

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.diritto civile contemporaneo.com

Anno III, numero I, gennaio/marzo 2016

«Nomina sunt consequentia rerum» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite, 22 dicembre 2015, n. 25767

Fabrizio Piraino

«Nomina sunt consequentia rerum» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite, 22 dicembre 2015, n. 25767

di Fabrizio Piraino

Sollecitate a pronunziarsi sul tema della distribuzione dei temi di prova in caso di danno da mancato esercizio dell'autodeterminazione in sede di gravidanza dall'ordinanza della terza sezione della Corte di Cassazione, 23 febbraio 2015, n. 3569 (in *Dir. civ. cont.* 9 marzo 2015, con nota di commento di G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite [per le ragioni sbagliate]*), le Sezioni unite si sono espresse con sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767, Rel. Spirito, Est. Bernabai, andando ben al di là della composizione del contrasto segnalato dall'ordinanza di rimessione.

La Suprema corte non si è limitata, infatti, a dirimere la divergenza di orientamenti sulla distribuzione dei temi di prova (non già – come in maniera assai scorretta si è soliti sostenere – sull'onere della prova, il quale è in primo luogo una regola di giudizio, che impone al giudice di non accogliere la domanda non sorretta dalla prova dei fatti su cui essa poggia: cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 377-378, ora in *Scritti*. II. *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano, 2011, 241; MICHELI, *L'onere della prova*, Milano, 1942, 165; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, rist. anast. Napoli, 2013, 11 ss.) e sulla legittimazione del nato all'azione risarcitoria, ma si è spinta sul terreno impervio dell'ampiezza della sua protezione giuridica per fatti dannosi verificatisi prima della nascita e della configurabilità di un danno in capo al nato con malformazioni congenite legato al mancato esercizio dell'interruzione di gravidanza.

Conviene seguire l'ordine della pronunzia e dapprima affrontare il nodo del c.d. danno da nascita indesiderata (*wrongful birth*), che è l'espressione infelice – e anche discutibile sul piano dell'igiene concettuale e linguistica – con cui si designa il

danno non patrimoniale subito dalla gestante per non essere stata posta in grado di autodeterminarsi nella prosecuzione della gravidanza specie in presenza di processi patologici, tra cui anomalie e malformazioni nel nascituro, che espongano a un grave pericolo la sua salute fisica o psichica, a causa dell'inadempimento del medico all'obbligo di un'adeguata informazione.

Soltanto poi si passerà a indagare la questione del c.d. danno da vita indesiderata (*wrongful life*), che è la formula – se possibile ancora più discutibile – con la quale si indica, invece, quella figura di danno massimamente controversa che da anni si tenta di accreditare come pregiudizio subito direttamente dal concepito a causa della mancata interruzione della gravidanza.

Va chiarito, già in sede preliminare, che il danno da vita indesiderata – designato anche come danno da violazione del «diritto a non nascere se non sano» – non ha nulla a che vedere con la lesione della salute del feto a causa di errori diagnostici o terapeutici del medico, la quale genera un danno sulla cui risarcibilità non si nutrono più dubbi. Alla figura del danno da vita indesiderata i genitori si appigliano per lo più nei casi di malformazioni o patologie genetiche del feto, quando cioè non è possibile invocare la responsabilità medica per danno alla salute del concepito, in quanto la patologia non è conseguenza di un inadempimento, ma congenita, e tuttavia quest'ultima non è stata rilevata dal medico, sicché si apre la via della contestazione di tale circostanza come inadempimento dell'obbligo di perita diagnosi e del conseguente obbligo di informazione sull'esistenza della patologia o della malformazione.

La controversia da cui muove la presa di posizione delle Sezioni unite riguarda proprio quest'ultima vicenda. Una gestante si affida alle cure di un'azienda ospedaliera per affrontare la gravidanza e il successivo parto; si sottopone ai rituali esami diagnostici in fase prenatale dai quali non emerge alcuna malformazione nel feto; la gravidanza viene quindi portata a termine con la nascita di una bimba affetta da sindrome di *Down*. I genitori agiscono in giudizio nei confronti della

direzione generale dell'azienda ospedaliera, nonché nei confronti del primario di ginecologia e del primario del laboratorio di analisi chimiche, medici dipendi dalla struttura ospedaliera, contestando l'errore diagnostico consistito nel non aver disposto gli approfondimenti nonostante che gli esami ematochimici effettuati alla sedicesima settimana abbiano fornito valori non rassicuranti.

La domanda concerne il risarcimento del danno subito tanto dai genitori per l'omessa informazione e, dunque, per l'espropriazione della possibilità di interrompere la gravidanza, quanto direttamente dalla piccola nata per le condizioni di vita in tal modo a lei inflitte. Uno dei medici eccepisce che i risultati degli esami non siano stati tali da sollecitare il sospetto della sindrome di *Down*. Il Tribunale di Lucca, prima, e la Corte d'Appello di Firenze, poi, respingono la domanda di risarcimento sia *iure proprio* sia in nome e per conto della figlia, ritenendo non assolto l'onere della prova con riguardo al danno *iure proprio* e addirittura non configurabile il pregiudizio con riferimento al presunto danno alla figlia nata malformata (la corte territoriale, errando, parla di carenza di legittimazione di quest'ultima; mentre in ballo è, ancora più a monte, l'ammissibilità del pregiudizio lamentato).

Il tema dell'individuazione dei fatti da provare in sede di azione risarcitoria per mancato esercizio dell'autodeterminazione nella fase della gravidanza è al centro dell'ordinanza che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni unite sulla base della constatata esistenza di un contrasto di orientamenti tanto sulla dimostrazione del nesso causale tra l'inadempimento del medico all'obbligo di più accurati accertamenti e la scelta della gestante di proseguire la gravidanza piuttosto che di interromperla, quanto sull'ulteriore profilo dell'esistenza delle condizioni per poter compiere l'interruzione dopo il decorso dei primi novanta giorni dal concepimento. Entrambi gli orientamenti muovono dalla comune premessa che gravi sulla gestante la prova della sussistenza dei presupposti per poter interrompere la gravidanza e della circostanza che, ove adeguatamente informata della malformazione, di tale possibilità ella si sarebbe avvalsa, ma ovviamente i due indirizzi divergono sul contenuto di tali temi di prova.

Il primo orientamento delinea la prova in termini particolarmente favorevoli alla gestante, esaltando l'assunto secondo cui va reputato ragionevole, perché altamente probabile, che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza se informata delle gravi malformazioni del feto (Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, Rel. Vittoria, in *Foro it.*, 2002, I, 3120 ss., con nota di R. SIMONE; in *NGCC*, 2003, I, 619 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*; e così anche: Cass., 29 luglio, 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3329 ss., con nota di A.L. BITETTO, nonché in *Corr. giur.*, 2004, 1431 ss., con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Danno resp.*, 2005, 379 ss., con commento di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*; in *Giust. civ.*, 2005, I, 136 ss., con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse* e L. FAMULARO, *Il danno ingiusto della nascita*, *ivi*, I, 2405 ss.; in *Fam. dir.*, 2004, 559 ss., con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*; e – più recentemente – Cass., 4 gennaio, 2010, n. 13, in *Danno resp.*, 2010, 697 ss., con commento di M. FEOLA, *La cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*; in *Contratti*, 2010, 662 ss., con commento di V. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito* e Cass., 13 luglio, 2011, n. 15386, in *Giust. civ.*, 2012, I, 408 ss., con nota di P. VALORE, *Diritto all'interruzione della gravidanza: obblighi informativi e responsabilità*).

Un tale orientamento ritiene che operi, pertanto, una presunzione generalizzata in forza della quale è sufficiente che la donna allegghi di essersi sottoposta ad analisi in fase prenatale per inferirne che ella si sarebbe avvalsa della facoltà di interrompere, se fosse stata adeguatamente informata della grave patologia o dell'anomalia del feto, dovendosi ritenere implicito in una tale allegazione anche il ricorrere delle condizioni prescritte dalla l. 22 maggio 1978, n. 194 e, in particolare, il grave pericolo alla salute psichica della donna (Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno resp.*, 2011, 382 ss., con commento di R. SIMONE,

Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale); in NGCC, 2011, I, 464 ss., con nota di commento di E. PALMERINI, *Il “sottosistema” della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*). Un accertamento probatorio più approfondito si rende necessario soltanto nel caso in cui controparte contesti la sussistenza dei presupposti per interrompere la gravidanza, poiché diviene allora necessario valutare sulla base del criterio del “più probabile che non”, corroborato dai dati di comune esperienza, se all’epoca della gravidanza, a seguito dell’informazione omessa dal medico a causa del suo inadempimento, si sarebbe sviluppato nella gestante un stato depressivo tale da esporre a grave pericolo la sua salute fisica o psichica.

Il secondo orientamento si rivela, invece, meno benevolo per la gestante, poiché esige una prova più specifica, ripudiando il meccanismo della presunzione generalizzata (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, Rel. Travaglino, in *Foro it.*, 2013, I, 204 ss., con nota di A.L. OLIVA, *Risarcimento del danno da nascita indesiderata: la legittimazione attiva spetta anche a chi nasce con malformazioni*; in *Corr. giur.*, 2013, 45 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Resp. civ. prev.*, 2013, 148 ss. con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; in *Contratti*, 2013, 563 ss., con commento di N. MUCCIOLI, *Diagnosi prenatale e responsabilità del medico*; in *Giur. it.*, 2013, 796 ss., con nota di D. CARUSI, *Revirement in alto mare: il “danno da procreazione” si “propaga” al procreato?* e di G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*; in NGCC, 2013, I, 1082 ss., con nota di commento di R. PUCELLA, *Legittimazione all’interruzione di gravidanza, nascita “indesiderata” e prova del danno*; in *Danno resp.*, 2013, 139 ss., con commento di S. CACACE, *Il giudice “rottamatore” e l’enfant préjudice* e di A. MASTRORILLI, *To be or not to be: comparare l’incomparabile*).

Questo indirizzo ritiene integrata la prova dell’esautorazione dalla facoltà di interrompere la gravidanza soltanto in presenza di un inequivocabile indice dell’intenzione della gestante di porre fine alla gravidanza in presenza di gravi

malformazioni del feto, come ad esempio l'esplicita e preventiva dichiarazione in tal senso della donna. In assenza, la mera richiesta di un accertamento diagnostico prenatale costituisce soltanto una singola presunzione semplice della volontà di interrompere la gravidanza e non già una presunzione generalizzata che, facendo leva su valutazioni di ordine statistico, istituisca l'equazione per cui in presenza della richiesta di accertamenti va desunta l'intenzione di ricorrere all'interruzione di gravidanza in presenza di anomalie del feto. Spetta, dunque, alla gestante-parte attrice l'onere di addurre ulteriori elementi di fatto in grado di caricare la richiesta di accertamenti di quel requisito di gravità e di univocità che da sola essa non esibisce (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. e Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno resp.*, 2013, 1076 ss., con commento di C. TRECCANI, *Richiesta di accertamento diagnostico e onere della prova: i primi punti fermi della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1506 ss., con nota di M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Nascita indesiderata per omessa diagnosi: onere della prova, interesse lesa e danno risarcibile*, in *Fam. dir.*, 2013, 1099 ss., con nota di C. AMATO, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere della prova e rilevanza dell'obbligo informativo*, nonché il commento di R. PUCELLA, *Legittimazione all'interruzione di gravidanza, nascita "indesiderata" e prova del danno (alcune considerazioni in merito a Cass., 22.3.2013, n. 7269)*, in *NGCC*, 2013, II, 653 ss.; Cass., 10 dicembre 2013, n. 27528 e Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno resp.*, 2014, 1143 ss., con commento di C. TRECCANI, *Omessa diagnosi di malformazioni del feto e ripartizione degli oneri probatori*).

E, peraltro, la valutazione critica alla base del meccanismo presuntivo va condotta nell'orizzonte cognitivo sussistente al momento della diagnosi, ossia *ex ante*, sicché «ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo» (Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit.).

Entrambi gli orientamenti sembrano concordare – il che non è irrilevante – sul fatto che, una volta provata la volontà di interrompere la gravidanza in presenza di un'adeguata informazione sulle anomalie del concepito, va considerato sussistente

anche il presupposto legale dell'interruzione, perché la consapevolezza della malformazione del feto avrebbe certamente provocato il rischio di danno grave alla salute della gestante, per lo meno sotto il profilo dell'equilibrio psichico (critica giustamente questo meccanismo di inferenze PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, cit., 200).

Le Sezioni unite sanano il contrasto sulla questione della prova, muovendo dall'assunto che l'onere in capo alla gestante-attrice includa la dimostrazione tanto della sussistenza dei presupposti prescritti dalla legge per interrompere la gravidanza, quanto della volontà di avvalersi di questa prerogativa, quanto ancora del danno subito a causa della preclusione del suo esercizio. I giudici di legittimità si incamminano sul terreno della analisi minuziosa, chiarendo che i temi di prova che competono alla gestante comprendono «la rilevante anomalia del nascituro, l'omessa informazione da parte del medico, il grave pericolo per la salute psicofisica della donna, la scelta abortiva di quest'ultima», oltre che – come si è anticipato – il pregiudizio subito per il mancato esercizio della scelta di abortire, non essendo ammissibile la figura del danno *in re ipsa*, sicché «occorre che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, ex art. 6 lett. b) l. 194/1978 (danno potenziale), si sia poi tradotta in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d'ufficio».

La Suprema corte riconosce la complessità dei temi di prova che in questo modo incombono sulla gestante e, quindi, ritiene percorribile la via del ricorso alle presunzioni semplici. In realtà, la Cassazione si lancia in un'affermazione abbastanza sibillina, ma poi sembra non ricavarne alcuna conseguenza. Viene affermato, infatti, che «può essere impossibile fornire la dimostrazione analitica di tutti gli eventi o comportamenti che concorrano a comporre la fattispecie: onde, il problema si risolve ponendo ad oggetto della prova alcuni elementi che si ritengano rappresentativi dell'insieme e dai quali sia perciò possibile derivare la conoscenza, per estrapolazione, dell'intero fatto complesso».

Sembrerebbe che così la Cassazione legittimi l'assolvimento dell'onere della prova tramite la dimostrazione di alcuni soltanto dei temi in precedenza indicati: di quelli

che, nel caso concreto, si rivelano maggiormente indicativi dell'insieme degli elementi costitutivi. Affermazione molto discutibile, questa, che però la Cassazione sembra non sviluppare, poiché l'unico elemento su cui essa, in seguito, si sofferma alla luce delle particolari difficoltà probatorie che pone è rappresentato dalla volontà della gestante di interrompere la gravidanza. E non sembra che alla dimostrazione di questo elemento della fattispecie di responsabilità venga attribuita alcuna portata assorbente degli altri fatti costitutivi.

Il contrasto giurisprudenziale sui mezzi prova in ordine alla concretezza della volontà della gestante di ricorrere all'interruzione di gravidanza, ove informata della malformazione e ove (si badi bene) l'anomalia esponga a grave pericolo la sua vita o la salute, viene risolto nel senso dell'insufficienza della prova dell'anomalia fetale come indice presuntivo della sussistenza della volontà abortiva. La Suprema corte non lo precisa ma l'impostazione che essa respinge finisce per collegare alla prova della malformazione non accertata non una ma due inferenze di natura diversa: in primo luogo, che la conoscenza dell'anomalia avrebbe generato una patologia per lo meno psichica, la quale consegue proprio dalla presa di coscienza della malformazione del feto (v. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n. 4.1.4.), in secondo luogo, che, date tali premesse, è ragionevole ritenere che la donna avrebbe scelto l'interruzione della gravidanza (v. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., n. 4.2: «La circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà»).

Com'è stato autorevolmente osservato in dottrina, in questo modo si finisce per «identificare il “serio pericolo per la... salute fisica e psichica” della gestante con la semplice volontà della stessa di abortire» (C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 93). Le Sezioni unite negano recisamente che l'accertamento delle malformazioni del feto valga come presunzione della sussistenza della volontà della donna di abortire, poiché l'inferenza logica si rivelerebbe troppo astratta e generica, ossia flebile, e «mal dissimulerebbe l'inammissibile prefigurazione giudiziale di una presunzione *juris tantum*». La soluzione preferibile è, allora, quella di esigere una prova più specifica della volontà abortiva, senza per questo rinunciare allo strumento della *praesumptio hominis*. D'altro canto, l'intenzione di interrompere la gravidanza ha natura di fatto intellettuale e dunque appartiene al c.d. foro interno. I fatti soggettivi, come i processi volitivi o le rappresentazioni intellettive, non si prestano a divenire oggetto di esperienza diretta, sicché la prova non può che essere indiretta. Il ricorso alla prova critica offerta dalle presunzioni diviene inevitabile e, in assenza di una presunzione legale, non si può che ricorrere alle presunzioni semplici anche alla luce della loro intrinseca duttilità. La *praesumptio hominis* non esibisce, infatti, un carattere formale, non fondandosi su uno schema inferenziale fisso, ma poggia sulla valutazione concreta dell'attitudine di un qualunque fatto a svelarne un altro grazie alla stretta connessione del secondo al primo. Quest'ultima non va valutata in via astratta e ipotetica, come suggerirebbe l'idea che identifica l'elemento portante del meccanismo presuntivo nella regolarità statistica, ma in via specifica e concreta, ricavando tutte le indicazioni che i dati raccolti nell'istruzione della causa sono in grado di fornire.

È questo il retroterra concettuale – pienamente condivisibile – che fa da sfondo alla pronunzia delle Sezioni unite, nonostante alcuni cedimenti dogmatici e linguistici, come quello in cui la Cassazione invoca il parametro espresso dalla formula “più probabile che non”, sorto per indicare la meccanica stocastica alla cui stregua va ricostruito il nesso di causalità e qui invece adoperato dai giudici per presentare la ben diversa questione della conoscenza soltanto verosimile alla quale

conduce il ricorso alle presunzioni. Ad ogni modo la soluzione è corretta – ed è quello che più conta – e le Sezioni unite addirittura forniscono indicazioni più precise, suggerendo alcuni possibili elementi presuntivi della volontà di interrompere la gravidanza, quali: «il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.».

Dove la sentenza delle Sezioni unite pare invece limitativa è sul piano del danno che consegue alla preclusione della possibilità di esercitare la scelta abortiva. Su questo punto, il contenimento del danno risarcibile al pregiudizio alla salute della donna si rivela forse eccessivamente restrittivo, giacché l'art. 6 l. 194/1978 consente di interrompere la gravidanza in presenza di un grave pericolo di danno e non già di un danno effettivo. E, allora, se la scelta di interrompere la gravidanza dopo i primi novanta giorni dal concepimento è consentita in presenza di un rischio concreto, è ben possibile che essa venga compiuta in presenza di un pericolo grave alla vita o all'integrità psicofisica che non necessariamente si sarebbe poi tradotto in un pregiudizio effettivo. Di questo possibile iato si dovrebbe tenere conto in sede di individuazione dei danni risarcibili, riconoscendo la possibilità di configurabilità un pregiudizio in capo alla donna anche in assenza dell'accertamento della lesione della sua integrità psicofisica: quel pregiudizio consistente nella perdita della possibilità di operare la scelta in presenza del grave pericolo alla vita o alla salute. Un pregiudizio che sembra, peraltro, compatibile con il condivisibile monito a non lasciarsi condizionare nel giudizio dall'erronea convinzione che la donna vanti un diritto soggettivo ad abortire, giacché la l. 194/1978 conferisce a quest'ultima soltanto una facoltà condizionata (così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 93; e si pronunzia per 'inesistenza di un diritto all'aborto anche F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un*

dizionario, Torino, 2001 129 ss.). Ed è appunto la scelta di avvalersi di quest'ultima di cui viene espropriata la donna dall'inadempimento diagnostico e informativo del medico e il pregiudizio si traduce in una perdita di stampo personalistico che coincide con la sottrazione di quell'utilità rappresentata dalla possibilità di operare una scelta, sussistendone i presupposti.

L'utilità di vita di cui la gestante viene privata presenta le caratteristiche richieste dalla giurisprudenza di legittimità per integrare il filtro a maglie più strette previsto dall'art. 2059 c.c. rispetto a quello di ingiustizia generica posto dall'art. 2043 c.c.: si tratta, infatti, di un profilo di quella autodeterminazione alle cure sanitarie riconosciuta dall'art. 32 Cost., visto che, alla luce dell'art. 6 l. 194/1978, la facoltà di interrompere la gravidanza sorge soltanto quando si è al cospetto della prevalente esigenza di preservare l'integrità fisica o psichica della gestante. Non si può, però, far prevalere la chiave di lettura retrospettiva in virtù della quale va considerata non sussistente la facoltà di abortire e, dunque, non prodottosi il danno se non si è verificata nella donna una patologia a causa del compimento della gestazione o del parto. In tal modo verrebbero infatti surrettiziamente mutati i presupposti ai quali la legge subordina la facoltà di interrompere la gravidanza.

Sulla diversa questione della legittimazione del nato malformato a domandare il risarcimento nei confronti del medico che col proprio inadempimento abbia spogliato la gestante della possibilità di interrompere la gravidanza, l'ordinanza rileva un contrasto ancora più netto. Su posizioni di netta chiusura si orienta quell'indirizzo favorevole ad esaurire la tutela risarcitoria del concepito sul terreno delle eventuali lesioni della sua integrità psico-fisica prodotte da errori diagnostici o terapeutici della struttura sanitaria e dei medici ai quali la gestante è affidata. La conseguenza è l'impossibilità di configurare un «diritto a non nascere se non sano» nel caso di malformazioni congenite non rilevate in sede diagnostica e non comunicate alla madre, anche per consentirle di valutare la prosecuzione o meno della gravidanza: un diritto di cui il nato possa lamentarsi proprio in connessione col mancato esercizio dell'aborto (Cass., 29 luglio, 2004, n. 14488, cit.; nonché Cass. 14 luglio 2006, n. 16123, in Corr. giur., 2006, 1691 ss., con nota di A.

LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62 ss., con nota di M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Corr. giur.*, 2010, 365 ss., con nota di A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno del nascituro*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2075 ss., con nota di M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Danno resp.*, 2009, 1167 ss., con commento di S. CACACE, *Figli indesiderati nascono. Il giudice in tribunale e ivi* 2010, 144 ss., con commento di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *NGCC*, 2009, I, 1258 ss., con nota di commento di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*).

A questo netto rifiuto si contrappone l'indirizzo della stessa terza sezione che ha rimesso la questione al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni unite, la quale, con una controversa sentenza (v. una critica ragionata in [A. IULIANI, *Gli equivoci della giurisprudenza creativa: nota a Cassazione 2-10-2012, n. 16754*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2013, 361 ss.](#)) ha posticipato l'insorgere del danno in capo al nato malformato al momento della nascita, così superando la diatriba sullo stato giuridico del concepito. Ciò è possibile in quanto questo orientamento non ravvisa il danno in capo al nato nella lesione del «diritto a non nascere se non sano», additato anzi come una figura priva di fondamento se non addirittura fuorviante, ma nel nocumento che consiste nell'essere nato non sano giacché « risulta innegabile come l'esercizio del diritto al risarcimento da parte del minore in proprio non sia in alcun modo riconducibile ad un impersonale “non nascere”, ma si riconnetta, personalmente e soggettivamente, a quella singola, puntuale e irripetibile vicenda umana che riguarda quel determinato (e altrettanto irripetibile) soggetto che, invocando un risarcimento, fa istanza al giudice di piena attuazione del dettato costituzionale dianzi evocato, onde essere messo in condizione di poter vivere meno disagivolmente, anelando ad una meno incompleta

realizzazione dei suoi diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 della Costituzione», a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire ([Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, Rel. Travaglino, n. 7.3](#)).

In buona sostanza, la Cassazione, traendo spunto da una corrente di pensiero in dottrina (P.G. MONATERI, “La marque de Cain” *la vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell’alambicco*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura di Ant. D’Angelo, Milano, 1999, 295 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 297 ss.; CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell’interpretazione*, cit., 1268 ss.), sembra cogliere l’occasione per affermare – nonostante il contrario avviso di Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, (in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss. su cui v. 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*, in *Contr. impr.*, 2009, 589 ss.) in ordine alla configurabilità stessa di una categoria siffatta – una nuova ipotesi di danno esistenziale, come emerge abbastanza chiaramente nel passaggio cruciale della motivazione in cui si ammonisce da impostazioni al tema di natura statica, suggerendo una lettura di carattere dinamico, grazie alla quale il pregiudizio in capo al nato con malformazioni congenite si presenta come uno stato funzionale di infermità, che si proietta nell’esistenza futura del bambino affetto da menomazione, condannandolo a una vita assai limitata sotto il profilo dell’estrinsecazione della propria personalità.

Il tema è tra i più dibattuti e forse anche tra i più condizionati da presupposti ideologici ed emotivi. Al riguardo, è necessario dichiarare in premessa la ferma convinzione che la malformazione congenita non rappresenti un danno, ma una pura fatalità (più aperta invece sul punto, pur con molte cautele, PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, cit., 204 ss.). E non lo è sia nella forma del danno alla salute invocato dalla dottrina (G. CRICENTI, *Meglio non essere mai nati? Il diritto a non nascere rivisitato*, in *Riv. crit. dir.*

priv., 2013, 333) sia nella forma delle limitazioni di vita conseguenti alla malformazione, in altri termini nella forma dello specioso danno esistenziale, suggerito da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., nn. 7.2 e 7.3 (non sembra voler cogliere questa non irrilevante differenza di impostazione G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, in *Giur. it.*, 2013, 818-819).

La pretesa di una parte della giurisprudenza, teorica e pratica, di accordare una qualche forma di protezione, prevalentemente di contenuto economico, contro le sciagure dell'esistenza lascia trapelare una *ὑβρις* che molto deve far riflettere sull'auto-rappresentazione del proprio ruolo a tutto ciò sottesa. Il fato è incontrollabile e fa parte della dimensione dell'esistenza umana: conviene rassegnarsi a questa immutabile verità. La risposta che lo Stato contemporaneo ha fornito contro le avversità della vita è stata affidata ai diritti sociali e, dunque, all'erogazione di prestazioni assistenziali. E, invece, l'aspirazione ad un soccorso equitativo nei confronti del soggetto esposto ai rovesci della sorte, che anima la posizione di chi vorrebbe realizzarlo tramite la misura risarcitoria è perseguita tramite l'iniqua soluzione di addossare il peso economico di una tale misura al medico, reso responsabile di un'avversità di cui responsabile non è, soltanto perché il suo adempimento avrebbe potuto imprimere agli eventi un corso diverso, che comunque mai sarebbe potuto consistere in una vita meno limitata di quella che la sorte ha predisposto per il nato.

In una prospettiva meno radicale di quella qui privilegiata è stato osservato che, anche a voler considerare la nascita con malformazioni congenite un danno, tanto più alla luce dell'orientamento che estende l'autodeterminazione terapeutica del malato sino al rifiuto delle terapie destinate a tenerlo in vita (sul punto v. la diversa opinione di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 95 ss., ma anche delle Sezioni unite in esame), resta il dubbio più che fondato che i genitori, i quali agiscono in qualità di rappresentanti del nato malformato quando domandano il risarcimento da c.d. vita indesiderata, non possano sostituirsi al minore nella

valutazione se nascere con anomalie sia stato effettivamente un danno (R. CATERINA, *Le persone fisiche*, Torino, 2012, 11).

Le Sezioni unite si muovono sul questo terreno con molta circospezione e prendono le distanze dal chiasso delle argomentazioni arroventate da ragioni ideologiche, siano esse religiose siano esse ispirate dalla morale laica. Va detto a chiare lettere: questo tipo di dibattito è legittimo e anzi auspicabile, perché concorre a definire la cultura di un popolo, di cui il diritto è espressione e la cui evoluzione certamente è influenzata dalle mutate visioni del mondo. Quel che appare meno legittimo è brandire delicatissimi argomenti di questa sorta nell'ambito del dibattito scientifico o dell'amministrazione della giustizia, dimenticando così che la scienza deve essere guidata principalmente dalla razionalità e la giurisprudenza deve operare nel perimetro del diritto di fonte legislativa (è questo il motivo di fondo che ispira il bilancio di questi ultimi decenni del rapporto tra "giurisprudenza creativa e dottrina remissiva" condotto da CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 87 ss.).

La sentenza in commento manifesta una piena comprensione del corretto assetto dei poteri all'interno dell'ordinamento e, infatti, prende le distanze dalla creatività di certa giurisprudenza che si assegna una funzione schiettamente produttiva di nuovo diritto, addirittura annoverandosi tra le fonti del diritto. Che l'interpretazione non rivesta natura ricognitiva di soluzione preesistenti, ma determini un arricchimento di senso del testo, presentando una portata creativa, è indubbio; ma la creatività dell'interprete non è la creatività del detentore del potere legislativo: la prima è contribuzione alla creazione della norma nel perimetro della varianti di senso del testo, mentre la seconda è discrezionalità politica. Ne sono consapevoli le Sezioni unite che rifiutano il "dono avvelenato" della creatività giuspolitica riservandosi correttamente lo spazio del «più completo approfondimento delle potenzialità evolutive [...] insite» nella disciplina vigente.

Compiuta quest'opportuna premessa, le Sezioni unite si soffermano sull'annosa questione dello status giuridico del nascituro, risolvendola nel senso che non sia necessario per proteggere il concepito proiettarli quell'attributo di soggetto di

diritto, dotato di capacità giuridica, che l'art. 1 c.c. inequivocabilmente collega all'evento della nascita (il riconoscimento al concepito della qualificazione di soggetto ha invece caratterizzato Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.).

In questo modo, la Cassazione riafferma la propria precedente giurisprudenza (Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *NGCC*, 1994, I, 690 ss. e in particolare Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *NGCC*, 2011, I, 1270 ss., con nota di commento E. PALMERINI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2012, 382 ss., con nota di M. SUPPA, *Risarcimento del danno anche al concepito nato dopo la morte del padre*, in *Danno resp.*, 2011, 1168 ss., con commento di A. GALATI, *Uccisione del padre e danno al nascituro*, in *Fam. dir.*, 2011, 1102 ss., con nota di A.M. PISANO, *Lesione del rapporto parentale e tutela aquiliana del concepito successivamente nato*, in *La resp. civ.*, 2012, 276 ss., con nota di S. MASTROIANNI, *La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito*) che non ritiene necessario nella fattispecie di responsabilità la sussistenza di un rapporto intersoggettivo originario tra danneggiante e danneggiato, ammettendo dunque che il fatto dannoso possa ben prodursi prima ancora che il destinatario del pregiudizio sia venuto ad esistenza.

Come la migliore dottrina ha chiarito, forse influenzando la pronuncia in esame sotto questo profilo, il danno e il conseguente diritto al risarcimento rispettivamente divengono l'uno giuridicamente rilevante e l'altro sorto soltanto al momento della nascita quando l'entità non ancora soggetto diviene tale: «nulla impedisce di affermare che una lesione, la quale in ipotesi abbia colpito colui che con la nascita diventa soggetto *pleno iure*, dal momento della nascita faccia sorgere quel diritto al risarcimento – di cui il danno costituisce l'elemento oggettivo conseguenza della lesione – il quale diventa rilevante con la nascita, a sua volta presupposto soggettivo del sorgere del diritto e dell'individuazione del titolare. Dal momento (la nascita) in cui il soggetto diventa tale, una difformità rispetto all'archetipo "persona sana" che sia predicabile come conseguenza di un fatto

imputabile, costituisce danno alla persona, come tale risarcibile» (CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 90). In altri termini, la fattispecie di responsabilità non osta a che il fatto dannoso preceda l'insorgere dell'evento di danno, in presenza di un nesso di causalità che attraversi la distanza temporale rendendo il secondo effetto del primo. In questo modo le Sezioni unite sembrano rifiutare la soluzione molto discutibile – plaudita però da una parte anche significativa della dottrina (P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. giur.*, 2013, 60 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, 424-425) – che ritiene superfluo accanirsi in discussioni sullo status soggettivo il concepito giacché quest'ultimo non è soggetto ma oggetto di tutela.

Più nel particolare, questa posizione reputa la categoria di soggetto di diritto null'altro che un'astrazione rispetto all'essere vivente, solo funzionale all'imputazione di situazioni soggettive, e non anche tecnica di tutela di entità protette e si spinge sino a giungere all'aperto travisamento del quadro normativo quando afferma che «una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi (a mente, della quale la correttezza della decisione del giudice dipende dalla altrettanto corretta valutazione dello scopo delle norme, secondo una ricerca del relativo significato in una dimensione teleologica, diversamente da quanto propugnato dalla giurisprudenza dei concetti, che procede invece per progressiva astrazione da norme di sistema valutandone soltanto il corrispondente significato) sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito come un oggetto di tutela necessaria, essendo la soggettività – come s'è detto – un'astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici» (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., n. 6.2, ma v. la critica di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 90 ss.).

Certo anche le Sezioni unite sono immuni da censure, indulgendo, fino a quasi scivolare, intorno alla buccia di banana dell'«oggetto di tutela», ansiose come sono di assegnare una qualche qualificazione giuridica al concepito per il tempo

precedente alla nascita, senza avvedersi che non è un passaggio affatto necessario una volta che si è convenuto, come esse fanno, sul fatto che il danno, se c'è, sorge soltanto a seguito della nascita, quando oramai un soggetto di diritto è sorto. È evidente che il significato in cui le Sezioni unite intendono il sintagma "oggetto di tutela" non coincide con quello perentorio in cui esso è adoperato da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754 ma con la diversa e tradizione accezione di entità non soggettivizzata ma pur sempre centro di protezione giuridica (non a caso le Sezioni unite non citano sul punto il precedente del 2012, ma Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27; Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, cit.: «Il collegio ritiene che non si ponga alcun problema relativo alla soggettività giuridica del concepito, non essendo necessario configurarla per affermare il diritto del nato al risarcimento e non potendo, d'altro canto, quella soggettività evincersi dal fatto che il feto è fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento»; e Cass., 9 maggio 2001, n. 5881). La Cassazione è ancora più esplicita in un altro passaggio nel quale afferma che «si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica».

Chiarito che l'assenza di soggettività in capo al concepito non è ostativa alla tutela risarcitoria della salute del nato malformato, le Sezioni unite passano ad affrontare la questione della configurabilità di un danno collegato alle malformazioni congenite. Con un percorso logico corretto, la Suprema corte ritiene preliminare allo scioglimento del nodo in esame l'identificazione della concetto di danno, che essa intende come una conseguenza del fatto dannoso che produce una diminuzione rispetto allo stato precedente a tale evento. Certo, il tema della nozione giuridica del danno è complesso e – com'è noto – vede contrapposte diverse concezioni: da quella reale a quella differenziale, dalla concezione di normativa a quella «giuridica» (per una pregevole sintesi cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 219 ss.). La nozione assunta dalle Sezioni unite si presenta, tuttavia, più che ragionevole e in linea con l'idea, oramai radicata nella

sua stessa giurisprudenza, secondo cui il danno costituisce sempre una perdita di utilità, anche quando si tratta di danno alla persona, il che implica il rifiuto della categoria dei danni presunti o in *re ipsa* in presenza di condotte astrattamente idonee a produrre determinati pregiudizi. Sulla base di questa premessa dogmatica, la Cassazione ritiene che la malformazione genetica non integri gli estremi del danno, anche se in presenza di un errore diagnostico che ha precluso alla gestante la possibilità di interrompere la gravidanza, giacché non si rintraccia un peggioramento della condizione del nato riconducibile alla condotta, pur imperita, del medico.

L'alternativa all'insorgere della malformazione che una corretta diagnosi avrebbe potuto dischiudere è rappresentata, infatti, non certo dalla sua eliminazione o anche soltanto dalla sua attenuazione, ma dall'impedimento della venuta ad esistenza del concepito. La Cassazione ritiene che nell'ipotesi del risarcimento del danno da malformazione genetica, il danno sarebbe legato alla vita del nato malformato, mentre l'assenza di danno alla sua morte. A tal riguardo, i giudici di legittimità imboccano la via già battuta che evidenzia l'incomparabilità delle due situazioni, la vita, ancorché limitata, e la morte, sicché il danno anche se vi fosse non sarebbe connotato da ingiustizia.

Si tratta di un argomento più suggestivo che altro, perché qui la questione è assai più semplice: la malformazione non discende dall'errore medico e, dunque, non v'è alcun mutamento in senso peggiorativo dello stato del concepito a quest'ultimo imputabile. Peraltro, la Cassazione affastella argomenti non necessari: quello dell'ingiustizia è certamente mal adottato, perché, anche a voler sorvolare sul problema della qualificazione della responsabilità del medico dipendente, nel caso di malformazione genetica manca persino il danno, sicché è superfluo interrogarsi sull'ingiustizia, tanto più se il danno è correttamente inteso non secondo i dettami della concezione normativa, ossia non come violazione di un interesse giuridicamente protetto.

Ad ogni modo, si potrebbe replicare che una diagnosi perita avrebbe potuto impedire un'esistenza estremamente limitata dalla malformazione, favorendo l'atto

abortivo della gestante. La Cassazione ribatte che questa non è un'alternativa accettabile, perché la mancata venuta ad esistenza non può essere in alcun modo considerata una condizione preferibile alla vita, anche se fortemente condizionata. Meglio avrebbero fatto, però, i giudici se avessero replicato che alla malformazione non v'è alcuna alternativa ed ecco tornare il tema della fatalità. L'unico altro scenario possibile, vale a dire la mancata venuta ad esistenza per interruzione della gravidanza, anche a volerlo prendere in considerazione – cosa che i giudici non ritengono di fare per ragioni per così dire non meno ideologiche di quelle che alimentano l'opinione contraria, ossia la tutela della vita in ogni condizione – non è comunque un'alternativa che possa far assumere alla nascita malformata il significato giuridico di danno e la ragione risiede nella circostanza che l'interruzione del processo che ha condotto alla vita non dipende interamente né principalmente dalla corretta diagnosi del medico.

In altri termini, il contenuto dell'obbligo violato dal medico – la diagnosi della malformazione e la messa a conoscenza della gestante – nel caso di malformazioni genetiche si limita a proteggere la vita e la salute della donna, anche nella prospettiva della sua libera determinazione in ordine alla prosecuzione della gravidanza, (sottolinea il collegamento tra libera determinazione e protezione della salute E. PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, in *NGCC*, 2013, I, 199), e non anche il nascituro, sicché sarebbe incongruo imputare al medico come conseguenza della violazione di tale obbligo ricadute, peraltro non direttamente cagionate, a carico del nato.

Il ricorso ad abracadabra come quello della «propagazione intersoggettiva» del pregiudizio dalla madre al figlio (giustamente stigmatizzato anche dalle Sezioni unite) non rende meno insuperabili le difficoltà di dare struttura a una fattispecie di responsabilità carente di più di un requisito e anzi rivela l'impossibilità di dare fondamento a ciò che fondamento non ha, se non affidandosi a parole creatrici.

Né soccorre la figura degli obblighi di protezione, in quella particolare loro versione che include anche soggetti terzi rispetto alla controparte, come accade nel contratto con effetti protettivi a favore di terzi (su cui cfr. A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica*, Roma, 13-16 settembre 1999, a cura di L. Vacca, Torino, 2001, 109 ss.; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 357 ss.), nel cui paradigma rientra senza dubbio il contratto di prestazione sanitaria a favore della gestante (ricorrono a questa categoria in materia sanitaria per offrire tutela in caso di c.d. nascita indesiderata Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Danno resp.*, 2006, 510 ss., con commento di S. CACACE, *La scelta solo alla madre, il risarcimento anche al padre: cronache di una nascita indesiderata*; in *Fam. dir.*, 2006, 253 ss., con nota di G. FACCI, *Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit.). Il dispositivo degli obblighi di protezione estende in effetti la tutela risarcitoria contrattuale, ma sul presupposto che sia stato provocato un danno a causa o nel corso dello svolgimento del rapporto obbligatorio tale da attivare la buona fede (sia consentito il rinvio a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 245 ss.), il che nel caso delle malformazioni genetiche è – come si è visto in precedenza – escluso.

Le Sezioni unite preferiscono seguire invece il percorso argomentativo tradizionale, attingendo all'intero armamentario delle ragioni usualmente addotte contro la configurabilità del diritto a non nascere se non sano.

Viene in primo luogo negata l'esistenza di un «diritto a non nascere», presupposto dall'idea che la malformazione sia una perdita rispetto al non venire ad esistenza: un diritto che farebbe il paio col diritto al suicidio tutelabile contro chi tenti di impedirlo. Il «diritto a non nascere» presupporrebbe, a sua volta, il «diritto alla felicità» di cui rappresenterebbe una sorta corollario estremo e di esso si renderebbero peraltro interpreti i genitori, attribuendo al nato la volontà di rifiutare una vita minoris generis rispetto a quella non afflitta da limitazioni.

L'ordinamento giuridico non fornisce alcun indice normativo della rilevanza di tali interessi, presentandosi piuttosto interamente orientato alla salvaguardia della vita. In secondo luogo, le Sezioni unite ricorrono all'ulteriore usuale obiezione secondo cui il riconoscimento della responsabilità del medico nei confronti del nato malformato per essere venuto al mondo imporrebbe, per coerenza logica, di ammettere anche la possibilità di un'azione di responsabilità nei confronti della madre che, in presenza delle condizioni prescritte dall'art. 6 l. 194/1978, si sia determinata a portare a termine la gravidanza. Il che rappresenterebbe una conclusione abnorme e sarebbe indice del fatto che si è in presenza di uno straripamento giudiziario.

La Cassazione ritiene inoltre privo di pregio, in quanto solo ad effetto, l'argomento che spinge verso il risarcimento del danno al nato per le malformazioni genetiche facendo leva sul progressivo allargamento della tutela risarcitoria per l'inadempimento del medico che ha impedito di valutare la possibilità dell'interruzione di gravidanza tanto al padre (Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit. e Cass. 29 luglio, 2004, n. 14488, cit.) quanto ai fratelli germani (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., n. 5) sotto forma di danno non patrimoniale legato alle conseguenze esistenziali prodotte dallo sconvolgimento delle dinamiche familiari determinate dai disagi che le malformazioni implicano.

E qui la Cassazione erra. L'argomento è ben più centrato di quanto non appaia e, infatti, è eccessivo e infondato riconoscere al padre e ai fratelli il risarcimento per la violazione di un obbligo da parte del medico di cui essi non sono beneficiari almeno quanto non lo è il nato affetto da malformazioni genetiche (analoghe perplessità esprime PALMERINI, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*, cit., 201, pur facendo salvo il diritto al risarcimento del padre; e così anche Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.). Una tale estensione opera, infatti, lungo lo stesso piano sul quale si è poi potuti giungere al risarcimento del danno a quest'ultimo: quel piano inclinato in cui la causalità è intesa in senso

lasco, ridotta com'è a mera consecuzione temporale, e in cui per di più il contenuto dell'obbligo non orienta la valutazione causale. Le Sezioni unite lasciano in realtà trapelare in un *obiter dictum* le proprie perplessità sulla possibilità di prefigurare danni risarcibili a favore del padre e dei fratelli, ma non le sviluppano, compiendo l'errore di ritenere la questione fuori fuoco. Al termine di una sommaria rassegna degli orientamenti giurisprudenziali stranieri (in particolare, statunitensi, inglesi e tedeschi) e dell'evoluzione del sistema giuridico francese, le Sezioni unite ritengono di ravvisare una tendenza comune a più sistemi giuridici che converge nel negare la tutela risarcitoria del nato per *wrongful birth* dovuta a malformazioni congenite e nell'affidare il sostegno economico per fare fronte alle difficoltà di vita cui egli è indiscutibilmente esposto ai sistemi assistenziali fondati sulla solidarietà generale, di cui si fa interprete lo Stato. Il riconoscimento del danno al nato per malformazioni non cagionate dall'errore medico si tradurrebbe, dunque, in una torsione non tollerabile del risarcimento del danno al perseguimento di finalità sociali di natura assistenziale che non gli sono proprie.

Le Sezioni unite non trascurano di considerare anche i riflessi più squisitamente culturali e civili che l'accoglimento della richiesta di risarcimento del danno a favore del danno affetto da malformazioni genetiche potrebbe produrre: la forzatura eugenica che eleva la vita priva di *handicap* ad unico modello di esistenza piena e meritevole di essere vissuto.

Alla luce di tutte queste ragioni e col sostegno di quest'ultimo argomento dotato di un'alta valenza ideale, le Sezioni unite respingono il ricorso per quanto concerne la domanda di risarcimento a favore del nato per le malformazioni non cagionate dall'errore medico, mentre lo accolgono sotto il profilo della mancata valutazione delle allegazioni ai fini dell'eventuale integrazione della prova per presunzioni della volontà di interrompere la gravidanza in presenza della cognizione dell'esistenza di malformazioni nel feto.

I primi commenti in dottrina hanno criticamente rilevato che l'ordinanza della terza sezione che ha sollevato il contrasto non abbia toccato il punto

maggiormente controverso: se, in caso di malformazioni genetiche, sussista o meno il nesso di causalità ([CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite \(per le ragioni sbagliate\)*, cit.](#)).

Un problema al quale la già ricordata sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, Rel. Travaglino, offre una risposta spericolata, così riassumibile: una volta accertata la volontà di abortire della gestante se informata della malformazione del feto, va ritenuto sussistente il nesso causale tra la carenza diagnostica che ha condotto all'omessa informazione e il danno al nato consistente nella nascita malformata, perché viceversa si compirebbe un «inammissibile annullamento della volontà della gestante». Ne consegue che, sul piano del nesso di causalità, va affermata l'equiparazione *quoad effectum* tra la fattispecie dell'errore medico che cagioni la malformazione o che non impedisca la sua insorgenza, scongiurabile invece in base a un intervento sanitario perito, e la fattispecie dell'errore medico che non ha evitato o ha concorso a non evitare la nascita malformata (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.).

Bastano questo snodo argomentativo e la straordinaria noncuranza con la quale si equiparano, sul delicatissimo terreno della causalità, fattispecie radicalmente diverse, senza peraltro il benché minimo appiglio normativo, anzi senza il benché minimo presupposto logico, surrogato però dall'irrefrenabile desiderio di stupire e di imporre le proprie personali vedute, per giudicare la sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754 un provvedimento che non meritava l'attenzione riservatagli dalla dottrina (per non parlare dei certi entusiasmi, come quelli a cui si sono lasciati andare PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., 420 ss.).

Le Sezioni unite sul punto sono lapidarie: nell'ipotesi di malformazione genetica del nato, la causalità tra il presunto danno e la condotta del medico è interrotta, anche a voler intendere il nesso «in base ai principi della causalità giuridica e nella sua ampiezza più estesa, propria della teoria della *condicio sine qua non*».

L'affermazione è succinta, forse a causa della ricordata lacuna dell'ordinanza della terza sezione, e ciononostante non si può non concordare.

La dottrina favorevole alla configurazione di un danno da malformazione genetica suggerisce di affrontare la questione abbandonando gli schemi di causalità imperniati sul legame naturalistico tra una condotta e un evento, poiché secondo questo modello giustificativo è evidente che l'alternativa alla condotta di inadempimento del medico, ossia la diagnosi più approfondita che avrebbe permesso di rilevare l'anomalia del feto, non avrebbe comunque impedito la nascita malformata, la quale costituisce lo sviluppo spontaneo del corredo genetico del nato. Se la procreazione viene concepita non già come un fatto biologico ma come un evento umano, sul quale incidono le scelte di chi vi è coinvolto e rispetto al quale si può, dunque, porre una questione di responsabilità, e se il giudizio di causalità viene riconcettualizzato in termini squisitamente giuridici, ecco allora che il nesso di causalità può essere ravvisato anche tra l'imperita omissione e la limitata integrità fisica, imposta dalla malformazione. Il nato malformato esibisce, infatti, una duplice valenza: è al contempo l'individuo concreto e il soggetto di diritto (in linea con quanto già prospettato nella dottrina francese nell'ambito dell'accesso dibattito suscitato dalla celeberrima Cour de Cassation. Assemblée plénière, 17 novembre 2000 in NGCC, 2001, I, 209 ss., con nota di commento di E. PALMERINI, *Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?* e con postilla di F.D. BUSNELLI, nota come sentenza *Perruche*: cfr. O. CAYLA-Y. THOMAS, *Il diritto di non nascere*, trad. it., Milano, 2004, 108). Se il primo è condannato all'*handicap* dalla natura, il secondo è invece la vittima del pregiudizio costituito dalla nascita malformata rispetto alla quale ha inciso l'errore diagnostico del medico (CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*, cit.).

Sul punto molto si potrebbe dire e molto si è detto. Sarebbe forse sufficiente sottolineare che, anche a voler considerare la nascita caratterizzata dalla malformazione come un danno e non per quello che essa in realtà è, ossia una fatalità, questo presunto collegamento eziologico tra la diagnosi imperita e la

conseguente omessa informazione, da un lato, e la malformazione, dall'altro, subisce un'evidente interruzione, fatta segnare dallo spazio di libertà di cui gode la gestante quando al cospetto dell'accertata malformazione può scegliere se proseguire o meno la gravidanza.

La giurisprudenza e la dottrina che non assegnano all'autodeterminazione della donna l'attitudine a infrangere il nesso causale sembrano reputare che la possibilità concreta di interrompere la gravidanza e la prova della determinazione della gestante di avvalersi di questa possibilità equivalgano all'effettiva interruzione. Si tratta di una prospettiva evidentemente errata. E la questione non è tanto che – come opina Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754 Rel. Travaglino, n. 7.4 – manifestata la volontà di interrompere la gravidanza prima di sottoporsi alle rituali analisi in fase prenatale è improbabile che la gestante muti il proprio convincimento, portando a termine la gravidanza nonostante l'accertata esistenza di una malformazione. Il cuore della questione risiede, piuttosto, nella presa d'atto che, se in presenza di rischi alla salute la nascita dipende da una scelta libera della donna, quest'atto di libertà assume in ogni caso – tanto nell'ipotesi di interruzione quanto in quella di prosecuzione della gravidanza – un valore assorbente dal punto di vista causale proprio in quanto si tratta di una scelta compiuta in assenza di costrizioni. Dopo i primi novanta giorni, la consapevolezza della malformazione non rappresenta un fattore che condiziona la scelta, sospingendo verso l'interruzione, ma è il fatto che, per l'appunto, pone l'alternativa e sollecita la scelta tra proseguire la gravidanza, nonostante i rischi alla salute della gestante che la malformazione può determinare, oppure interromperla per la preminente esigenza di autoconservazione. E allora l'esito di tale scelte, se è davvero libera, non è mai scontato.

Ad ogni modo, anche a volere seguire sul terreno della concezione della causalità la giurisprudenza e la dottrina favorevoli al risarcimento del danno da nascita caratterizzata dalla malformazione, va segnalato che la proposta di intendere il

nesso causale in termini esclusivamente giuridici, senza alcuna coloritura naturalistica, finisce per identificare l'antecedente nel fatto umano temporalmente precedente, il che significa privare l'apprezzamento causale della sua funzione: quella di discernere tra gli antecedenti temporali quello che presenta, in termini probabilistici, la maggiore attitudine a produrre la conseguenza che si intende imputare. In altri termini, secondo questa prospettiva, va considerato come un antecedente causale anche quell'evento che, pur non avendo di per sé prodotto la conseguenza dannosa, avrebbe comunque potuto innescare una catena di eventi differente che non avrebbe condotto al verificarsi del pregiudizio. In quest'orizzonte concettuale, v'è nesso di causalità anche tra un evento che non ha prodotto il danno ma che avrebbe potuto concorrere ad evitarlo, perché – giova rammentarlo – la corretta diagnosi medica non sarebbe stata di per sé idonea a evitare la malformazione, visto che un tale esito sarebbe dovuto passare dalla scelta abortiva della donna.

Sembra quasi che si verta in un'ipotesi di causalità omissiva, senza però tenere conto che l'omissione costituisce causa dell'evento dannoso soltanto quando in capo a colui che si astiene o che non opera adeguatamente grava un obbligo di intervento. E qui si tocca uno dei profili cruciali di questa travagliata fattispecie: il nodo della selezione degli antecedenti di cui va verificata l'attitudine causale. Anche nella discutibile configurazione di eventi che non hanno prodotto il danno ma che non hanno consentito di evitarlo, i fattori da sottoporre al giudizio eziologico sono soltanto quelli resi rilevanti dalle caratteristiche della condotta del soggetto da rendere responsabile. Nella responsabilità aquiliana, il tipo di condotta indica quale dovesse essere il modello di azione al quale essa doveva essere improntata: o un dovere specifico, nel caso di attività regolamentata dalla legge, o anche soltanto i doveri generici di diligenza, prudenza e perizia; mentre nella responsabilità contrattuale la prospettiva si ribalta ed è il contenuto dell'obbligo violato – che preesiste alla condotta dannosa – a rendere rilevanti talune condotte ai fini del giudizio di causalità. La rilettura causale degli eventi presuppone la preventiva individuazione delle ipotesi di cause da sottoporre a vaglio, poiché di

per sé le regole causali sono incapaci di individuarle, sono cieche sotto questo profilo.

Detto altrimenti, il giudizio di causalità è un *posterius* rispetto all'individuazione dell'ipotesi di antecedente causale o di più antecedenti; e per giungere a tale individuazione è necessario applicare un criterio di imputazione. Il giudizio di causalità consente di stabilire se tra due eventi noti (la presunta condotta dannosa e l'evento di danno) intercorra un rapporto di causa ad effetto, ossia un nesso di derivazione; non è invece in grado di andare alla ricerca di tali eventi ove non ancora individuati. Questa funzione selettiva è assolta dalla regola, specifica o generica, che si assume violata e la cui violazione ha generato il danno e la regola muta a seconda del criterio di imputazione applicato.

E, d'altro canto, la responsabilità presuppone sempre una condotta censurabile (responsabilità soggettiva) o, per lo meno, un'alternativa di azione non perseguita (responsabilità oggettiva). Non è concepibile infatti una fattispecie di responsabilità per pura causalità, ossia fondata soltanto sul nesso di causalità (sul punto cfr., per tutti, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 302; in chiave comparatistica, G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in common law e in civil law*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 432 ss.).

Nel caso della nascita afflitta da malformazioni, la regola violata è l'obbligo di sottoporre alle più adeguate indagini diagnostiche la gestante alla luce delle sue condizioni fisiche e delle caratteristiche concrete della gravidanza e di informare poi la donna delle risultanze degli accertamenti. Lo scopo dell'obbligo – o come sarebbe più opportuno scrivere in ossequio al lessico delle obbligazioni: il *risultato* atteso – consiste nel prevenire, ove possibile, anomalie nel feto o attenuarne lo sviluppo, nel salvaguardare la salute della gestante, mettendola in condizione di partorire senza danni fisici o psichici, e inoltre nel consentire a quest'ultima di

autodeterminarsi in maniera consapevole e libera sulla prosecuzione della gravidanza.

È estraneo all'area degli interessi protetti dall'obbligo del medico l'ulteriore obiettivo di consentire di evitare l'insorgere di malattie genetiche. Non a caso le Sezioni unite sentono la necessità di aprire le proprie motivazioni rammentando che la legge 22 maggio 1978, n. 194 mira, nei primi novanta giorni, a mettere la gestante in condizione di compiere una scelta libera in ordine alla maternità; mentre nel periodo successivo consente soltanto di preservare la vita e la salute della gestante, nel caso in cui siano esposte a grave pericolo, anche a causa di anomalie del feto, sacrificando la vita in via di formazione per preservare la vita già formata, in conformità del principio costituzionale di non equivalenza tra la tutela della madre, già persona, e quella del concepito, non ancora divenuto tale (Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss., ai fini dell'applicazione della scriminante di cui all'art. 54 c.p., la quale « si fonda sul presupposto d'una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare. Ora 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». Su tale sentenza v. M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, II, Torino, 2014, 26).

L'interruzione di gravidanza non persegue, pertanto, alcuna finalità di programmazione familiare, né di controllo delle nascite e neppure, a maggior ragione, di selezione della specie. Si tratta di considerazioni pacifiche, che nessuno mette apertamente in discussione, neppure i fautori del c.d. danno da vita indesiderata, o meglio del danno da malformazioni genetiche.

E allora, giusto per tornare al tema della causalità, c'è da chiedersi perché mai ciò che il medico non è obbligato a evitare (la malformazione congenita) gli dovrebbe poi essere imputato qualora si verifichi. La causalità non si può instaurare tra il presunto danno costituito dalle malformazioni e la condotta del medico proprio perché quest'ultima non era preordinata a evitare quel tipo di pregiudizio e,

dunque, non può essere inclusa tra le ipotesi di antecedente causale, neanche nella cornice concettuale, invero traballante, che ravvisa la causa in qualunque fatto che avrebbe potuto imprimere agli eventi un corso differente.

Va, dunque, respinta l'opinione che confida di superare il test di causalità nella fattispecie del danno da malformazioni genetiche, riconcettualizzando il relativo giudizio nei termini slabbrati segnalati in precedenza e identificando il pregiudizio non già nella vita indesiderata, ma nella malformazione congenita: «Se il danno non è la nascita, ma la malattia, l'analisi del nesso causale cambia totalmente. Certamente, infatti, se il medico avesse fatto una corretta diagnosi, il concepito sarebbe stato abortito e la malattia non ci sarebbe stata. Se il giudizio contrafattuale è formulato correttamente, sulla base della esatta individuazione del danno lamentato (la malattia e non la nascita) appare evidente che il medico ne è causa, posto che un suo diligente operato avrebbe evitato il danno (la malattia), sia pure attraverso l'aborto» (CRICENTI, [*Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite \(per le ragioni sbagliate\)*](#), cit.; nonché ID., *Meglio non essere mai nati? Il diritto a non nascere rivisitato*, cit., 319 ss., in part. 333-334).

Così ragionando si calpestano, infatti, gli elementi strutturali della responsabilità civile, addossando il risarcimento a quel soggetto alla cui condotta possa essere mossa una qualche censura solo perché risulta il più prossimo all'evento di cui ci si lamenta, anche se questi non l'abbia poi concretamente provocato e anche se sia, peraltro, ampiamente legittimo dubitare che tale evento sgradito integri gli estremi di un danno.

Coloro che manifestano il loro favore per il risarcimento da vita indesiderata hanno per lo più puntato sull'esigenza di reagire alla condotta imperita del medico che comunque sussiste anche nel caso di malformazioni genetiche; ma, se l'effettiva imperizia non ha prodotto alcun pregiudizio, il meccanismo della responsabilità civile non si può attivare, a meno di non includere – come puntualmente accade anche nel dibattito sul danno al concepito (MONATERI,

“La marque de Cain” *la vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell’alambicco*, cit., 295-302; A. GUARNERI, Wrongful life, bébé préjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 499 s., in part. 508) – tra le sue finalità anche quella di sanzionare contegni illeciti o comunque censurabili. Un esito, peraltro auspicato da una parte della dottrina, che si colloca, tuttavia, al di là del diritto positivo e della corretta evoluzione dei concetti (C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 331 ss.; 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*, cit., 611; F. PIRAINO, «Ingiustizia del danno» e antigiuridicità, in *Europa dir. priv.*, 2005, 711 ss.).

La Cassazione, nel 2012, ha deciso di non percorrere la via della torsione sanzionatoria della responsabilità civile, confermando, per lo meno su questo punto, i propri precedenti, ma ha fornito un esempio emblematico di giurisprudenza di pura equità, dove il termine “equità” non designa l’esito in definitiva giusto della decisione, nonostante qualche forzatura sistematica, ma più semplicemente la discrezionalità massima del procedimento decisorio, che la dottrina più attenta ha di recente segnalato con qualche preoccupazione nell’ambito di un tentativo di confutazione della legittimità, in sede aquiliana, della forma di giudizio del bilanciamento di interessi (N. RIZZO, *Giudizi di valore e «giudizio di ingiustizia»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 295 ss.). E allora, se si volesse adottare un linguaggio maggiormente puntuale e veritiero, piuttosto che di giurisprudenza di equità si dovrebbe discorrere di giurisprudenza arbitraria, alla quale la sentenza delle Sezioni unite in commento pone un freno quanto mai opportuno e auspicato.

Questa Nota può essere così citata:

F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite, 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016