è imputabile, viene a mancare il presupposto della valutazione dei danni risarcibili. Si obietterà che l'inadempimento del medico all'obbligo di protezione nei confronti del nascituro (*rectius*: del nato) resterebbe irrilevante per l'ordinamento giuridico. Non è così. L'obbligo di protezione suppone, come si diceva, che vi sia un diritto verso cui indirizzarsi. Se il medico ad esempio ledesse la salute del nascituro, il nato sarebbe legittimato a chiedergli il risarcimento del danno. Parimenti accadrebbe se al nascituro non venisse praticata una cura, decisiva nella fase intrauterina.

Spostando l'attenzione dal diritto al danno, la Suprema Corte non esita a dire che difetta il danno risarcibile quale conseguenza immediata e diretta della condotta (art. 1223 c.c.). Difatti il danno è tale se è apprezzabile una perdita ovvero una diminuzione di qualcosa rispetto ad uno stato anteriore. Altrimenti il risarcimento non è in grado di svolgere le sue funzioni, compensativa o satisfattoria, a seconda che il danno sia rispettivamente patrimoniale o non patrimoniale.

Di certo l'inadempimento dell'obbligo informativo nei confronti della gestante non determina una condizione di salute diversa del nato rispetto a quella che si sarebbe avuta nella piena attuazione del consenso informato. Semmai non vi sarebbe stata alcuna nascita, se la gravidanza fosse stata interrotta. Rileverebbe, perciò, quale *causa petendi* della domanda risarcitoria, la lesione del diritto a non nascere.

Il nato lamenterebbe non già la lesione della propria salute, ma l'essere nato a causa della condotta omissiva del sanitario. Ma la Cassazione è piuttosto netta nel negare, con una solida motivazione, l'esistenza del diritto di non nascere se non sano.

Dagli artt. 4 e 6 della legge n. 194/1978 si deduce che il sacrificio della vita del nascituro è ammesso solo per tutelare la salute (fisica o psichica) o la vita della donna. La disciplina è notissima. Dopo i primi 90 giorni dal concepimento, la tutela del nascituro è più forte, occorrendo, quale presupposto dell'aborto, «un grave pericolo per la vita della donna» o, in caso di «rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, un grave pericolo per la salute fisica o psichica» della stessa. Questi processi patologici devono essere accertati da un medico nella procedura disciplinata dall'art. 7 della legge n. 194/1978.

L'anomalia e la malformazione, pertanto, non giustificano di per sé sole l'aborto; occorre che l'una o l'altra incidano sulla salute o sulla vita della donna⁴². Del resto l'art. 1 co. 1 della legge n. 194/1978, insieme ad altre disposizioni⁴³, riconoscono rilevanza e attribuiscono protezione alla vita umana sin dal suo inizio.

Da questo quadro normativo si desume che se non vi è pericolo per la salute o per la vita della donna, l'ordinamento tutela il concepito verso la nascita, non certo verso la non nascita.

Oltretutto - soggiunge la Cassazione - l'ipotizzata esistenza del diritto di non nascere se non sano determinerebbe una palese contraddizione nell'ordinamento: verrebbe violato il divieto di utilizzare l'interruzione come strumento di controllo delle nascite. La gestante, infatti, edotta dal medico delle malformazioni congenite del feto sarebbe obbligata ad abortire, altrimenti si esporrebbe a re-

⁴² Secondo l'art. 19 della l. n. 194/1978 «se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico nei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'art. 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da 1 a 4 anni. La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi». Il medico è punito con la reclusione se cagiona, per colpa, l'interruzione della gravidanza o un parto prematuro (artt. 17 l. n. 194/1978) o se cagiona l'interruzione senza il consenso della donna (18 l. n. 194/1978).

⁴³ Significativi sono anche i commi 2 e 3 dell'art. 1 l. n. 194/1978 che rifiutano l'idea dell'interruzione volontaria della gravidanza come mezzo per il controllo o per la limitazione delle nascite. Vi sono anche altre disposizioni di diritto interno, comunitario e internazionale che indicano la rilevanza giuridica del concepito. Se ne segnalano alcune particolarmente significative: artt. 1 e 13 l. n. 40/2004 (*procreazione assistita*), art. 3 let. b) e let. d) Carta dei diritti fondamentali dell'UE, artt. 1 e 11 Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell'uomo e art. 13 Convenzione di Oviedo sulla dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina.

⁴¹ Lo si può leggere in Cass., 20.7.2004, n. 14488, cit.



sponsabilità nei confronti del nato che lamenterebbe la lesione del diritto di non nascere⁴⁴. Il corto circuito normativo è evidente.

Da ultimo la Cassazione ha anche rilevato che il diritto di non nascere sarebbe «adespota», cioè senza titolare. Non potrebbe esserlo il concepito, poiché privo di capacità giuridica⁴⁵, ma neppure il nato giacché la nascita è un fatto incompatibile con la titolarità del diritto *de quo*. Vi sarebbe, quindi, un'aporia insuperabile.

Questi argomenti sono stati audacemente messi in discussione dalla terza sezione civile della Cassazione⁴⁶.

6. L'orientamento favorevole: dal «diritto di non nascere se non sano» al danno da nascita malformata come «condizione dinamica dell'esistenza».

L'inesistenza del «diritto di non ha nascere se non sano» rappresenta l'argomento principale dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla risarcibilità al nato del danno da malattia congenita⁴⁷. Tuttavia secondo il più recente intervento della Cassazione⁴⁸, la locuzione «diritto di non nascere se non sano» è «poco felice» e fuorviante; parimenti varrebbe per l'espressione «diritto di nascere sano».

Indubbiamente riconoscere al nascituro il «diritto di nascere sano» non è essenziale per fondare la tutela del soggetto nato malformato a causa di una negligenza del medico. Ciò non implica, però, come invece ritiene la Cassazione, che nel diverso caso della malattia congenita (in cui non è il medico a ledere il nascituro) non rilevi il diritto di non nascere. Su questi aspetti cruciali occorre portare il nostro discorso.

⁴⁴ Sorgerebbe il problema di predeterminare quale handicap obbligherebbe la donna ad abortire per salvaguardare il diritto di non nascere. Inoltre se tale diritto esistesse davvero, verrebbe legittimata l'eutanasia eugenetica, ossia la selezione della specie per il miglioramento della razza umana.

⁴⁵ P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, cit., 65 ss., nega che da talune norme del codice civile possa desumersi una capacità giuridica speciale o una personalità anticipata del concepito. Egli aderisce alla tesi della nascita quale coelemento necessario di efficacia. Più di recente, secondo F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Il dir. fam. e pers.*, 2005, 1, 202, i diritti che la legge riconosce a favore del concepito costituiscono un «patrimonio destinato, con un amministratore, ma senza titolare». Egli ritiene che il legislatore del codice civile si sia semplicemente preoccupato di conservare certi diritti nell'interesse del nato, ma senza attribuirli già al concepito.

⁴⁶ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁴⁷ Cass., 20.7.2004, n. 14488, cit.; Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit.

⁴⁸ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

Il riferimento al «diritto di nascere sano» - ricorda la Suprema Corte - è servito per giustificare la pretesa risarcitoria del nato malformato a causa di una negligenza medica durante la gravidanza. In questa ipotesi è il medico a pregiudicare la salute del concepito, il quale passa da una condizione iniziale di perfetta integrità fisica ad un'altra connotata dalla lesione dell'integrità.

È vero: a ben guardare chi nasce menomato non invoca, quale bene giuridico protetto, il diritto alla vita o di nascere sano né, tanto meno, il diritto di non nascere. Egli fa valere la lesione della salute che si manifesta e rileva solo dalla nascita. È da questo momento che, giuridicamente, si apprezzano le conseguenze della condotta del medico; ed è sempre e solo da tale momento che il nato malformato, dotato oramai di capacità giuridica, potrà agire in giudizio. La lesione della salute e il danno si verificano entrambe dalla nascita, anche se la condotta illecita è antecedente a quest'ultima.

In questa ricostruzione il diritto di nascere sano non gioca alcun ruolo; oltretutto, ipotizzarlo, creerebbe non poche difficoltà. Se ne indicano due.

Il concepito, se è privo di soggettività-capacità, non può essere titolare del diritto di nascere sano, anzi non può essere titolare di alcun diritto. Inoltre è davvero arduo desumere l'esistenza di un tale diritto dalle disposizioni della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. La quale, sia pur in casi specifici (artt. 4 e 6 l. n. 194/1978), consente il sacrificio della vita del nascituro per proteggere la salute della gestante. Ora è evidente che se nella vicenda abortiva si confrontassero davvero due soggetti, sarebbe certamente incomparabile la vita del nascituro con la salute della donna; ma, invece, è quest'ultimo bene a prevalere⁴⁹.

Se è la salute del nato ad essere protetta attraverso la rilevanza dell'integrità del nascituro, secondo la Cassazione, non si deve cadere nell'equivoco di ritenere giuridicamente non tutelata la non vita. Si può anche convenire sull'inesistenza del «diritto di non nascere se non sano», ma il punto - soggiunge la Suprema Corte - è un altro. È verificare se al momento della nascita il nato possa lamentare un danno derivante dall'handicap genetico.

L'esito di questa indagine non dipenderebbe dal preventivo chiarimento sull'esistenza o meno del

⁴⁹ Del resto deve ritenersi ancora persuasiva l'affermazione della Corte Costituzionale, resa nella nota sentenza n. 27/1975, secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». È soltanto la gestante a essere titolare di diritti - alla salute e alla vita - mentre il nascituro beneficia di una protezione al di fuori dello schema della titolarità; è una protezione caso per caso, circoscritta dalla legge e subordinata alla tutela della gestante.



diritto di non nascere se non sano. È sul piano del danno e della lesione dell'interesse costituzionalmente protetto che emergerebbe la piena legittimità del risarcimento⁵⁰. Ma è proprio su questi due profili che il discorso è claudicante.

Il danno, prosegue la Suprema Corte, è rappresentato non dalla nascita handicappata o dall'esistere di per sé, ma dalle ricadute che l'handicap produce sull'esistenza umana, sul vivere stesso. Il nato non si duole della nascita, bensì delle conseguenze esistenziali negative determinate dalla propria condizione fisio-psichica.

Il *vulnus* lamentato, si legge nella sentenza, «non è la malformazione in sé considerata (...) bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata, intesa come proiezione dinamica che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata»⁵¹. L'evento di danno starebbe, dunque, nel vivere diversamente abile ed esso si apprezza soltanto dal momento della nascita⁵² in forme via via crescenti nel tempo.

Naturalmente - e la Cassazione ne è ovviamente ben conscia - il solo danno non è sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria. Occorre prima di tutto individuare, sul piano della responsabilità civile, l'interesse giuridicamente leso. E, più propriamente, trattandosi di un danno non patrimoniale, sia pur derivante dal contratto o dal contatto col medico, deve venire in rilievo - almeno secondo la giurisprudenza teorica⁵³ - un diritto inviolabile della persona, cui la sentenza in parola dedica ampio spazio.

La condotta omissiva del medico - sempre secondo la Cassazione - violerebbe l'art. 32 Cost., il cui riferimento al diritto alla salute va inteso non solo nella dimensione statica dell'assenza di malattia, ma anche dinamica nel senso di benessere psico-fisico necessario per la vita quotidiana e per le relazioni sociali (artt. 138-139 cod. ass.). Non solo: una grave compromissione della salute limita il «diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali» (art. 2 Cost.) e, di conseguenza, incrina fortemente il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

⁵⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁵¹ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., afferma con altre parole che l'evento di danno è costituito «dalla individuazione di sintesi della "nascita malformata", intesa come condizione dinamica dell'esistenza riferita ad un soggetto di diritto attualmente esistente (...)».

⁵² Da ciò si desume l'inutilità del riconoscimento della soggettività al concepito a fini di tutela. Il danno è chiesto dal nato, quindi da un soggetto dotato di capacità di agire. La giurisprudenza di legittimità più recente ha accolto questa impostazione (cfr. *infra* nota 54).

⁵³ Cfr. *supra* nota 19.

Ancora: l'inaspettata nascita handicappata altererebbe la vita familiare, rendendo più difficile «la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dagli artt. 30 e 31 Cost.». Più in generale essa lederebbe «la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione e mantenimento dei figli» (art. 29 Cost.).

La Cassazione è convinta - e lo sottolinea nella sentenza - di aver trovato la chiave di volta che giustifica la risarcibilità del danno al nato malformato, rispetto al contrapposto orientamento che identifica l'evento di danno nella nascita o nell'handicap di per sé. Il risarcimento consente al minore - è ancora la Suprema Corte a parlare - «di alleviare la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del costituente (...)».

Non sembra proprio che sia così. È indubbiamente nel giusto la Cassazione nell'escludere la necessità del riconoscimento al nascituro della soggettività per attribuirgli tutela⁵⁴. Ma essa non coglie nel segno quando ritiene che il medico abbia violato gli artt. 2, 29, 30, 31 e 32 della Costituzione e che, perciò, debba essere risarcito il danno al nato.

Siffatto esito ermeneutico che intravede la lesione di più diritti del nato (non già del nascituro),

⁵⁴ Ritengono inutile ricorrere alla soggettività per tutelare il concepito: Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit. e Cass., 5.5.2011, 9700, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 12, 1272 ss., con nota di E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*, in tema di danno subito dal nato per l'uccisione del padre avvenuta durante la gravidanza. Anche la Corte di Giustizia UE, 18.10.2011 - Causa C-34/10, in *Guida al dir.*, 2011, 44, 15 ss., evita ogni riferimento alla categoria della soggettività, preferendo la tecnica del bilanciamento quando la protezione dell'embrione confligge con altri interessi (il caso riguardava la brevettabilità di un'invenzione con impegno di cellule staminali dell'embrione). Per una diversa impostazione cfr. Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit. e Cass., 22.11.1993, 11503, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 403 ss., con nota di E. IORATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 690 ss., con nota di V. Z. ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*; in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550 ss. con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, che qualifica il nascituro «centro di interessi giuridicamente tutelato» e accoglie, a tutela del nato malformato, la soluzione del contratto con effetti protettivi a favore dei terzi, per superare il problema della mancanza della capacità giuridica del nascituro. Cfr. anche G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., 798

Già alcuni Maestri del diritto avevano escluso la necessità di ricorrere alla soggettività: P. RESCIGNO, voce *Nascita*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 12, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 137, P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 438 ss; ID., *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 149 ss. Più di recente anche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 61-67, ha escluso la necessità del criterio qualificante della soggettività per accordare tutela all'embrione.



per non rimanere mera precomprensione, deve essere assoggettato al controllo alla stregua dei principi, dei valori e delle regole fondanti il sistema della responsabilità civile⁵⁵. Quello del controllo è un profilo decisivo della teoria dell'interpretazione, già autorevolmente richiamato in un'opera classica degli studi giuridici⁵⁶.

Da valutare sono anche le conseguenze della soluzione cui si perviene⁵⁷, accogliendola solo ove essa si mostri ragionevole⁵⁸ o, come anche si è detto,

⁵⁵ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, 109 ss., in questo prezioso volume in cui compone magistralmente il dissidio teorico tra Betti e Gadamer sull'interpretazione, torna sul tema del controllo della soluzione prospettata dall'interprete, quale momento indispensabile della scientificità dell'esito ermeneutico. Più specificamente sul punto P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 323 ss.

⁵⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 141, considera l'interpretazione atto creativo, non arbitrario, solo se essa rispetti sia il vincolo della «totalità del sistema giuridico, quale organica concatenazione di norme», sia le «esigenze dell'ambiente sociale e de' rapporti in questione». Anche qualora sia necessaria un'etero-integrazione di norme lacunose, l'interprete deve far sì che la soluzione giusta del caso dubbio sia «in armonia con l'intima coerenza dell'ordine giuridico» (p. 309). A dire il vero, non sembra che la sentenza della Cassazione n. 16754/2012 possa superare questo vaglio di coerenza sistematica.

⁵⁷ G. BARALIS-P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 1, 39 ss. Altri Autori hanno riscontrato un certo protagonismo della giurisprudenza, in cui predomina la soluzione a effetto a scapito della coerenza e della ragionevolezza del discorso giuridico. I giudici, talvolta, secondo A. GAMBARO, *Le funzioni smarrite della responsabilità*, in *Il danno risarcibile*, a cura di Vacca, Napoli, 2011, 325 ss., tendono «a favorire la redistribuzione della ricchezza per guadagnare consenso sociale, trascurando l'obbligo di coerenza complessiva del sistema *juris*». Cfr. anche V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss. Ma del resto, di recente, S. RODOTÀ, *Se sui diritti civili il Parlamento va contromano*, in *Corriere della sera*, 17.8.2014, constata che «negli ultimi venti anni la tutela dei diritti è stata garantita quasi esclusivamente dai giudici costituzionali e ordinari (...) mentre il Parlamento cercava di ridurne illegittimamente l'ampiezza o rimaneva colpevolmente silenzioso». In questa situazione sembra da accogliere l'invito di N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, 57 ss., alla classe politica a recuperare un'ideologia, cioè «un'unità di pensiero e azione», per affrontare secondo un disegno unitario e duraturo i problemi della nostra società. Solo così si può vincere il dominio contingente del pragmatismo («dell'agire giorno per giorno, e ora per ora»), sospiando il diritto dell'oggi verso un futuro lontano.

⁵⁸ M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, 2012, *passim*, riprende e sviluppa gli studi più autorevoli sul concetto di ragionevolezza (in particolare quelli di G. Zagrebelsky, A. Sandulli e di R. Dworkin). La decisione, in sintesi, è ragionevole se soddisfa quattro distinti criteri, ampiamente sviluppati da La Torre: 1) coerenza logica, 2) efficacia empirica, 3) coerenza sistematica e assiologica, 4) proporzionalità.

dopo averne valutato le «reazioni e le ripercussioni pratiche»⁵⁹.

7. Gli ostacoli non rimossi: mancanza del nesso causale e insussistenza del diritto di non nascere se non sano.

L'aspetto giuridico più delicato del danno lamentato dal nato per omessa diagnosi della malattia congenita è, certamente, quello del nesso di causalità materiale. L'handicap in sé considerato non è cagionato dalla condotta omissiva del medico, il quale, pertanto, non può essere ritenuto responsabile di alcun danno-conseguenza subito dal nato. Tuttavia la Cassazione, nella sua pronuncia più recente⁶⁰, ha ritenuto superabile questo semplice ma granitico argomento.

L'evento di danno, come si diceva, secondo la Suprema Corte, non deve essere ravvisato nella nascita né nell'handicap in sé per sé, ma nel dover vivere diversamente abile. Tale evento si porrebbe quale *conseguenza immediata e diretta* della condotta omissiva del medico; conseguenza mediata da un altro fatto, necessario nella sequenza causale, rappresentato dalla decisione della donna di interrompere la gravidanza.

In altri termini: se il medico impedisce alla donna di abortire il nascituro malformato, allo stesso deve essere imputato il tipo di esistenza che è costretto a condurre il nato. È la qualità negativa della vita a rappresentare il danno che - si legge nella sentenza *de qua* - «appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, [giacché] una condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto si come espressamente dichiarato al medico nel caso di specie». Del resto - continua la pronuncia - un eventuale futuro mutamento di decisione in ordine alla programmata interruzione della gravidanza deve essere confinato «nella dimensione dell'improbabile».

Svolte queste considerazioni, la sentenza compie un altro passo, sostenendo «la equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell'errore medico che non abbia evitato l'handicap evitabile [ad esempio prescrivendo una terapia farmacologica], ovvero che tale handicap abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza n. 10741/2009)⁶¹ e l'errore

⁵⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 93, scrive della drammatizzazione dell'esito interpretativo, quale raffigurazione cui l'interprete è tenuto.

⁶⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

⁶¹ Il caso sotteso alla pronuncia della Cass., 11.5.2009, n. 10741, cit., riguardava la prescrizione dannosa di un farmaco teratogeno (il Clomid) che aveva determinato gravissime mal-



del medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata [geneticamente] (evitabile, senza l'errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da un'espressa disposizione di legge)».

Il significato di queste parole è chiaro: come si imputa al medico la lesione della salute del nascituro, cagionata da una sua condotta negligente, parimenti deve essergli imputata la nascita di un soggetto portatore di una malattia genetica colpevolmente non rilevata. Anzi, più esattamente, ciò che è da imputare al medico sarebbero le conseguenze negative sull'esistenza dello stato di infermità. È la futura vita handicappata a dover essere «tutelata, rispettata e alleviata per via risarcitoria».

Questo ragionamento non è condivisibile, stante la diversità dei casi concreti indebitamente accostati dalla Cassazione⁶². Sostenere che l'evento dannoso non è la nascita di per sé, ma la condizione di vita che la malattia determina, non rende certo esistente il nesso causale. Se il medico non ha cagionato la malformazione, egli non può essere ritenuto responsabile neppure dell'esistenza ingrata del nato, in conformità all'art. 40, co. 1, c.p. Infatti, anche se il medico avesse rilevato la malattia congenita, non vi sarebbe stata alcuna situazione alternativa per il nascituro, se non la non nascita. Perciò ritenere sussistente il nesso causale è una palese forzatura, come hanno ravvisato diversi studiosi⁶³.

formazioni al feto. Il medico è stato ritenuto responsabile (art. 1176 co. 2 c.c.) dell'evento di danno, legato direttamente alla propria condotta commissiva, senza la mediazione di un altro fatto.

⁶² N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale inesatta e responsabilità del medico*, cit., 583-584, giustamente sottolinea la diversità tra le ipotesi in cui il medico, da un lato, leda la salute del nascituro o fallisca la sterilizzazione, dall'altro, non diagnostichi, pur essendogli stato richiesto, una malattia congenita che affligge il nascituro.

⁶³ F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 1525; D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il «danno da procreazione» si «propaga» al procreato*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 796 ss. Entrambi questi Autori hanno aspramente criticato la Cassazione e anche due Autrici non l'hanno condivisa. Secondo N. MUCCIOLI, *op. cit.*, 587-588, ritenere esistente il nesso causale attraverso il medio del mancato aborto rappresenta un impiego «davvero peculiare dello stesso». E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile*, cit., non esita a definire la soluzione della Cassazione «fragile sul piano tecnico», come lo era l'*arret Perruche*. La Palmerini, tuttavia, argomenta la risarcibilità del danno, traendo un interessante spunto dal caso Englaro. Esisterebbe, secondo l'Autrice, un diritto ad una vita degna ed accettabile, per cui, in casi estremi, deve ritenersi rilevante l'interesse a non nascere, filtrato, naturalmente, dalla decisione della madre.

È dubbio però che l'interprete possa ritenere esistente l'interesse a non nascere, sia pur in casi eccezionali. Nel caso Englaro, la decisione di non vivere in una determinata condizione fisica proveniva dalla stessa paziente (la Englaro). La

Forzatura di nuovo presente quando la Cassazione nega che la risarcibilità del danno al nato postuli il diritto di non nascere se non sano. In verità è proprio questo diritto a venire in rilievo nella logica risarcitoria. Riconoscere una somma di denaro al fine di alleviare la futura vita handicappata esige di prefigurare null'altro che il diritto a non esistere, essendo impossibile nella specie vivere senza l'anomalia genetica. L'alternativa sarebbe soltanto la non vita.

Come negare che il nato otterrebbe il risarcimento proprio perché il medico, avendo precluso l'aborto, ha leso il diritto di non nascere? Il che, come sappiamo, è giuridicamente insostenibile.

Quest'ostacolo non sembra superabile ritenendo che i beni lesi siano la salute, la personalità e l'ambiente familiare sereno di cui sarebbe titolare il nato. A ben vedere non vi è lesione di questi beni; è la malattia congenita di cui il medico non è responsabile a causare conseguenze negative quali, indubbiamente, il vivere male, l'impossibilità di sviluppare la propria personalità e di beneficiare di un contesto familiare sereno.

Diverso è il caso in cui il nato si dolga di un danno alla salute cagionatogli dal medico durante la gravidanza. Solo qui è possibile il raffronto tra una condizione antecedente e un'altra successiva al comportamento del sanitario.

Insomma affermare che la responsabilità civile possa alleviare la futura vita handicappata *ab origine* lascia del tutto irrisolto il problema del diritto leso⁶⁴. Certamente chi è costretto a vivere una condizione esistenziale penosa deve essere sostenuto. Ma allora appare più equilibrata e rispettosa delle funzioni e della struttura della responsabilità civile la proposta di un autorevole dottrina, secondo la quale occorrerebbe un «generale intervento pubblico di solidarietà sociale»⁶⁵ nei confronti di chi, a causa

Cass., pertanto, in quella vicenda, in coerenza con talune regole e principi, ha ammesso la rilevanza di una valutazione soggettiva della vita dignitosa. Nell'ipotesi della malattia congenita, invece, ammettendo la risarcibilità del danno al nato, l'interprete fisserebbe due regole: 1) in certi casi la vita, oggettivamente, non può essere considerata dignitosa (ciò sarebbe stabilito dal giudice); 2) il medico, negligente nell'informare, è il soggetto su cui deve ricadere l'obbligo risarcitorio, al fine di alleviare le pene esistenziali.

⁶⁴ G. CRICENTI, *Meglio non essere mai nati? Il diritto a non nascere rivisitato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 320 ss., è di avviso contrario. Egli ritiene che il diritto di non nascere se non sano non venga in rilievo, come dimostrerebbe - se si è ben inteso il ragionamento dell'Autore - la risarcibilità del danno ai genitori per violazione del diritto di abortire della gestante. Ma in quest'ultima fattispecie, il diritto leso esiste; il nato, invece, non sembra poter vantare la lesione di un diritto a fondamento della domanda risarcitoria nei confronti del medico.

⁶⁵ F. D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, cit., 1526. G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, 3, 186, parimenti, nell'ambito di una riflessione più



della negligenza medica, debba sopportare una vita atroce predestinata (arg. ex artt. 38 Cost. e 34, co. 1, Carta diritti fondamentali dell'UE).

È dunque un problema politico, la cui soluzione non sembra possa essere demandata al giudice, il quale si sostituirebbe al legislatore. Opinando diversamente come ha fatto la più recente Cassazione, oltretutto, si sarebbero dovute considerare le conseguenze sullo stato del mercato, consistenti verosimilmente nell'aumento dei premi assicurativi, l'impatto sul problema della medicina difensiva, probabilmente aggravato, e, non ultimo, il rispetto del principio sistemico di coerenza⁶⁶ che pare proprio disatteso.

Siffatta impostazione attenta a tutti questi profili non vuole certo rappresentare un anacronistico ritorno a una visione «inflexibilmente positivista del diritto»⁶⁷, né disconoscere la rilevanza dei valori⁶⁸ e dei principi, capaci di «promuovere e di svi-

ampia sui diritti, suggerisce di «puntare su un ruolo forte della solidarietà (...) per rintracciare i legami che possono unire e consolidare una società». Ad attuare questo valore sono chiamati il legislatore e il giudice «nei rispettivi ruoli non facili da fissare». Vero è – soggiunge Vettori – che entrambi questi soggetti devono essere capaci, per non tradire la funzione del diritto, di «opera[re] una valutazione sistemica fra istanze soggettive e interesse generale commisurato al tempo in cui viviamo». A volte la giurisprudenza teorica non si è mostrata sensibile a questo delicatissimo profilo, nel nome di una esasperata risposta risarcitoria.

⁶⁶ G. BARALIS-P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca*, cit., 42 e 44, ritengono che la scelta della soluzione più ragionevole dipenda dall'aver valutato una serie di elementi tra cui, oltre a quelli già indicati nel testo, talune considerazioni: logico-deduttive-induttive, di tipo storico e consequenzialiste alla luce dei valori del sistema. Anche G. PASSAGNOLI, *Ossimori del civilista*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 296-298, valorizza questi elementi per risolvere il problema del diritto intertemporale, senza cedere a rigide soluzioni formalistiche.

⁶⁷ P. GROSSI, *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Contr. impr./Europa*, 2013, 2, 693, stigmatizza, com'è noto, tale visione. Anche N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri-A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, 337 ss., critica il positivismo e le filosofie analitiche e linguistiche, impostazioni, queste, lontane dal «bisogno di concretezza storica», sempre più avvertito dalla seconda metà del secolo scorso. Irti si sofferma anche sui problemi lasciati irrisolti dalla crisi del positivismo e perviene, com'è noto, a ravvisare nella volontà il fondamento ultimo dei valori.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *I Valori e il sistema ordinamentale aperto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1, 1 ss., nel ritornare sul tema della giuridicità e prendendo spunto da uno scritto di P. Femia intitolato «Segni di valore», distingue tra valori e principi. Entrambi, secondo Perlingieri, sono «necessari al funzionamento del sistema giuridico». I primi, anche se non ancora recepiti in regole o in principi, possono avere la forza di introdurre una regola «diversa e incompatibile» con altra regola vigente (p. 6). Naturalmente siffatto esito deve essere giustificato dall'interprete.

luppare la tutela dei diritti fondamentali»⁶⁹. Ma l'utilizzo dei valori e dei principi non può smarrire il rigore e la complessità dell'argomentazione giuridica, pur nella dimensione, ricca di implicazioni, della contemporaneità del giurista⁷⁰.

8. La irrisarcibilità del danno da malattia congenita in ragione della nozione giuridica di danno.

Sotto il profilo della nozione giuridica di danno emergono altre criticità dell'orientamento favorevole alla risarcibilità del danno a chi è nato con una patologia congenita non diagnosticata. Ci si deve domandare se il nato possa davvero sostenere di aver subito un danno⁷¹.

Le codificazioni moderne, com'è noto, hanno respinto la concezione materiale o naturalistica del danno, inidonea a risarcirlo integralmente⁷². La visione statica del patrimonio e ancor prima dell'economia, sottesa a tale impostazione, precludeva di apprezzare appieno l'interesse leso, valutando tutte le propagazioni dannose della condotta. L'art. 1223 c.c. presuppone, invece, una concezione diversa di patrimonio, come dimostra il riferimento al lucro cessante⁷³.

Questo passaggio è stato favorito dalla dottrina tedesca della *Differenzhypothese* (ipotesi della differenza). La quale ha accolto un concetto giuridico di patrimonio comprensivo non solo di diritti su beni, ma anche delle utilità che da questi ultimi avrebbero potuto trarsi. Il danno è dato perciò da una perdita apprezzabile, che si calcola quale condizio-

⁶⁹ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 689, sottolinea come l'applicazione giudiziale dei principi rappresenti il «messaggio giuridico» del diritto europeo.

⁷⁰ G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo. Dalla Cedu al trattato di Lisbona*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 131, riprende un saggio di G. Benedetti («La contemporaneità del civilista») e sottolinea che essere un giurista contemporaneo non significa cedere ad una sapienza estemporanea e oscura. Significa, invece, muovere dalle cose e dai fatti, non farsi irretire dalle categorie giuridiche e applicare i principi e le clausole generali, senza rinunciare alla fatica sottesa alla elaborazione di un concetto nuovo.

⁷¹ Naturalmente questo interrogativo ha senso solo ove si ammetta che la condotta del medico abbia violato un diritto del nato. La Cassazione (n. 16754/2012) ne è convinta; anzi, come si ricordava nel § precedente, il medico lederebbe più diritti del nato affetto da una malattia congenita non diagnosticata.

⁷² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 220, ricorda la concezione naturalistica del danno, secondo cui per «danno deve definirsi ogni forma di pregiudizio e/o di alterazione in peggio di un bene o di un interesse, riferiti a un determinato soggetto». Il limite di essa sta nel riportare il pregiudizio unicamente al singolo bene, considerato esclusivamente della sua dimensione fisica.

⁷³ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 111 ss.



ne differenziale in cui si trova non il singolo bene, bensì il patrimonio complessivo del soggetto prima e dopo il verificarsi del fatto dannoso⁷⁴.

La teoria in parola si rapportava, però, soltanto ai danni patrimonialmente valutabili⁷⁵, restando esclusa ogni valutazione del pregiudizio agli interessi non patrimoniali. Tale limite è stato superato dalla teoria normativa, secondo la quale il danno esiste solo quando ricorrono i presupposti stabiliti dalla legge⁷⁶. Il concetto materiale-naturalistico di danno non perde rilievo, ma «è delimitato e orientato dall'impronta normativa»⁷⁷ che seleziona un interesse giuridicamente rilevante.

Se il danno è una perdita (calcolabile), un'alterazione *in peius*, esso non può identificarsi, almeno tendenzialmente, con la lesione dell'interesse (si pensi, tra l'altro, ai cosiddetti illeciti non dannosi)⁷⁸. Piuttosto, secondo la dottrina più moderna⁷⁹, il danno è il risultato di una fattispecie complessa, composta dal fatto illecito e dalle conseguenze dannose (*id est*: i danni risarcibili)⁸⁰. Si distinguono, perciò, due piani: l'evento e le conseguenze pregiudizievoli, anche se queste ultime, in

quanto effetti della fattispecie, non sono mai radicalmente scindibili dai loro presupposti⁸¹.

È questo, com'è noto, l'impianto della responsabilità civile, sia *sub specie* di danno patrimoniale che non patrimoniale⁸². Ciò che muta è la funzione della responsabilità: compensativa ossia riparatoria di una perdita economica, nel primo tipo di danno⁸³, solidaristico-satisfattiva, nel secondo tipo. Ma immanente ad ogni danno è la possibilità di un confronto tra una situazione antecedente e una successiva. Vi deve essere una «perdita» - ed eventualmente un «mancato guadagno» - come stabilisce l'art. 1223 c.c., disposizione richiamata dall'art. 2056 c.c.

Non è un caso che l'irrisarcibilità del danno tanatologico sia stata argomentata dalla Corte Costituzionale sulla base di «un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una *perdita* cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a *perdite*»⁸⁴.

⁷⁴ P. TRIMARCHI, cit., 113 ss.; C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1206 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 226, rileva che uno dei principali meriti di questa teoria è di «tener conto, oltre che dei vantaggi prodotti dal fatto dannoso (ad es. risparmio di spese per un ricovero in clinica), anche di quelle che [sono state] definite le conseguenze ulteriori negative». La *Differzhypothese* (o *Differenztheorie*), codificata nel § 249 BGB, è stata criticata dalla dottrina tedesca, la quale osserva come dalla prassi è emerso che il giudizio sull'esistenza di un danno riguarda i valori in gioco e non la mera sottrazione fra due entità patrimoniali (cfr. *amplius* S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, in *Digesto*, 1989, 93).

⁷⁵ S. PATTI, voce *Danno patrimoniale*, cit., 93, sottolinea come il danno in senso naturalistico rappresenti soltanto uno degli elementi per la costruzione del danno patrimoniale. Insomma il concetto di danno patrimoniale non coincide con la lesione materiale, come dimostra la risarcibilità del lucro cessante. Non che la *Differenzhypothese* trascurasse la lesione di diritti della persona, ma la lesione, per essere rilevante, doveva produrre conseguenze pregiudizievoli economicamente valutabili.

⁷⁶ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale*, cit., 1211-1213; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 600 ss.

⁷⁷ E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 107.

⁷⁸ G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, cit., 98-101. L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, 30 ss., ripercorre le diverse impostazioni sulla nozione giuridica di danno, sottolineando la diversità tra illecito e danno.

⁷⁹ E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 101-109, dopo aver confutato la teoria che ascrive il danno alla lesione dell'interesse, ricostruisce, in modo convincente, il danno come fattispecie complessa.

⁸⁰ L'art. 2:101 dei *Principles of European Tort Law* stabilisce che «Il danno postula una lesione materiale o immateriale ad un interesse giuridicamente protetto». Emerge, quindi, la scissione tra situazione giuridica soggettiva lesa e conseguenze pregiudizievoli della lesione.

⁸¹ *Amplius* sul punto E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 105 ss., la quale mostra questo collegamento tra fattispecie ed effetti sotto il profilo della quantificazione del risarcimento.

⁸² C. SALVI, voce *Danno*, in *Digesto*, 1989, 68. Sulle funzioni tradizionali e su quelle nuove della responsabilità civile cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 131 ss.

⁸³ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 703-704, osserva come il danno non possa essere cancellato ma solo riparato per equivalente o in forma specifica. «Poiché il danno si è verificato, e non può essere cancellato, con il risarcimento si compensa la vittima della perdita tanto da ripristinare giuridicamente lo *status quo ante*». Il danno, soggiunge l'Autore, non si identifica con la lesione del bene in sé - bene stimabile con i valori di mercato - «ma con le conseguenze tipiche, economicamente valutabili, che si riflettono negativamente nel patrimonio del danneggiato, seppur inteso in senso lato. (...) il risarcimento ripristina la situazione esistente prima del fatto solo in termini giuridici, avvalendosi della equiparazione tra danno cagionato e danno da risarcire. Ragion per cui l'obbligazione risarcitoria è sempre un surrogato *rispetto alla situazione pregressa modificata*: si rappresenta in una serie di utilità sostitutive idonee a compensare la vittima della *perdita*» [corsivo mio]. Trattandosi di compensazione non si può ritenere che la vittima dell'illecito si arricchisca attraverso il risarcimento.

⁸⁴ Corte cost., 27.10.1994, n. 372 (rel. L. Mengoni), in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*, e in *Giust. civ.*, 1994, I, 3035, con nota di F. D. BUSNELLI, *Tre «punti esclamativi», tre «punti interrogativi», un «punto e a capo»*. Una recente pronuncia della Cassazione, pur ammettendo, con un *revirement*, la risarcibilità (al soggetto defunto) del danno da perdita immediata della vita, ha confermato comunque la validità del principio secondo cui, generalmente, il ristoro economico necessita di una conseguenza dell'ingiustizia del fatto. Si legge infatti in Cass., 23.1.2014, n. 1361, cit., che qualora sia stato leso un diritto inviolabile diverso dalla vita, «il danno (...) non può considerarsi *in re ipsa*, risultando altrimenti snaturata la funzione del risarcimento, che verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno bensì quale pena privata per un comportamento lesivo». La risarcibilità del danno da perdita della



Ancora: nella casistica del danno non patrimoniale si riscontrano sempre delle perdite (da risarcire), come ad esempio la lesione del profilo relazionale della vittima, la privazione o la modificazione del rapporto parentale o i disagi psicofisici che conseguono al mancato godimento in tutto o in parte della vacanza programmata⁸⁵. Si aggiunga che il recente recupero giurisprudenziale del danno esistenziale si è avuto sul piano delle conseguenze prodotte dalla lesione di un diritto inviolabile.

In definitiva, con riguardo al nato colpito da una tara ereditaria, non può dirsi che la condotta omissiva del medico abbia determinato una perdita⁸⁶, una diminuzione o una privazione di qualcosa. Non è apprezzabile alcuna situazione modificata, il che, come si è appena visto, costituisce l'essenza di ogni danno, sia patrimoniale che non patrimoniale. È il cambiamento della realtà, quale effetto diretto della condotta, a giustificare la risarcibilità del danno.

La vita difficile, sofferente e con minori opportunità di evolversi è una condizione connaturata ad una persona handicappata dal concepimento, il che costituisce l'antitesi del danno. Si dovrebbe pertanto confermare la saldezza dell'argomento espresso dall'orientamento più risalente della Cassazione sui danni da malattia congenita, secondo cui va negata la risarcibilità al nato, difettando un danno in senso giuridico⁸⁷.

Questa conclusione rimane insuperata anche ove si invochi il contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Il nascituro, come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità⁸⁸, è sì protetto da tale contratto, ma, per aversi responsabilità del soggetto i-

vita deve essere ammessa - sostiene la Cass. - necessariamente in termini di eccezione al principio della irrisarcibilità del danno-evento.

⁸⁵ Cass., 11.5.2012, n. 7256, in *www.cassazione.net*, in tema di danno non patrimoniale da «vacanza rovinata», conferma il duplice piano dell'inadempimento del contratto e del danno non patrimoniale risarcibile, sebbene ritenga che «la raggiunta prova dell'inadempimento del contratto esaurisce in sé la prova anche del verificarsi del danno, atteso che gli stati psichici interiori dell'attore, per un verso, non possono formare oggetto di prova diretta e, per altro verso, sono desumibili dalla mancata realizzazione della finalità turistica (che qualifica il contratto) e dalla concreta regolamentazione contrattuale delle diverse attività e dei diversi servizi, in ragione della loro essenzialità alla realizzazione dello scopo vacanziero».

⁸⁶ M. BONA, voce *Danni al nascituro e da procreazione*, cit., 618, afferma che nel caso della nascita con una malattia ereditaria, il nato non ha subito alcuna privazione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento. «Una corretta e tempestiva diagnosi non avrebbe consentito al soggetto di nascere sano, ma solo, eventualmente, di non venire alla luce per effetto della scelta della gestante di interrompere la gravidanza». Rileverebbe perciò il diritto di non nascere se non sano che, come si è già detto, non trova spazio nel nostro ordinamento.

⁸⁷ Cass., 20.7.2004, n. 14488, cit.

⁸⁸ Cass. 10.5. 2002, n. 6735, cit., Cass., 22.11.1993, n. 11503, cit.

nadempiante nei confronti del nato, vi deve essere un diritto leso e un danno. Né l'uno né l'altro sono riscontrabili, come si è cercato fin qui di dimostrare, nella fattispecie concreta della malattia congenita non diagnosticata⁸⁹.

9. Natura della responsabilità per omessa informazione e onere della prova.

L'omessa informazione sugli esami o sui trattamenti cui il paziente avrebbe dovuto sottoporsi è un fatto che può generare equivoci sulla qualificazione della natura della responsabilità del medico. A primo acchito la fase informativa fa pensare allo spazio delle trattative, prima del sorgere delle obbligazioni contrattuali o da contatto.

È convinzione di chi scrive che non si possa ricondurre l'erronea o difettosa informazione alla fase precontrattuale⁹⁰. Opinare diversamente postula ritenere prestazione professionale soltanto quella concernente il trattamento terapeutico o chirurgico. Ma è evidente come in tal modo si svilisca il dovere informativo del professionista, travisando, nello specifico, la relazione medico-paziente.

È noto come il contatto sociale generi obbligazioni nell'ambito delle professioni protette. Altrettanto diffusa è la consapevolezza che fonte di obbligazioni possano essere anche i principi di rango costituzionale come la salute⁹¹. Ora l'informazione medica, resa generalmente dopo la diagnosi o dopo la valutazione del paziente, presuppone un rapporto che non può essere confuso con quella generica «interferenza tra sfere di azione»⁹², caratterizzante la responsabilità aquiliana. Tra medico e paziente si

⁸⁹ Non si può, pertanto, condividere l'affermazione della Cassazione, contenuta nella sentenza n. 9700/2011, secondo cui «sembra del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico».

⁹⁰ Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913 ss., con nota di E. SCODITTI, *Chirurgia estetica e responsabilità contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 ss., con nota di G. FERRANDO, *Chirurgia estetica, consenso informato e responsabilità del medico*; Cass., 15.1.1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, 772 ss., con nota di A. PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, afferma che «l'obbligo di informazione da parte del sanitario assume rilievo nella fase precontrattuale, in cui si forma il consenso del paziente al trattamento o all'intervento, e trova fondamento nel dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.; Cass. 26.3.1981, n. 1773; 12.5.1982, n. 3604; 25.11.1994, n. 10014)»; Cass., 30.7.2004, n. 14638, in *Guida al dir.*, 2004, 36, 51.

⁹¹ Lo ricorda la Cassazione nella notissima sentenza n. 589/1999.

⁹² C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*



instaura una relazione specifica e costante che costituisce l'essenza del rapporto obbligatorio⁹³.

Esattamente la più recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che «l'intervento del medico, anche solo in funzione diagnostica, dà comunque luogo all'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale»⁹⁴. Perciò l'obbligo di informare circa le conseguenze di un intervento chirurgico, di una terapia o su quali siano gli esami più efficaci per escludere certe tare genetiche del nascituro ricade nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio⁹⁵.

⁹³ C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 66, individua nella relazione la differenza essenziale tra la responsabilità aquiliana, in cui pure vi può essere un dovere di rispettare una regola specifica nei confronti di certi soggetti (si pensi agli obblighi nei confronti del pedone che attraversa sulle strisce pedonali) e la responsabilità per inadempimento del contratto. Si vedano pure le lucide riflessioni di G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 81 ss.

⁹⁴ Cass., 9.2.2010, n. 2847, cit.; Cass., 8.7.1994, n. 6464, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 2, 342 ss., con nota di D. CARUSI, *Fallito intervento di interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione; il «danno da procreazione» nella giurisprudenza italiana e nella esperienze straniere*; Cass., 29.3.1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, 1, 1, 1980, *leading case*, afferma che «la responsabilità del medico per aver praticato un intervento chirurgico, senza la preventiva doverosa informazione del paziente sui possibili rischi ed effetti dell'intervento medesimo, non configura un'ipotesi di responsabilità precontrattuale. Invero, la prestazione professionale del chirurgo, cui il cliente si affida per il superamento di una determinata affezione o quadro patologico, comporta sempre e necessariamente (anche nel caso in cui il paziente sia stato inviato al chirurgo da un medico generico) un'attività preliminare di diagnosi, al fine di stabilire l'opportunità o meno dell'intervento; ne consegue che l'indicato dovere di informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso del cliente, interviene dopo che, con l'attività diagnostica, è già iniziata l'esecuzione del contratto d'opera professionale, e, quindi, ha natura contrattuale, così come contrattuale è la responsabilità derivante dal suo mancato assolvimento[corsivo mio]». Più di recente secondo Cass., 27.11.2012, n. 20984, in *www.cassazione.net*: «è oramai principio incontestato che l'intervento stesso del medico, anche solo in funzione diagnostica, determini l'instaurazione di un rapporto di tipo contrattuale».

⁹⁵ Cass., 20.4.1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296; Cass., 11.2.2005, n. 2855 in *Contr. e impr.*, 2005, 2, 501 ss., con nota di M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*; Cass., 13.7.2005, n. 14739 e Cass., 6.8.2008, n. 21250, entrambe in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*; Cass., 18.9.2009, n. 20106, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. È consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui la buona fede, poiché costituisce strumento attuativo del principio della solidarietà, impone a ciascuna parte, sia durante le trattative che nell'esecuzione del contratto, di tenere comportamenti idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio interesse. Nell'esecuzione del contratto, la buona fede è in grado di produrre obblighi aggiuntivi a quelli previsti dal contratto stesso (cfr. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 ss.).

L'informazione implica, senza dubbio, una prestazione professionale da eseguire con la diligenza disciplinata dall'art. 1176, co. 2, c.c. E all'inadempimento dell'obbligo informativo si applicherà, non già l'art. 1337 c.c., ma l'art. 1218 c.c.

Non si può sottacere, tuttavia, che l'art. 3 co. 1 del d.l. 158/2012, convertito con la l. n. 189/2012 (c.d. legge Balduzzi), rubricato «Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie», abbia richiamato l'art. 2043 c.c. e non l'art. 1218 c.c. con riferimento alla responsabilità del medico ove manchi un contratto d'opera professionale col paziente. Tale «pericolosa ambiguità»⁹⁶ ha innescato un complesso dibattito dottrinale e una grave oscillazione della giurisprudenza pratica.

Sul punto preme solo rilevare come, in sintonia con diritto vivente⁹⁷, sia stata sostenuta l'interpretazione secondo cui il legislatore, nel rinviare, più esattamente, all'«obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», abbia operato sull'effetto (l'obbligo risarcitorio, appunto) e non sulla fattispecie (la natura della responsabilità)⁹⁸.

⁹⁶ G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 356.

⁹⁷ È notissima la giurisprudenza sulla natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente da una struttura ospedaliera, a partire dal *leading case* della Cassazione del 1999/589. In dottrina cfr. le ricostruzioni teoriche di A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 69 ss. (in part. p. 76), il quale pone a fondamento della responsabilità contrattuale del medico l'affidamento del paziente nella professionalità dello stesso medico, e di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 680 ss. In posizione a tratti critica rispetto a questi due Autori si pone R. DE MATTEIS, *La responsabilità del medico dipendente*, cit., 89 ss. Di recente cfr. Cass., 27.8.2014, n. 18304, in *www.cassazione.net*, ove, in un caso di responsabilità della struttura e del medico, si afferma che «anche nel campo della responsabilità extracontrattuale la colpa designa il modello di condotta, quale sforzo dovuto per la salvaguardia dell'interesse altrui in relazione alle circostanze concrete del caso, che il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti comuni della vita di relazione».

⁹⁸ Così G. VETTORI, *op. ult. cit.*, 356-357. D'accordo R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 786. Diversa è, invece, la posizione della R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 2014, 1, 132-137, secondo la quale l'art. 3 d.l. 158/2012 ha inteso «rivendicare autonomia alla responsabilità del medico rispetto a quella (contrattuale) della struttura». Sarebbe stato accolto «un sistema a doppio binario, in cui la responsabilità aquiliana del medico convive con la responsabilità contrattuale della struttura», quando il medico danneggia la salute del paziente curato nella struttura sanitaria. Per una sintesi dei più recenti disegni di legge sulla responsabilità medica, in cui effettivamente si punta sulla responsabilità della struttura, accantonando - così pare - la responsabilità da contatto sociale, cfr. C. SARTORIS, *La respon-*



Pertanto il medico dipendente dalla struttura sanitaria, anche nell'ipotesi di cui all'art. 3 appena citato, continuerebbe a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale, nonostante il riferimento all'art. 2043 c.c.

Ciò non esime da qualche considerazione sulla distribuzione dell'onere della prova con riguardo alla volontà abortiva della gestante, non correttamente informata sulle condizioni del feto.

Certamente per effetto della sentenza n. 13533/2001 della Cassazione a Sezioni unite, la donna (il creditore) dovrà provare soltanto la richiesta degli esami volti ad accertare eventuali malformazioni del nascituro. Spetterà al medico (il debitore) dimostrare di aver fornito tutte le informazioni del caso⁹⁹. Rimaneva un dubbio rilevante, risolto

sabilità del medico nell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi (l. 189/2012), in Persona e mercato, 2013, 4, 374-378.

In giurisprudenza cfr. Cass., 17.4.2014, n. 8940, in *www.ilcaso.it*, in cui si afferma che il legislatore, con l'art. 3 d.l. 158/2012, non ha «inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione» della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale. Da tale articolo non può desumersi «il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)»; piuttosto con esso il legislatore ha inteso escludere l'irrilevanza civile della colpa lieve (in ossequio al principio «*in lege aquilia et levissima culpa venit*»). Di conseguenza deve affermarsi la responsabilità contrattuale del medico anche nella fattispecie di cui all'art. 3 d.l. 158/2012 (*id est*: medico in colpa lieve che si è attenuto alle linee guida). In tal senso, sia pur in un *obiter dictum*, Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, 17, 25. D'accordo, con un'articolata motivazione, Trib. Cremona, 1.10.2013, n. 593, in *www.cassazione.net*, secondo cui il legislatore, col riferimento all'art. 2043 c.c., non ha inteso disciplinare il titolo della responsabilità diretta dei sanitari. Si argomenta, tra l'altro, dal fatto che l'art. 3 d.l. n. 158/2012 rinvia non già all'art. 2043 c.c. nella sua interezza, ma solo all'«obbligo» di cui al medesimo articolo, ossia esclusivamente al risarcimento del danno. *Contra*: Trib. Varese, 26.11.2012, in *Studio Legale-Leggi d'Italia on line*; Trib. Milano, 17.7.2014, in *www.cassazione.net*, secondo cui l'art. 3 co. 1 *de quo* ha accolto la responsabilità aquiliana solo con riguardo alla fattispecie ivi descritta. Si trae argomento dalle modifiche apportate al testo normativo in sede di conversione, dal tenore letterale della disposizione e dalla duplice finalità della legge Balduzzi: contenere la spesa sanitaria e contrastare il fenomeno della medicina difensiva. Ancora diversa è la posizione del Trib. Brindisi, 18.7.2014, in *www.cassazione.net*, secondo cui l'inciso «fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile» non sarebbe univoco nel senso di prevedere la sola responsabilità aquiliana. Di conseguenza, secondo il principio della cumulabilità dei rimedi, il danneggiato può agire con l'azione extracontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale.

⁹⁹ Cass., 27.11.2012, n. 20984, cit., in un caso in cui il paziente lamentava di non aver ricevuto informazioni sui possibili effetti collaterali della terapia suggerita, rileva che «l'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento - al fine di ottenere il necessario consenso all'esecuzione della prestazione terapeutica - costituisce un'obbligazione, il cui adempimento deve essere provato dalla parte che l'altra affermi inadempiente. Dunque dal medico a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente». Tornado al nostro tema,

dalla Cassazione più recente: se provata la volontà di sottoporsi agli esami prenatali, il giudice debba desumere, *sic et simpliciter* da tale circostanza, l'intento abortivo in caso di diagnosi di malformazioni.

La Suprema Corte distingue due ipotesi¹⁰⁰. La prima non presenta particolari problemi, giacché la donna prova non solo di aver richiesto gli esami volti ad accertare lo stato di salute del nascituro, ma anche di aver espressamente reso edotto il medico dell'intenzione di interrompere la gravidanza ove fossero state rilevate gravi patologie. Qui, evidentemente, l'omessa informazione lede il diritto di interrompere la gravidanza e cagiona i danni su cui ci siamo già soffermati.

Nella seconda ipotesi, invece, la gestante si limita a richiedere accertamenti sulla salute del feto, senza anticipare alcunché circa le proprie eventuali determinazioni ove dovessero emergere malattie congenite. Secondo l'orientamento giurisprudenziale che va consolidandosi¹⁰¹, la volontà abortiva non può essere desunta dalla sola richiesta degli esami diagnostici. I quali, se non espressamente funzionalizzati a individuare eventuali anomalie del feto, costituiscono solo un indizio isolato della decisione di interrompere la gravidanza.

Tale decisione (ipotetica) si prova attraverso il mezzo della presunzione, ma questa, per poter operare, deve essere delineata dalla parte attrice (*id est*: la madre) mediante *elementi probatori ulteriori* tratti dal caso concreto¹⁰². Tra essi la Suprema Corte ha

l'informazione sui test praticabili per accertare la salute del nascituro, per essere esauriente, deve indicare le percentuali di false negatività di ciascuno di essi. Solo così si consente alla gestante di scegliere davvero, in piena autonomia, a quale esame sottoporsi, anche in considerazione delle possibili controindicazioni sulla salute o sulla vita del nascituro.

¹⁰⁰ Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

¹⁰¹ Cass., 30.5.2014, n. 12264, in *www.cassazione.net*; Cass., 22.3.2013, n. 7269, in *Fam. e dir.*, 2013, 12, 1095 ss., con nota di C. AMATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*; Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit.

¹⁰² Cass., 2.10.2012, n. 16754, cit., pone esattamente in rilievo come limitarsi a inferire la volontà abortiva dalla sola richiesta di diagnosi di patologie genetiche rischia di «trasformare un giudizio risarcitorio (e la natura stessa della responsabilità civile) in una sorta di vicenda para-assicurativa *ex post* [in tal senso anche Cass., 22.3.2013, n. 7269, cit.], 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. Diverrebbe, in tal caso, vicenda processuale non incerta, ma già segnata *ab origine* nel suo vittorioso esito finale, quella che finisce per rendere automatico ogni risarcimento all'esito di una semplice richiesta nonostante la impossibilità della prova di un fatto negativo da parte del convenuto (la volontà di non abortire nonostante la diagnosi infausta». In sostanza, la donna non raggiunge la prova della volontà abortiva, limitandosi a dichiarare



indicato la gravità della malformazione non diagnosticata, le qualità personali dei soggetti coinvolti e i fattori ambientali e culturali.

Qualora, invece, non vi siano ulteriori elementi integrativi della presunzione, non si può gravare il medico della prova che la gestante, informata della malattia genetica del nascituro, non avrebbe abortito. Ciò in quanto il principio di vicinanza della prova e la difficoltà di provare un fatto negativo esigono di spostare sulla madre l'onere di avvalorare la presunzione della volontà abortiva.

Appena un cenno su un ultimo aspetto. L'informazione della gestante non è solo presupposto indispensabile dell'interruzione della gravidanza. Essa è decisiva affinché la coppia possa prepararsi psicologicamente all'arrivo di un figlio non sano. Di conseguenza, a prescindere dall'esistenza dei presupposti dell'aborto, la coppia, in caso di omessa informazione, è comunque legittimata a chiedere il risarcimento del danno per violazione del diritto a una procreazione cosciente e responsabile¹⁰³.

| 160



nel processo che, se fosse stata correttamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza.

¹⁰³ Cass., 17.7.2014, n. 16401, in *www.ilcaso.it.*, conferma il risarcimento del danno non patrimoniale cagionato alla donna in conseguenza della lesione del proprio diritto di essere informata sull'esistenza della gravidanza (fatto, questo, non comunicato dal ginecologo). Viene altresì confermato il mancato riconoscimento del danno patrimoniale, consistente negli oneri di mantenimento del figlio, poiché non vi era stata prova della volontà abortiva. Il diritto a una procreazione cosciente e responsabile è, dunque, diverso dal diritto di abortire, così come distinti sono i danni che possono derivare dalle lesioni dell'uno o dell'altro. Cf. anche Cass., 22.3.2013, n. 7269, cit.