



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2019

GEREMIA ROMANO

Responsabilità medica, malformazioni genetiche e opzione ermeneutica

ABSTRACT – Unwanted birth medical liability, whether due to diagnostic error or failure to comply with the information requirements, has been affected by a progressive widening of the area of damages and legitimate assets, until the United Sections of the Cassation intervened to remedy a contrast between the pronouncements of the Third Chamber, issued between 2004 and 2012. What seemed an evolution, in the service of the maximum realization of constitutional values, has undergone a foreseeable arrest with greater respect for the principle of legality. In fact, the thesis which considered the injury of the self-determination of the pregnant woman, in relation to abortion, as a mediated cause of the child's illness, as avoidable if it had not been born, led to an overlap of plans between the prerequisites for the birth of the right and the interest protected. The evolution presented common traits with other developments of medical liability, in the direction of the maximum protection of the good health, by the use of the judicial precomprehension. Reconstruction tends to preserve the validity of legal reasoning informed to that model of argument.

KEYWORDS – medical liability, diagnostic error, unwanted birth, legal information, abortion.

Responsabilità medica, malformazioni genetiche e opzione ermeneutica**

SOMMARIO: 1. Premessa. Malformazioni genetiche e responsabilità medica da nascita indesiderata per errore diagnostico o per inadempimento agli obblighi informativi. Il problema del danno risarcibile e della legittimazione attiva. Il contrasto di giurisprudenza: opzione ermeneutica e di metodo come tratto caratterizzante l'evoluzione della regola di responsabilità - 2. La questione giuridica: la prospettiva del nato con malformazioni. La lesione del diritto di autodeterminazione della madre come possibile causa mediata dello stato di infermità del figlio, evitabile attraverso l'aborto: un'ipotesi di lavoro. L'evitabilità dello stato di infermità come presupposto della responsabilità medica per danni al nato disabile. Il nesso causale tra errore diagnostico e danno risarcibile. Delimitazione dell'analisi alla questione della legittimazione attiva del menomato - 3. Malformazioni che impediscono una vita autonoma e dovere di solidarietà. Il danno da nascita indesiderata risarcibile alla madre e ai familiari. La domanda di tutela promossa dal disabile tra interesse ad una vita sana e dignitosa e danno da nascita indesiderata. Il danno lamentato dal menomato - 4. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla legittimazione attiva del nato con malformazioni. La tesi negativa e la confutazione del c.d. diritto a non nascere, se non sano. Risarcibilità del danno al feto, procurato da azione o omissione del medico. Il presunto diritto all'aborto: danno risarcibile, bene tutelato e valutazione di evitabilità - 5. La tesi positiva: l'errore diagnostico come causa di lesione della libertà di autodeterminazione della madre e come fatto illecito produttivo di conseguenze dannose nella sfera giuridica del concepito. Dal danno da malformazione al danno derivante dallo stato funzionale di infermità: l'impedimento ad un'esistenza idonea a consentire il pieno sviluppo della personalità umana. La presunta analogia con il danno procurato al feto da azione o da omissione del medico. La tutela codicistica in ipotesi di disposizione a favore di nascituri

* Professore ordinario di Diritto civile e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia presso l'Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

- 6. *La composizione del contrasto giurisprudenziale per intervento delle Sezioni Unite della Cassazione tra riproposizione di argomenti e invito al rispetto della legalità. Superamento del limite posto dalla carenza di soggettività giuridica e risarcibilità del danno al malformato a condizione che sia causato da azione o omissione del medico - 7. Conclusioni. Dal diritto a nascer sano alla tutela dell'interesse ad una vita sana e dignitosa. Opzione di metodo e suo ruolo decisivo nella formazione della regola di governo della responsabilità medica.*

1. Premessa. Malformazioni genetiche e responsabilità medica da nascita indesiderata per errore diagnostico o per inadempimento agli obblighi informativi. Il problema del danno risarcibile e della legittimazione attiva. Il contrasto di giurisprudenza: opzione ermeneutica e di metodo come tratto caratterizzante l'evoluzione della regola di responsabilità

Le malformazioni genetiche – come, più in generale, le patologie genetiche ed ereditarie – rappresentano una fatalità, generata dal funzionamento di meccanismi e di fattori imponderabili di trasmissione (appunto, ereditaria), da una generazione a quella successiva.

Il giurista è stato investito da una serie di questioni, riguardanti il più ampio tema della c.d. responsabilità medica da c.d. nascita indesiderata¹; e tra queste, l'evoluzione più travagliata, ma anche più

¹ Le prime riflessioni della dottrina, su tematiche generate dalla c.d. nascita indesiderata, risalgono agli anni Novanta, anche per input di una giurisprudenza di merito chiamata più volte a pronunciarsi, con esiti che non sempre sono apparsi appaganti. A testimonianza dell'interesse scientifico suscitato dalla materia, si segnalano una serie di contributi di autorevoli giuristi, confluiti, sul finire del decennio, in Ant. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milano, 1999. Negli anni successivi le questioni sono approdate in Cassazione, alimentando un più vivace dibattito. Oltre ai lavori che saranno citati nel prosieguo, possono essere, sin d'ora, richiamati: F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contratto e Impresa*, 3/2009, 537 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in S. RODOTÀ e M.C. TALLACCHINI (a

suggestiva, ha interessato le ipotesi di omessa o errata diagnosi di malformazioni genetiche² o, ancora, la carenza di informazioni adeguate, sulla trasmissibilità ereditaria di alcune patologie³.

cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* Rodotà-Zatti, Giuffrè, Milano, 2010; M. GORGONI, *Responsabilità per omessa informazione delle malformazioni fetali*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 62 ss.; P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*, in *Corr. Giur.*, 1/2013, 59 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Giappichelli, Torino, 2014, 420 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, 87 ss.; D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo. Vite nascenti ed autodeterminazione procreativa. Atti del convegno di Genova (24 maggio 2013)*, Giappichelli, Torino, 2015; F. PIRAINO, *I confini della responsabilità civile e la controversia sulle malformazioni genetiche del nascituro: il rifiuto del c.d. danno da vita indesiderata*, in *Nuova giur. civ.*, 3/2016, 450 ss. Più di recente, A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018, 51 ss.

² L'errore diagnostico, quale possibile fonte di responsabilità da nascita indesiderata (in particolare, per omessa o errata diagnosi di malformazioni genetiche) viene in rilievo, essenzialmente, quale impedimento all'autodeterminazione della donna, ai fini dell'interruzione volontaria di gravidanza (d'ora in poi, anche I.V.G.), di cui alla l. 22 maggio 1978, n. 194. Nessun dubbio sulla risarcibilità per lesione di questa peculiare e complessa prerogativa della donna. Il dibattito giurisprudenziale ha riguardato una pluralità di profili; e tra essi, merita un preliminare cenno la determinazione dell'onere e dei temi di prova che, soltanto in tempi recenti, ha prodotto soluzioni ermeneutiche condivise. Si richiede, in fatti, la prova dell'inadempimento del medico ad uno specifico obbligo informativo, la ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 6, l. n. 194 del 1978 (su cui, *infra*, nota 15) e, in fine, la prova che, in assenza di tale inadempimento, la donna avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza. Per una recente ricostruzione, M. CORTESE, *Nascita indesiderata o conseguenze da nascita malformata: insoliti profili risarcitori e prova del nesso causale*, commento a Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, in *Danno e resp.*, 4/2017, 507, nota 1. In relazione alla prova del nesso causale, la Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a sanare un contrasto di giurisprudenza [ad un primo orientamento risalente a Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Danno e resp.*, 11/2002, 1148, e successivamente ribadito da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giur. it.*, 2005, 1147; da Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ.*, 8-9/2010, 582; da Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Danno e resp.*, 4/2011, 382; e Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, in *Nuova giur. civ.*, 12/2011, 1252, si era contrapposto l'indirizzo, inaugurato da Cass., 2

ottobre 2012, n. 16754 (in *Corr. giur.*, 2013, 45 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il danno al nascituro*, cit.; in *Resp. civ. prev.*, 2013, 148 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla sacralità della vita alla rilevanza della qualità della vita*; 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*) e seguito da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Foro Padano*, 4/2013, 374; da Cass., 10 dicembre 2013, n. 27528, in *Giur. it.*, 7/2014, 1585; e da Cass., 30 maggio 2014, n. 12264, in *Danno e resp.*, 12/2014, 1143]. Il Supremo Collegio, muovendo dall’assunto secondo il quale l’onere in capo alla gestante include 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, ha isolato i temi di prova riferibili alla gestante. Questi 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 il pregiudizio subito per il mancato esercizio della scelta di abortire, non essendo ammissibile la figura del danno in *re ipsa*, sì che «occorre che la situazione di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, ex art. 6 lett. b) l. n. 194 del 1978 (danno potenziale), si sia poi tradotta in danno effettivo, eventualmente verificabile anche mediante consulenza tecnica d’ufficio». A proposito dei requisiti di cui all’art. 6 l. n. 194 del 1978, ad ogni modo, le Sezioni Unite hanno valorizzato il ricorso alle presunzioni ex artt. 2727 ss. c.c. Le conclusioni della Corte si ritrovano ribadite in Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, in *Danno e resp.*, 4/2017, 503 ss. L’errore diagnostico, in ordine a malformazioni genetiche, ha fornito alimento ad un’altra serie di questioni, involgenti l’oggetto del danno risarcibile e la legittimazione attiva di soggetti ulteriori, rispetto alla madre del nato malformato; in particolare, di quest’ultimo.

³ La mancata informazione sui rischi di trasmissibilità ereditaria di una patologia pone analoghi problemi a quelli correlati all’errore diagnostico, sulle condizioni di salute del feto. Merita di essere segnalata, a tale riguardo, la controversia decisa da Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., variamente annotata: in *Corr. giur.*, 2004, 1431 ss., con nota di A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*; in *Fam. e dir.*, 2004, 559 ss., con nota di G. FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*; in *Danno e 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, 136 ss., con nota di E. GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse* e L. FAMULARO, *Il danno ingiusto della nascita*, *ivi*, 2405 ss. Nel caso sottoposto alla valutazione del giudice, il medico convenuto in giudizio, nonostante accertamenti clinici avessero evidenziato la presenza, in entrambi i genitori, di una tara talassemica, non aveva dato loro alcun avvertimento sui rischi di

L'espressione "nascita indesiderata" comunica una sorta di contraddizione in termini, giacché l'esistenza della persona umana, la vita, rappresentano il bene più alto, già senza dover scomodare i dogmi dell'etica o dei credi religiosi.

Per il giurista, quella espressione è, piuttosto, una sintesi verbale, utilizzata per designare ipotesi disomogenee⁴: l'evento scongiurato (appunto, la nascita) può esserlo, per così dire, "a priori", in virtù di precise istanze della gestante⁵; e, in questa eventualità, le domande di

trasmissione della malattia ereditaria e dunque di una malformazione congenita della nascita, la quale, dopo il parto, era risultata affetta da talassemia *major*. Per il mancato rispetto dell'obbligo informativo, il sanitario è stato condannato a risarcire il danno, tanto dalle corti di merito, quanto dal Supremo collegio; è stata invece rigettata, in tutti i gradi di giudizio, la domanda risarcitoria presentata dai genitori in qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore. La pronuncia in questione assume, nel panorama giurisprudenziale, un rilievo peculiare, essendo la prima con la quale la Cassazione ha preso posizione in ordine al controverso problema della risarcibilità, direttamente nei confronti del fanciullo handicappato, del danno prenatale cagionato dall'inadempimento dell'obbligo di informazione, dovuto dal medico nei riguardi dei genitori. Sul punto, più ampiamente, *infra*, par. 4.

⁴ Il carattere indesiderato di una nascita, pur nella riferita contraddizione che il termine si incarica di esprimere, è il risultato di valutazioni e di aspettative soggettive, le quali condizionano la stessa possibilità di configurare un danno, in relazione all'interesse che si assuma lesa e alle differenti ed eterogenee ipotesi e prospettive, dalle quali la valutazione può procedere. Oltre alle ipotesi di trasmissione ereditaria di malattie genetiche e di fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza ovvero di perdita della possibilità di scelta tra interruzione o prosecuzione della gravidanza, a causa di imperizia medica, consistita nella mancata rilevazione di una malformazione o di una malattia genetica, per una sintesi descrittiva delle varie ipotesi, R. SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 470, il quale richiama, altresì, l'insuccesso di interventi terapeutici o chirurgici, volti ad impedire la nascita; l'errore medico in sede di procreazione assistita o di manipolazione genetica; la lesione alla salute del nascituro durante la vita endouterina o in occasione del parto.

⁵ Eventualmente o, forse, probabilmente, le istanze potranno provenire anche dal compagno della gestante, dal momento che la nascita, là dove indesiderata altresì da questo, potrà generare responsabilità in suo favore. Il riferimento è alle ipotesi di

tutela non hanno proposto questioni particolarmente spinose e, comunque, non hanno coinvolto peculiari conflitti di coscienza⁶.

wrongful conception o *wrongful pregnancy*, nascita non voluta perché conseguente a errata prescrizione contraccettiva, ad errato o omesso intervento di vasectomia o di sterilizzazione tubarica, o a fallito intervento abortivo. In particolare, i giudici sono stati investiti della decisione in ordine alle pretese risarcitorie avanzate dai genitori a séguito di una nascita sana, ma non voluta. Sulla questione della nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva, Trib. Milano, 10 marzo 2014, con nota di I. SARDELLA, *Quali danni risarcibili se nasce un figlio non desiderato?*, in *Danno e resp.*, 6/2015, 615; L. BARDARO, *Nascita indesiderata per errata prescrizione contraccettiva fra onere probatorio, interesse leso e danno risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1265 ss. Per l'ipotesi di errato od omesso intervento di sterilizzazione, si segnala Cass., 24 ottobre 2013, n. 24109, in *Resp. civ. prev.*, 897 ss., con nota di A. BORRETTA, *Responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova.*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ.*, 2002, 441; Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e resp.*, 4/2003, 403, 2002, 39, 61; Trib. Cagliari, 15 maggio 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2012, 29; Trib. Tolmezzo, 2 settembre 2011, in *Fam. e minori*, 9/2011, 57; Trib. Tolmezzo, 7 giugno 2011, *ivi*, 2012, 272; Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, in *Giur. it.*, 7/2016, 1598, con nota di A. FERRERO, *Nascita indesiderata - nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*. Sul differente ma contiguo tema del danno conseguente alla nascita di un figlio, a séguito di fallito intervento abortivo, Cass., 29 gennaio 2018, n. 2070, in CED Cassazione 2018.

⁶ Non si può trascurare la singolare interferenza con le personali convinzioni – etiche, morali o religiose – che alcuni temi devono scontare: tra questi, si deve annoverare l'intero àmbito, oggetto del presente scritto. Di certo, il controllo delle nascite attraverso il ricorso a pratiche volte ad impedire la procreazione (quali vasectomia o sterilizzazione tubarica) è da considerare oggetto di una libera scelta della coppia. La libertà di decidere se procreare o non, in quanto estrinsecazione della libertà personale riconosciuta a ciascun individuo dall'art. 13 cost., costituisce «attuazione di uno dei diritti fondamentali dell'uomo» per G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, 129 ss. e 188 ss.; ID., *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 212. Sul fondamento del diritto alla procreazione, anche G. BILÒ, *Il danno nella procreazione: nascite mancate e nascite indesiderate*, in M. SESTA (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2008, 464 ss.

Il problema molto delicato, in vero, si pone quando è la nascita a rivelare aspetti che, in qualche modo, possono farla qualificare indesiderata⁷ o, come sottolineato di recente, l'esito del parto riveli qualche effetto sorpresa⁸ che, tuttavia, analisi mediche più accurate o una consulenza più approfondita, durante la gestazione, avrebbero potuto preannunciare; e, sotto un profilo contiguo, dal primo dipendente, quando colui che nasce con malformazioni genetiche avanzi una tutela risarcitoria.

Da un lato, dunque, il problema dei contenuti e dell'ampiezza degli obblighi informativi posti a carico del medico e/o del presidio ospedaliero e, conseguentemente, le alternative o il concorso tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale: ma, in questa direzione, la pur peculiare situazione di fatto può rinvenire efficace conforto e attingere persuasive soluzioni, nel dibattito generale sulla responsabilità medica⁹.

⁷ A differenza dei casi di procreazione non desiderata sopra richiamati (*supra*, nota 4), in cui la nascita risulta indesiderata, a prescindere da ogni valutazione sulla salute del feto, si può ipotizzare che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, nel caso in cui il feto fosse stato affetto da malformazioni o avesse presentato grave patologia; le quali, si possono rivelare soltanto al momento della nascita, o per via di danni cagionati al momento del parto ovvero, semplicemente, perché la gestante non si è sottoposta ad alcuna analisi clinica prenatale o, in fine, perché le malformazioni o la patologia non sono state diagnosticate, durante la vita endouterina, per un errore medico. Per ora, sul tema, F. GALGANO, *op. cit.*, 537 ss.; L. VIOLA, *Il nascituro ha il diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere*, in *Resp. civ.*, 2009, 70 ss.

⁸ Nel senso che alla "sorpresa" di conoscere la condizione patologica del figlio, all'esito della gravidanza, si debba attribuire autonoma efficacia causale del danno alla salute psico-fisica della madre (differente dal danno da lesione del diritto di autodeterminazione alla eventuale scelta abortiva), Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, cit. La sentenza è annotata da M. CORTESE, *op. cit.*, il quale condivide il rilievo che l'effetto sorpresa possa comportare per i genitori una sofferenza maggiore rispetto all'apprendere della malformazione per gradi e, dunque, sia meritevole di una soddisfazione riparativa; ma sottolinea anche i rischi che una moltiplicazione delle poste di danno possa operare al servizio di finalità estranee alla funzione che la responsabilità civile è chiamata ad assolvere (*ivi*, 509 ss.).

⁹ La responsabilità del medico, dipendente da struttura ospedaliera, come noto, è all'origine di una significativa e, tuttora, travagliata evoluzione ermeneutica.

L'impostazione più risalente riconduceva la responsabilità del sanitario (dipendente) nell'alveo della responsabilità aquiliana. L'inadeguata tutela che ne conseguiva per il paziente, sul piano del riparto dell'onere di prova e del termine prescrizione, ha successivamente spinto la giurisprudenza a condividere opzioni dottrinali, favorevoli ad un ampliamento dell'area di competenza della genesi del rapporto contrattuale. Decisiva, in questa direzione, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, annotata, tra gli altri, da A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss.; da F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1/1999, 3332 ss.; da M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 ss. La pronuncia accordava rilievo giuridico al contatto sociale tra medico e paziente (v. *infra*, nota 71), dal quale discenderebbero, a carico del sanitario, anche obblighi informativi, la cui violazione sarebbe stata idonea a produrre responsabilità contrattuale. La tesi che attribuisce natura contrattuale alla responsabilità del medico dipendente è stata minata dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. riforma Balduzzi) e, successivamente, dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco). Con tale ultimo intervento, il legislatore sembrerebbe aver ripristinato una sorta di «doppio binario», più coerente con la disciplina codicistica, prevista in generale, per l'ipotesi di responsabilità del datore per fatto dei suoi ausiliari (art. 1228 c.c.); e, quindi, ponendo, da un lato, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria con cui il paziente conclude il contratto di cura (per ciò chiamata, ai sensi dell'art. 7, comma 1, a rispondere ex artt. 1218 e 1228 c.c. delle condotte dolose o colpose dei professionisti ivi impiegati); dall'altro, la responsabilità extracontrattuale del medico ospedaliero ex art. 2043 c.c., ai sensi dell'art. 7, comma 3, l. n. 24 del 2017. Per una più puntuale ricostruzione dell'evoluzione in materia di responsabilità medica, A. DI MAJO, *La salute responsabile*, cit., 1 ss. Per un approfondimento dei risvolti successivi alla legge Gelli-Bianco, senza pretese di completezza, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2/2018, 359 ss.; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2/2012, 85; B. MEOLI, S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»*, Esi, Napoli, 2018; C. BOTTARI e P. DE ANGELIS (a cura di), *Le responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dopo la legge 24/2017*, Bononia University Press, Bologna, 2018; G. ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Esi, Napoli, 2018; P. IANNONE, *La responsabilità medica. Le novità della legge 24/2017*, Aracne, Roma, 2018; D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della*

Dall'altro, il problema del danno risarcibile e del possibile coinvolgimento di una pluralità di soggetti nella legittimazione attiva¹⁰.

struttura sanitaria pubblica e privata, Altalex, Milano, 2018; M. RODOLFI, *Effetti della violazione dell'obbligo di informazione, oneri probatori e modalità di liquidazione del danno da mancato consenso informato*, in C. CASONATO, S. PENASA e M. RODOLFI (a cura di), *Consenso informato e DAT: tutte le novità*, *Il Civilista*, Milano, 2018, 20 ss.; F. ZECCHIN, *La responsabilità medica tra forma e sostanza dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1319 ss.; B. SALVATORE, *La recente legge sul consenso informato. Un passo in avanti in tema di responsabilità medica per violazione degli obblighi informativi?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 993 ss. Più di recente, U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 147.

¹⁰ Oltre alla madre, possono assumere rilievo le posizioni del padre nonché degli altri figli della coppia. La giurisprudenza, per giustificare la legittimazione di costoro, ha fatto spesso ricorso al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi. In tale direzione, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Foro it.*, 1/1994, 2479 ss.; in *Giur. it.*, 1/1994, 550 ss. con nota di D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*; in *Nuova giur. civ.*, 1/1994, 690 ss. con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 403 ss., con nota di E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*; in *Corr. giur.*, 1994, 479 ss., con nota di A. BATÀ, *La tutela del concepito ed il diritto a nascere sano*. Nel caso sottoposto alla valutazione giudiziale, i genitori avevano agito in qualità di legali rappresentanti del figlio per chiedere il risarcimento del danno patito dallo stesso, concretatosi in una cerebropatia irreversibile, determinata dall'errato trattamento praticato all'atto della nascita. La Suprema Corte ha accolto la domanda, rilevando che, con il ricovero della gestante, l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare le cure e le attività necessarie al fine di consentire il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza e prudenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie alla protezione del feto (e del neonato), così da garantirne la nascita, «evitandogli – nei limiti consentiti dalla scienza (da valutarsi sotto il profilo della perizia) – qualsiasi possibile danno». Ad avviso della Corte, la controparte del contratto rimarrebbe pur sempre la partoriente; tuttavia, dal medesimo contratto discenderebbe un'obbligazione accessoria, a garanzia e a protezione di uno specifico interesse del nato. Analogamente, ritiene che il contratto con la gestante sia produttivo di effetti nei confronti delle stesse parti ed altresì di «ulteriori effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, come terzi», Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. Più di recente, nel senso che l'esecuzione del contratto tra medico e gestante, in ipotesi di nascita indesiderata, possa essere considerata per la produzione di effetti

Le varie questioni, rientranti in questo secondo profilo, risultano incanalate su soluzioni accreditate dal conforto del Supremo Giudice di legittimità¹¹, chiamato a comporre un contrasto insorto tra pronunce di una stessa sezione; ma merita di essere, altresì, segnalata l'evoluzione percorsa, i cui tratti, disegnati attraverso la riproposizione degli argomenti che l'hanno accompagnata, rappresentano una testimonianza di un'esperienza giudiziale, dei tempi recenti, non isolata, la quale rischia di ostentare funzione e ruolo di apostolo di giustizia, con le perplessità che ciò può, legittimamente, ingenerare.

Il giudice, in vero, può sentirsi investito di tale compito, a fronte di soluzioni che – nel rispetto di canoni ermeneutici, per così dire, più generali e, fors'anche, più consolidati – potrebbero apparire “ingiuste” e, per tanto, può sentirsi motivato ad inseguire ogni differente opzione ermeneutica, pur di assecondare una soluzione, per così dire, da

pregiudizievoli nella sfera giuridica, oltre che dell'altro genitore, anche dei fratelli, App. Bologna, 20 marzo 2017; in senso contrario, Trib. Alessandria, 26 aprile 2017, entrambe in *Pluris Cedam*. Sul contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, nella dottrina tedesca, cfr. per tutti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14^a ed., München, 1987, 225 ss.; nella dottrina italiana, in vario senso, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in L.VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storica-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2001, 109 ss.; M. MAGGIOLIO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 39 ss.; G.VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Esi, Napoli, 2004; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2003, 357 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 481 ss.; A. THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 2006, 257 ss.

¹¹ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767. All'analisi degli argomenti proposti, variamente annotata: in *Giur. it.*, 3/2016, 543 ss., da D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine... e mezzo delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ.*, 3/2016, 450 ss., da F. PIRAINO, *op. cit.*; in *Danno e resp.*, 4/2016, 349 ss., da S. CACACE, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*; in *Corr. giur.*, 1/2016, 41 ss., da G. BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*.

precomprensione¹², a favore della soddisfazione di un interesse, reputato ampiamente meritevole di tutela, qual è la realizzazione della persona umana, in ogni sua possibile espressione e potenza.

¹² Sulla «precomprensione», fondamentale la compiuta teorizzazione, in generale, di H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Di G. Vattimo, Bompiani, Milano, 1987, 313 ss., il quale sviluppava e portava a ulteriore compimento il «circolo ermeneutico» di Heidegger, là dove, nella tesi heideggeriana, il circolo rappresentava l'essenza dell'operazione ermeneutica nell'interazione tra soggetto e oggetto (come pure tra le parti e il tutto) nella quale la piena comprensione del testo è, costantemente, condizionata dalle valutazioni anticipate prodotte dalla precomprensione. Con indirizzo maggiormente dedicato alla sua rappresentazione e applicazione giudiziale, la precomprensione diviene uno dei momenti attraverso i quali si articola l'operazione ermeneutica, al fine di recuperare la singola questione, oggetto del giudizio, alla razionalità del sistema normativo, sì da conquistare la giustizia del caso concreto, in J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, tr. di S. Patti e G. Zaccaria, Camerino-Napoli, 1983, 50 ss. Secondo l'illustre civilista, nella costruzione della premessa maggiore il giudice riunisce il complessivo materiale normativo, alla luce dell'unità dell'ordinamento (*ivi*, 58), secondo un programma di «razionalità finalistica» (*ivi*, 50); sì che l'assunzione apparentemente logica del giudice è un creativo reintegrarsi di un giudizio di interessi e di valori, il quale era incluso *in nuce* nella norma, con la conseguenza che la riconsiderazione dei limiti entro i quali la norma può ancora operare è un atto di più puntuale fedeltà alla legge non di manomissione (*ivi*, 58). In definitiva, nello scegliere tra il materiale normativo il modello da adottare al caso concreto l'interprete opera una precomprensione selettiva dei possibili risultati delle diverse soluzioni. Del resto, anche nella valutazione dei dati di fatto l'interprete procede selettivamente ricorrendo a criteri tecnici extralegali (*ivi*, 130 ss.); conclusione, più ampiamente, argomentata già in ID., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1974, 260 ss. e 287; con la precisazione che non i fatti vengono sussunti ma la dichiarazione che le caratteristiche presenti nella fattispecie normativa si sono completamente realizzate nel fatto reale, oggetto di giudizio (*ivi*, 59). Per un approfondimento, G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984. Nella civilistica italiana, un'ampia ricostruzione in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, Napoli, 2006, 570 ss. (ed *ivi*, più ampi riferimenti), il quale descrive la precomprensione come una fase del momento assiologico e sistematico di interpretazione e applicazione delle fonti normative,

In questa sede, si intende circoscrivere l'analisi all'ipotesi di danno lamentato, direttamente, dalla persona, nata con malformazioni, sia per le richiamate singolarità che hanno accompagnato il contrasto giurisprudenziale, sia per l'implicazione di quel dato, dotato di grande attrazione assiologica (cioè, il valore costituzionale della realizzazione della persona umana), il quale, per l'incontestabilità della sua valenza giuridica, con il concorso di alcune variabili, orienta corso e sequenze del sillogismo giudiziale.

2. La questione giuridica: la prospettiva del nato con malformazioni. La lesione del diritto di autodeterminazione della madre come possibile causa mediata dello stato di infermità del figlio, evitabile attraverso

non senza avvertire sui possibili rischi di interferenze delle opzioni valutative indotte da soggettivismo e inclini a proporre la chiusura propria dei pre-giudizi. Da un approccio più dommatico, L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 6 ss.; ID., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 15 e 27, ove si sottolinea come la precomprensione, valorizzata in una considerazione sistematica dell'ordinamento giuridico, può trovare nel pensiero topico «un mezzo di controllo razionale» delle sue scelte valutative, nella misura in cui permette di selezionare «tra le ipotesi di soluzioni pensabili, quelle oggettivamente fornite di senso, cioè aperte alla critica e alla correzione», per guadagnare «gradualmente la giusta dimensione del problema che si pone in relazione al caso da risolvere». Nel senso che la precomprensione non deve diventare «pregiudizio» e fraporsi ad una comprensione piena del testo, ma deve conservare le sue prerogative di potenzialità aperta e di progetto dinamico, capace di misurarsi con le difficoltà del testo giuridico e con le specificità del caso singolo, G. ZACCARIA, in F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 187. Non è agevole individuare l'entità del tributo che le evoluzioni ermeneutiche in tema di responsabilità medica debbano riconoscere all'operatività concreta della precomprensione; probabilmente, una misura molto significativa, già in generale, ma certamente anche quanto alle soluzioni dettate con riferimento all'argomento trattato, in questo scritto.

l'aborto: un'ipotesi di lavoro. L'evitabilità dello stato di infermità come presupposto della responsabilità medica per danni al nato disabile. Il nesso causale tra errore diagnostico e danno risarcibile. Delimitazione dell'analisi alla questione della legittimazione attiva del menomato

La questione giuridica sollecitata dalla risarcibilità del danno, da parte del nato malformato, può essere così sintetizzata: se la lesione del diritto di autodeterminazione della madre, possa essere considerata causa mediata dello stato di infermità del figlio, in quanto evitabile se egli non fosse nato.

Posta in questi termini, la questione sembrerebbe porre l'alternativa tra stato di infermità e sua evitabilità attraverso l'aborto.

A rigore, tuttavia, l'alternativa di intuitiva percezione oppone una vita sana e dignitosa, da un lato, e una vita con malformazioni e/o patologie, dall'altro. Una vita, cioè, che consente di cogliere le opportunità per la realizzazione della propria personalità e una vita che ciò non consente, benché per ostacoli posti dalla natura.

Or bene, in questa seconda opzione, a rigore, l'evitabilità (dello stato di infermità) non si può dire che sia offerta dalla possibilità dell'aborto.

Il fatto è che la malformazione genetica deriva dal patrimonio ereditario e, come già riferito, resta una fatalità, legata ai meccanismi di trasmissione generazionale¹³. Al medico si può chiedere soltanto di

¹³ Come noto, l'ingegneria genetica ha messo in seria discussione questa certezza giacché le biotecnologie e le tecnologie di manipolazione dei geni continuano a preannunciare risultati strabilianti. Eppure, la sperimentazione è stata realizzata in tempi, relativamente, recenti, se solo si considera che il c.d. Progetto Genoma Umano, avviato nel 1990, ha condotto alla pubblicazione dei risultati nel corso del 2003. A voler delimitare l'analisi, pare utile consultare il parere fornito dal Comitato nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, *Le new breeding techniques (NBT): 1 - La posizione dei principali portatori d'interesse italiani*, 17/07/2017, reperibile sul sito www.palazzochigi.it. Il Comitato ha adottato una classificazione che distingue tecniche convenzionali di miglioramento genetico (*Conventional Breeding Techniques - CBT*);

prescrivere – con l’adeguata informativa sui rischi, connessi o conseguenti – ogni analisi in grado di preannunciare le condizioni del feto.

Effettivamente, allo stato, in considerazione dei rigorosi limiti normativi alle cc.dd. manipolazioni genetiche¹⁴, la (vita con)

tecniche consolidate di modificazione genetica (*Established Techniques of Genetic Modification* – ETGM) e tecniche innovative di miglioramento genetico (*New Breeding Techniques* – NBT). Per quanto concerne quest’ultime, le più promettenti sono le NBT che consentono la correzione o revisione del genoma (il cosiddetto *genome editing*) per l’ottenimento di precise modificazioni della sequenza di DNA: dalle mutazioni puntiformi (modificazione di uno o *pochi* nucleotidi) all’inserzione di geni *ex novo*. Come riferisce il documento, il *genome editing*, negli ultimi anni, è esploso con lo sfruttamento delle nucleasi RNA dipendenti, proprie del sistema batterico CRISPR (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*) associato all’enzima Cas9 (CRISPR/Cas9) e sistemi analoghi. Il sistema CRISPR/Cas9 si basa sull’impiego della proteina Cas9, una sorta di forbice molecolare in grado di tagliare un DNA bersaglio; può essere programmata per effettuare specifiche modifiche al genoma di una cellula (animale, vegetale o umana). Per un maggiore approfondimento sulla nuova tecnica impiegata, A. GEREMICCA, *Crispr-cas9: come funziona la tecnologia che modifica il DNA*, in *www.magazine.impactscool.com*. Le applicazioni più discusse della tecnica CRISPR investono il campo della ricerca umana e consistono nella manipolazione del genoma in embrioni umani, nel tentativo di correggere alcuni difetti genetici. Di recente, un’equipe cinese di ricercatori ha provato ad utilizzare la tecnica per correggere la mutazione genica della beta-talassemia, una malattia del sangue causata da un difetto nella produzione dell’emoglobina. L’esperimento ha avuto ad oggetto embrioni non vitali, vale a dire ovociti fecondati da due spermatozoi, incapaci di superare le prime fasi dello sviluppo embrionale. Per un approfondimento, AA.VV., *CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human trippronuclear zygotes*, in *Protein & cell*, 2015, 1 ss. Studi scientifici condotti, in epoca successiva, si sono spinti fino ad applicare la tecnica su embrioni normali. Risale, infatti, al 2018 la notizia della nascita di due gemelle cinesi nate con DNA modificato attraverso la tecnica CRISPR per produrre una mutazione sul gene *CCR5* e renderle più resistenti al virus HIV. Cfr. *Baby gene edits could affect a range of traits. Gene targeted for its role in HIV is linked to increased severity of other infectious diseases – and has implications for learning in mice*, in *Nature*, 12/12/2018, in *www.nature.com*.

¹⁴ La sperimentazione sugli embrioni e sull’uomo è oggetto di una disciplina non uniforme, tra gli ordinamenti dei vari Stati, e che è antecedente alla scoperta della tecnica rivoluzionaria CRISPR/Cas9, richiamata alla nota precedente. Il legislatore italiano, con l.

malformazione di matrice ereditaria costituisce evento di danno, per così dire, “evitabile”, soltanto con il rimedio, più radicale, dell’interruzione volontaria della gravidanza; secondo una decisione che è rimessa, in via esclusiva, alla madre del concepito¹⁵.

19 febbraio 2004, n. 40, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita», all’art. 13, comma 3, lett. b) tutela il cd. «diritto all’identità genetica», ossia il diritto a non ereditare un patrimonio genetico alterato. La disposizione recita, infatti, che è vietata ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti e non è ammessa la possibilità di interventi che, attraverso tecniche di selezione, manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell’embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche. È evidente che gli interventi genetici sulle cellule germinali auspicati e da poco sperimentati renderebbero le nuove caratteristiche trasmissibili anche alle generazioni future. Più esplicite e risalenti le raccomandazioni dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, le quali richiamavano il «diritto di ereditare caratteristiche genetiche che non abbiano subito alcuna manipolazione» nel novero dei diritti tutelati dalla Convenzione EDU, chiarendo che ciò non avrebbe dovuto impedire lo sviluppo di forme di ingegneria genetica, quali applicazioni terapeutiche (Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, Raccomandazione del 26 gennaio 1982, n. 934; si v. anche la successiva Raccomandazione del 24 settembre 1986, n. 1046 della medesima Assemblea).

¹⁵ Gli artt. 4 e 5 l. n. 194 del 1978 disciplinano l’interruzione praticata nei primi novanta giorni e statuiscono che, in questo caso, l’aborto è consentito quando la donna «accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito». Dopo i primi novanta giorni, l’I.V.G. può essere praticata, ai sensi dell’art. 6, «a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna», precisando tuttavia all’art. 7, comma 3, che «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l’interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell’articolo 6 e il medico che esegue l’intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto». Il legislatore disciplina altresì l’I.V.G. che «si renda necessaria per imminente pericolo per la vita della donna»: al riguardo, l’art. 7, comma 2, dispone che «l’intervento può essere praticato anche senza lo

svolgimento delle procedure previste dal comma precedente e al di fuori delle sedi di cui all'articolo 8. In questi casi, il medico è tenuto a darne comunicazione al medico provinciale». Si discute se, nel nostro ordinamento, possa ritenersi sussistente un diritto della gestante all'interruzione volontaria della gravidanza: questione non puramente dommatica giacché la risposta all'interrogativo è destinata a condizionare l'area del danno risarcibile. Per la posizione favorevole, C. CASINI e F. CIERI, *La nuova disciplina dell'aborto (Commento alla legge 22 maggio 1978, n. 194)*, Cedam, Padova, 1978, 118 ss.; G. DELL'OSSO, *I soggetti della vicenda abortiva: la donna, il padre, il medico*, in AA.VV., *L'aborto. Aspetti medico-legali della nuova disciplina*, Giuffrè, Milano, 1979, 25. La dottrina dominante nega la configurabilità di un diritto all'aborto: cfr. F.D. BUSNELLI, *Commenti civilistici*, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit.; ID., *Riflessioni in margine a una tempestiva "provocazione"*, in D. CARUSI (a cura di), *Chiamati al mondo*, cit., 126; M. GORGONI, *Il danno da procreazione: profili civilistici*, *ivi*, 42; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto civile* Lipari-Rescigno, IV, Giuffrè, Milano, 2009, 176; G. CRICENTI, *Il concepito ed il diritto di non nascere*, cit., 813 ss.; C. DEL BÒ, *L'interruzione volontaria di gravidanza*, in F. POGGI (a cura di), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carrocci, Roma, 2013, 117 ss.; M. DI MASI, *Obiezione di coscienza e interruzione volontaria di gravidanza: il Consiglio d'Europa ammonisce l'Italia*, in www.questionegiustizia.it, 2014. In giurisprudenza, considerano l'I.V.G., un diritto soggettivo della gestante, Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Nuova giur. civ.*, 1/1995, 1107 ss., con nota di S. ORRÙ, *Sulla responsabilità medica per mancata interruzione della gravidanza*; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giust. civ.*, 1/1999, 672 ss., con nota di G. GIACALONE, *Sull'obbligo di informazione del medico circa le malformazioni del feto e sulla domanda risarcitoria proposta dal padre*; 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*; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Danno e resp.*, 2011, 384 ss., con nota di R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)*; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., secondo la quale i presupposti indicati dalla l. n. 194 del 1978 farebbero sorgere «un vero e proprio diritto all'autodeterminazione della gestante di optare per l'interruzione della gravidanza»; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.; Cass., 27 novembre 2015, n. 24220, con nota di L. MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*, in *Danno e resp.*, 2017, 64 ss. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Foro. it.*, 1986, 1995 ss., con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza*; Trib. Roma, 14 marzo 2012; Trib. Brindisi, 26 giugno 2012; Trib. Ragusa, 20 febbraio

Dalla prospettiva di quest'ultima, non si può escludere che l'interruzione volontaria della gravidanza è idonea ad eliminare, in radice, il problema, in ipotesi nelle quali la malformazione preannuncia l'impossibilità, per il malformato, di una vita autonoma e la necessità di assistenza, a tempo indeterminato, che i genitori potranno assicurare, nei limiti di un loro futura sopravvivenza al disabile.

L'ipotesi che, più di frequente, è stata sottoposta al vaglio giudiziale è la nascita con affezione da sindrome di Down¹⁶; ed è banale la constatazione che, in simili casi, pur in presenza di adeguata informativa, la decisione della madre di ricorrere alla soluzione, più drastica, appena enunciata, è tutt'altro che scontata: sia perché il carattere "indesiderato" della eventuale nascita discende da valutazioni, meramente, soggettive¹⁷, sia perché la scelta di abortire potrebbe essere inibita da convinzioni morali, etiche, religiose o, comunque, personali¹⁸.

2015; e Trib. Roma, 11 novembre 2015, tutte in *Pluris Cedam*. Discorre dell'I.V.G. come facoltà condizionata della gestante, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 93. Configurano l'interruzione della gravidanza quale libertà riconosciuta alla donna, seppur con posizioni diverse, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica*, cit., 248; G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità*, cit., 120. Da ultimo, considera la scelta della gestante di interrompere volontariamente la gravidanza non come situazione giuridica soggettiva, ma come elemento di fattispecie, in particolare di un fatto giuridico impeditivo, D. FARACE, *Interruzione volontaria della gravidanza e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2018, 798.

¹⁶ Tra le altre, Cass., 10 gennaio 2017, n. 243, cit.; Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

¹⁷ L'impatto della c.d. nascita indesiderata potrebbe difatti variare da caso a caso, a seconda delle condizioni personali, come pure in relazione alla salute ed alla situazione socio-economica della gestante nonché del nucleo familiare.

¹⁸ Si potrebbe, per tanto, verificare che consulenza e prescrizioni mediche abbiano raggiunto il massimo risultato informativo per la paziente; che la donna, pur afflitta, emotivamente, dalla trasmissione ereditaria della grave patologia, decida di portare a termine la gravidanza, per il conflitto generato dalle sue convinzioni soggettive. La situazione che consegue alla mancata scelta della genitrice è, pur sempre, quella stessa compromissione – delle condizioni e della qualità della vita del nato, come pure dei

Il primo problema, dunque, limitatamente alla responsabilità medica, per le ipotesi di malformazioni genetiche, riguarda il nesso eziologico tra l'errata o omessa diagnosi e il danno risarcibile; nel senso che quest'ultimo non è prodotto dall'omissione o dall'azione errata del medico¹⁹, né è da lui evitabile. Il che induce ad interrogarsi, in subordine, sul diritto ovvero o sul bene della vita che si assume lesa.

L'altro problema, in grado di generare significativi contrasti ermeneutici, è quello della legittimazione attiva dei familiari.

In fine, il problema più spinoso della legittimazione attiva del nato con malformazioni genetiche.

3. Malformazioni che impediscono una vita autonoma e dovere di solidarietà. Il danno da nascita indesiderata risarcibile alla madre e ai familiari. La domanda di tutela promossa dal disabile tra interesse ad

componenti del nucleo familiare, in cui è inserito – la quale costituisce il pregiudizio da nascita indesiderata: in ipotesi, si tratterebbe di danno da procreazione, che potrebbe lamentare il figlio, nei confronti di entrambi i genitori, per la trasmissione della malattia ereditaria (i cui presupposti sarebbero tutti da verificare!). Sarebbe, altresì, lecito domandarsi (e si tratterebbe di domanda retorica!) se anche i familiari del nato possano vantare danni risarcibili, nei confronti della donna che – pur essendo stata informata della patologia ereditaria – non si sia determinata alla interruzione volontaria della gravidanza.

Com'è agevole notare, il ricorso all'argomento per paradosso è in grado di rivelare che questi interrogativi sono, davvero, mal posti giacché, in ciascuno, difetta almeno un presupposto per l'operatività della responsabilità civile; e sono in grado anche di comunicare qualche argomento utile a risolvere la questione principale, affrontata in queste pagine.

¹⁹ La questione sorge, in generale, in tutti i casi di errata o omessa diagnosi di qualsiasi patologia: il danno è prodotto dal decorso naturale degli eventi e all'errore medico, tutt'al più, si potrebbe imputare il differente decorso degli eventi che avrebbe potuto innescare la preventiva conoscenza del pregiudizio, da parte della gestante. In argomento, F. PIRAINO, *op cit.*, 454.

una vita sana e dignitosa e danno da nascita indesiderata. Il danno lamentato dal menomato

La nascita con malformazioni genetiche, in particolare, quando è compromessa la possibilità della persona di vivere ed organizzare una vita autonoma, fuori dal nucleo familiare, genera un istintivo senso di solidarietà: certamente, i disagi e le difficoltà sono direttamente proporzionali con la piena capacità di autocoscienza del disabile, ma è innegabile che la qualità della vita e le possibilità di cogliere le opportunità che la vita concede a ciascuno, per realizzare la propria personalità, sono pregiudicate.

Il nostro sistema ordinamentale – in coerenza con una finalità dello Stato sociale – dispone a carico della collettività un’espressione di solidarietà²⁰, riconoscendo una pensione sociale in favore della persona affetta da minorazioni²¹: una misura che riflette, appieno, i principi espressi dagli artt. 2 e 3, comma 2, cost.

Resta a carico del nucleo familiare l’approntamento delle misure concrete e la sopportazione di ogni onere economico supplementare, necessari a dare assistenza completa al disabile; il che significa che le condizioni economiche della famiglia del disabile condizionano le concrete possibilità per assicurare al disabile una vita dignitosa, anche attraverso un’assistenza completa, morale e materiale.

A noi pare che sia i principi che informano la riparazione del danno aquiliano, sia i principi della determinazione del danno risarcibile da

²⁰ L’argomento è ben posto in evidenza da F. PIRAINO, *op. loc. ult. cit.*, là dove, per converso, non si può accogliere «l’iniqua soluzione» di trasferire sul medico il relativo peso economico, «soltanto perché il suo esatto adempimento avrebbe potuto imprimere agli eventi un corso differente».

²¹ Il riferimento è alla l. 30 marzo 1971, n. 118; in particolare, agli artt. 12 e 13 della medesima legge.

responsabilità contrattuale²² consentono di trasferire il peso economico di questa assistenza materiale sul medico il quale, in dispregio delle regole

²² L'area dei danni risarcibili risulta delimitata dalle previsioni codicistiche, le quali consentono di attribuire rilievo soltanto ai danni che siano conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento o del fatto illecito (artt. 1223 e 2056 c.c.), con esclusione, dunque, dei danni evitabili o conseguenti ad un comportamento colposo del danneggiato (artt. 1227 e 2056 c.c.) nonché i danni imprevedibili, nel caso di inadempimento non doloso (art. 1225 c.c.). Alla base di tali disposizioni si rintraccia il concetto di danno effettivo, per inferire che l'obbligazione risarcitoria debba assicurare al danneggiato «né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o dell'illecito» (così, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1967, *sub* art. 1223, 227). Il modello codicistico sembra sottendere, quindi, un principio compensativo, in virtù del quale lo strumento risarcitorio risulta orientato alla riparazione della sfera giuridica lesa. Le riflessioni sulla responsabilità extracontrattuale hanno condotto a ritenere che la funzione di quest'ultima risiede nel compensare le vittime dei danni, ripartendone il carico tra i consociati (cfr. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 1187. A tale approdo la dottrina è giunta mediante una rilettura dell'istituto operata a partire dagli anni Sessanta (cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (Diritto vigente)*, in *Nov. dig.*, VIII, Utet, Torino, 1962, 164 ss.; ID., *Risarcimento del danno*, *ivi*, XVI, Utet, Torino, 1969, 4 ss.); di guisa che risulta ormai superata la concezione tradizionale, in virtù della quale il risarcimento rappresenterebbe un mezzo per prevenire e sanzionare il comportamento riprovevole dell'agente. È stato osservato, tuttavia, che l'aspetto riparatorio non sarebbe sufficiente a esaurire la spiegazione funzionale dell'istituto, poiché – è stato posto in evidenza – la traslazione dei danni in capo ad un soggetto diverso dalla vittima sembrerebbe richiedere una giustificazione ulteriore, la cui individuazione non si è mostrata affatto pacifica (cfr. C. SALVI, *op. loc. cit.*). Da un primo punto di vista, è stato rilevato che l'esito delle regole risarcitorie non sarebbe definitivo, poiché il danno potrebbe essere trasferito, in tutto o in parte, su altri soggetti della collettività, per esempio attraverso meccanismi assicurativi ovvero a séguito della sua riconduzione all'interno dei costi del soggetto chiamato a risponderne. In questa direzione, sono stati condotti diversi studi sulle conseguenze economiche delle regole risarcitorie, al fine di tracciare un modello idoneo a conseguire effetti economici ottimali (il riferimento è ai lavori di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e*

della buona pratica medica, non abbia consentito alla madre del disabile di autodeterminarsi, nel valutare l'opportunità di un'interruzione volontaria della gravidanza.

Si tratta di una porzione di danno risarcibile alla madre o, comunque, ai genitori²³, sui quali questa assistenza grava come adempimento di un obbligo di solidarietà, di rilievo costituzionale (art. 2 cost.), là dove, quest'obbligo si specifica, in ambito familiare, come dovere di mantenimento, di educazione e di istruzione dei figli (art. 30¹ cost.)²⁴.

responsabilità civile, trad. it. di De Vita, Varano e Vigoriti, Giuffrè, Milano, 1975; H. KLEMME, *The Enterprise Liability Theory of Torts*, in *Columbia Law Review*, 1976, XLVII, 153 ss.; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*², Boston-Toronto, 1977, 137 ss.; W.M. LANDES e R.A. POSNER, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, in *Georgia Legislative Review*, 1981, XV, 851 ss.). In una prospettiva solidaristica, priorità è stata data invece alla tutela del danneggiato, così da giustificare la traslazione del danno a carico dell'autore dell'attività dannosa, nel maggior numero di casi (Cfr. L. GREEN, *The Duty Problem in Negligence Cases*, in *Columbia Law Review*, 1928, XXVIII, 1014 ss.). Per un maggiore approfondimento sul tema, anche in un'ottica di diritto comparato, G. CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Bari, 2018, 21 ss.

²³ Riconosce ai genitori un risarcimento del danno anche di natura patrimoniale, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario in termini di causalità adeguata, Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. Aderisce a tale orientamento, Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015, cit., ove il danno economico risarcibile, a favore dei genitori, è quantificato sulla base delle spese che gli stessi dovranno sostenere per il mantenimento del figlio fino alla sua indipendenza economica, presuntivamente fatta coincidere con il compimento del ventitreesimo anno di età. Si veda, altresì, App. Bologna, 20 marzo 2017, cit.

²⁴ In questa direzione, Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, 3115; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. L'argomento è stato oggetto di particolare approfondimento nell'esperienza tedesca, dove il riconoscimento di una compensazione per i genitori presuppone che, nel caso di specie, l'aborto fosse consentito. L'art. 218 del codice penale tedesco permette infatti alla donna di abortire in ogni caso in cui vi sia un pericolo per la salute o la vita della medesima, non altrimenti evitabile; nell'interpretazione datane dai tribunali, un pericolo per la donna potrebbe derivare anche dalla nascita di un bambino affetto da gravi menomazioni (sul punto, F.B. D'USSEAU, *Lo Schmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita*

Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale si è, però, trasferito anche sul contiguo campo della risarcibilità del danno, presuntivamente, subito dal nato con malformazioni. Anzi, la questione avrebbe potuto esser posta, inizialmente e pregiudizialmente, con riferimento alla legittimazione attiva del disabile giacché si tratta di danno che interessa la sua sfera esistenziale²⁵, salvo poi a verificare i presupposti per un'ipotesi di

indesiderata nell'ordinamento tedesco, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., 121 ss.). In Francia, invece, l'azione dei genitori viene riconosciuta in forza della *loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 «relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé»*, il cui art. 1 recita testualmente: «*Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagé e vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisé e, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice*» (sulle questioni relative alla nascita indesiderata nell'ordinamento francese: M. DASSIO, *Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese*, ivi, 99 ss.; più di recente G. CRICENTI, *Il concepito e il diritto di non nascere*, cit., 816). La legittimazione attiva dei genitori nei confronti del medico che non abbia diagnosticato le malformazioni del feto viene ormai riconosciuta altresì dalle giurisdizioni inglesi: cfr. *Rand v. East Dorset Health Authority*, 56 BMLR 39; *Hardman v. Amin*, 59 BMLR 58 (QBD). Per un più approfondito esame della questione, in ottica comparatistica: G. DEMME e R. LORENTZ, *Responsabilité civile et naissance d'un enfant. Aperçu comparatif*, in *Rev. intern. Droit comp.*, 2005, 104 ss.; G. CRICENTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁵ Sembra, in fatti, che la questione – come riferisce M. CORTESE, *op. cit.*, 510, nota 13 – sia risalente già a Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, 987, con commento di F. CARNELUTTI, *Postilla a tribunale di Piacenza 31 luglio 1950*, fortemente critico verso la decisione. La Suprema Corte ebbe ad accogliere, allora, le richieste risarcitorie che un ereditario aveva avanzato nei confronti dei genitori i quali, avendogli trasmesso la sifilide, lo avevano condannato ad una vita infelice. Per una ricostruzione sintetica del problema, in un'ottica comparata, G. CRICENTI, *op. ult. cit.*, 817 ss., il quale rileva che, in diverse esperienze giuridiche, prevale la tendenza a rigettare la domanda di tutela proposta dal minore. Particolare attenzione merita l'esperienza francese, ove ha fatto molto discutere il c.d. *affaire Perruche* (*Cour de cassation*, 29 Mars 1996; *Cour de cassation, Assemblée plénière*, 17 Novembre 2000), su cui: L. AYNÈS, *Le préjudice de l'enfant handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation*, Paris, 2001, 492 ss.; C. LAROUSSE-RIOU, B. MATHIEU, *La vie humaine peut-elle être un préjudice?*, Paris, 2000, 44

estensione, sul piano della legittimazione, alla madre, al padre e agli altri familiari ovvero, più correttamente, la sussistenza dei presupposti per la delimitazione, in loro favore, dell'area di danno risarcibile, dal momento che, per il padre e per i fratelli (più ancora che per la madre) la delimitazione del pregiudizio, da essi, direttamente, subito non è operazione agevole.

Come riferito, per le finalità scientifiche assegnate a questo scritto, sarà analizzata soltanto la questione della risarcibilità del danno al disabile, da presunta nascita indesiderata.

In questa direzione, appare opportuno procedere, in via preliminare, all'opera di individuazione del danno lamentato dal disabile, riprendendo lo spunto proposto ad inizi del secondo paragrafo, là dove – dalla prospettiva dello stesso disabile – l'alternativa si pone tra una vita sana e dignitosa, da un lato, e una vita ostacolata dall'infermità, dall'altro.

ss., si vedano B. MARKESINIS, *Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2001, 77 ss.; D. de BECHILLON, *Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales?*, *ivi*, 2002, 47 ss.; P. MURAT, *Wrongful life à la française*, in *Jur. class. per.*, 1996, 282 ss. (relativo alla prima pronuncia della Cassazione sul caso); M.A. HERMITTE, *La contentieux de la naissance d'enfants handicapé*, in *Gaz. Pal.*, 1997, 1403 ss. (anche questa sulla prima decisione); G. VINEY, *Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion*, in *Jur. class. per.*, 2001, 286; G. MÉMETEAU, *L'action de vie dommageable*, *ivi*, 2000, 279; L. MAYAUX, *Naissance d'un enfant handicapé: la Cour de cassation au péril de la causalité*, in *Rev. gén. Droit ammin.*, 2001, 13. In quell'occasione la *Cour de cassation*, modificando l'orientamento espresso dalla giurisprudenza antecedente, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nei confronti del medico, non soltanto, ai genitori ma anche al figlio stesso, affetto da malformazioni molto gravi a causa della rosolia contratta dalla madre nel periodo prenatale; ciò, in quanto gli errori commessi dal dottore e dal laboratorio avevano impedito alla donna di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza e, in tal modo, avevano contribuito alla nascita di un bambino con menomazioni. In séguito a tale arresto, il legislatore d'oltralpe è intervenuto per escludere in maniera espressa che la persona con handicap potesse avanzare qualsivoglia pretesa per il solo fatto della nascita, quando la menomazione non sia stata provocata, aggravata o evitata da errore medico (cfr. *Loi n. 2002-303 du 4 mars 2002*).

Il danno risarcibile presuppone la lesione di una situazione giuridica soggettiva, di un diritto o di un interesse giuridicamente rilevante.

La ipotetica configurabilità di un diritto a nascere o a nascere sano o a non nascere, se non sano, com'è intuibile, è destinata ad orientare le tappe successive sull'individuazione del danno risarcibile al nato malformato.

Or bene, ai fini appena esposti, la questione della soggettività del nascituro o la prerogativa della gestante, in ordine alla sua autodeterminazione all'aborto, sono in grado di apportare argomenti di confutazione o anche solo di contraddizione, in ordine ai contenuti di un presunto diritto (pur nel variegato contenuto, preannunciato dalle varie soluzioni); non sembra, tuttavia, che identica sorte sia riservata anche alla individuazione di un interesse del disabile ad una vita sana e dignitosa.

4. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla legittimazione attiva del nato con malformazioni. La tesi negativa e la confutazione del c.d. diritto a non nascere, se non sano. Risarcibilità del danno al feto, procurato da azione o omissione del medico. Il presunto diritto all'aborto: danno risarcibile, bene tutelato e valutazione di evitabilità

La risposta negativa alla risarcibilità del danno al disabile, da presunta nascita indesiderata, predisposta da un consolidato orientamento giurisprudenziale²⁶, ha fatto leva sulla inconfigurabilità, nel nostro

²⁶ La soluzione prescelta dal richiamato indirizzo era stata già caldeggiata da una parte della dottrina, la quale, all'indomani del caso Perruche (su cui, *supra*, nota 25), aveva colto l'occasione per esprimere riserve sulla risarcibilità del danno, da omessa diagnosi delle malformazioni fetali, a favore dello stesso soggetto nato con malformazioni. In questa direzione, le notazioni di M. GORGONI, *Nascere sani o non nascere affatto, verso un nuovo capitolo della storia della naissance d'enfants sains non désirés*, in *Danno e resp.*, 5, 2001, 476 ss.; e di R. SIMONE, *Danno alla persona*, cit., 491 ss., in part. 493. Come rileva R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale*:

ordinamento, di un diritto del concepito di essere procreato sano o, per converso, di non essere procreato affatto (c.d. diritto a non nascere, se non sano)²⁷.

interessi protetti e danni risarcibili, in *Giur. it.*, 2013, 635, sebbene le corti di merito siano state chiamate, frequentemente negli anni, a pronunciarsi sulla questione, la Cassazione si è soffermata, diffusamente, per la prima volta, con la sentenza del 29 luglio 2004, n. 14488. Con una motivazione molto ampia e articolata, da un lato, il Supremo collegio ha confermato il risarcimento del danno in favore di entrambi i genitori, i quali lamentavano il pregiudizio conseguente all'omessa informazione in ordine alla malformazione del feto, in quanto la gestante avrebbe potuto scegliere tra il continuare la gravidanza o richiedere l'aborto terapeutico; dall'altro, ha respinto il ricorso avanzato nell'interesse della minore, la quale rivendicava il diritto di «nascere sana» o di «non nascere affatto». La Corte accoglie la prima opzione e reputa che il c.d. «diritto a nascere sani» debba essere ricostruito, in senso positivo. Più precisamente, per la Corte, l'esistenza di un tale diritto comporta semplicemente che, «sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale e da “contatto sociale”, nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso) e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana»; sì che, dal riconoscimento di un simile diritto non potrebbe, certo, discendere che il feto con gravi anomalie genetiche «non deve “essere lasciato nascere”». L'indirizzo riferito è stato avallato, in séguito, da Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; e da Cass., 11 maggio 2009, 10741, variamente commentata: in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2075 ss., da M. GORGONI, *Nascituro e responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ.*, 2009, 11258 ss., da G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Danno e resp.*, 2/2010, 144 ss., da F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”*. *La Corte di cassazione in vena di revirement?*; in *Corr. giur.*, 2010, 365 ss., da A. LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*.

²⁷ La diretta risarcibilità del danno, in favore del nato disabile – come meglio sarà specificato – suppone la violazione del diritto a non nascere, se non sano, giacché il danno “evitabile” è identificato nella eliminazione della possibilità di vita con malformazioni (attraverso l'aborto). Nondimeno, nel corpo del testo, si continuerà a fare riferimento congiunto e indistinto ad entrambi gli ipotetici oggetti (nascere e non nascere), per agevolare la ricostruzione che si intende, qui proporre, e la soluzione che si proverà a confortare, in ordine alla inutilità (oltre che alla contraddittorietà) di un diritto a nascere

A sostegno di questa tesi, sono stati addotti una pluralità di argomenti, in grado di attingere da una eterogeneità concorrente e complementare di profili. Innanzitutto, l'acquisto della capacità giuridica, che l'art. 1 c.c. subordina all'evento nascita: il c.d. diritto a non nascere sarebbe – con espressione suggestiva e ad effetto – un diritto “adespota”²⁸.

In subordine e conseguentemente, un tale diritto dovrebbe supporre la configurabilità di una situazione giuridica, la cui titolarità sorgerebbe, soltanto, per effetto della sua violazione²⁹; sì che, in difetto di una sua lesione, la situazione giuridica risulterebbe sempre priva di titolare; in definitiva, con la conseguenza che il suo esercizio sarebbe giocoforza precluso³⁰.

(sano o non sano), ai fini della risarcibilità del danno da sua lesione, in favore del suo presunto titolare.

²⁸ In questi termini, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. In particolare, la Suprema Corte ha osservato che, fino alla nascita, il diritto in questione non avrebbe un soggetto titolare; e, tuttavia, a séguito della nascita, quel diritto finirebbe per essere «definitivamente scomparso», a differenza di quanto avviene per le altre situazioni giuridiche che la legge riconosce in favore del concepito. La Corte ha richiamato, al riguardo, le previsioni legislative di cui agli artt. 462, 687, 715 c.c., le quali, pur sorte anteriormente, risultano in ogni caso esistenti (quindi, esercitabili), anche nel momento successivo alla nascita. Analogamente, Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.

²⁹ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., là dove si rileva che ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significherebbe richiamarsi ad un diritto che avrebbe un titolare soltanto nel caso in cui venisse violato; se tale violazione non vi fosse, se cioè non si facesse nascere il malformato «per rispettare il suo diritto di non nascere», non vi sarebbe mai un titolare che abbia la possibilità di esercitarlo.

³⁰ Ancora, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., secondo la quale tale preclusione discende dalla mancanza di un qualsiasi soggetto legittimato a farlo valere: non il concepito (non ancora nato) e, in ipotesi, neppure il medico il quale, diversamente, si troverebbe «nell'incongruente situazione di dover rispondere di danni», che – pur volendo – non potrebbe direttamente evitare; per altro, aggiunge la Corte – questo preteso diritto del «concepito mal formato» non potrebbe essere esercitato, come tale, neppure dalla madre giacché, «per come è strutturata la l. n. 194 del 1978, il c.d. diritto all'aborto da parte della gestante non ha una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle

Probabilmente, questi due argomenti chiedono troppo al profilo formale della titolarità e dell'esercizio dei diritti, se si considera che, in ipotesi di danno al feto, procurato dal medico, per inosservanza di protocolli o di regole tecniche, una soluzione che negasse la diretta risarcibilità del danno al futuro nato sarebbe difficilmente giustificabile³¹.

In realtà, una serie di differenti argomenti sembrano preannunciare un maggior tasso di persuasività.

In tanto, il danno non è procurato da un'azione od omissione del medico e potrebbe essere evitato, soltanto, con l'interruzione volontaria della gravidanza, rimessa alla esclusiva volontà della madre, benché in presenza dei presupposti richiesti dalla legge.

Nel nostro ordinamento, tuttavia, non è ammesso il c.d. aborto eugenetico, espressione della libera opzione della gestante³².

malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese, ma si pone in una fattispecie di tutela del diritto alla salute della gestante».

³¹ In più occasioni, la giurisprudenza di legittimità ha rilevato che il diritto al risarcimento, originato da un fatto anteriore alla nascita, ben può divenire attuale e pertanto azionabile nel tempo successivo alla nascita del soggetto. Una tale responsabilità viene riconosciuta nell'ipotesi di lesioni riportate dal neonato a séguito di errate manovre ostetriche, ovvero in caso di prescrizione di un farmaco controindicato, il quale abbia comportato una malformazione del feto. A tal fine, la giurisprudenza ha fatto riferimento – in maniera più o meno esplicita – al contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, annoverando tra i destinatari di tali effetti protettivi lo stesso nascituro. Una più ampia disamina è stata svolta *supra*, nota 10.

³² La conclusione, largamente, accreditata, in dottrina (v. F.G. PIZZETTI, *Nota sul diritto della donna all'interruzione volontaria della gravidanza*, in *Giur. it.*, 1999, 11; R. SIMONE, *Danno alla persona*, cit., 493; A. LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza*, cit., 1437; D. CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale*, cit., 551), è condivisa anche in giurisprudenza: cfr. Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit.; Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit. In ciascuno dei predetti casi, la Cassazione ha negato la configurabilità di un «diritto a non nascere se non sano», puntualizzando che l'affermazione di un simile diritto presupporrebbe il riconoscimento del c.d. aborto eugenetico, prescindente dal pericolo che le malformazioni comportano per la salute della gestante, il quale sembrerebbe tuttavia precluso dalla stessa l. n. 194 del 1978.

L'interruzione volontaria della gravidanza deve rinvenire necessaria giustificazione nel pericolo che le malformazioni fetali possano arrecare alla salute della madre. Al di fuori delle ipotesi previste agli artt. 4 e 6, l. n. 194 del 1978, oltre a risultare in contrasto con i principi di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost. e di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c., l'aborto costituisce reato a carico della gestante, ex art. 19 l. n. 194 del 1978.

Il nostro ordinamento, in definitiva, offre piena tutela al diritto del concepito a nascere, pur con malformazioni o con patologie.

Un altro argomento di significativo rilievo attiene alla stessa configurabilità di un danno, considerato che il patrimonio complessivo del nato non subisce alcuna diminuzione per effetto dell'azione od omissione del medico³³.

Il danno risarcibile, in fatti, rappresenta un peggioramento delle condizioni di un soggetto giuridico, da un punto di vista quantitativo e/o qualitativo; e ciò, sul piano economico e/o psicofisico³⁴. Nelle ipotesi di

³³ In questa direzione, Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. ove si rileva che, in ogni caso, quand'anche fosse configurabile un «ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile per il nato deforme o con gravi patologie». L'argomento sarà ripreso da Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., la quale sarà, più ampiamente, analizzata in prosieguo.

³⁴ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit. In particolare, la Corte ha premesso che «il danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare». Nella specie, invece, l'omessa o errata informazione, non sembrerebbe apportare per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precede l'inadempimento del medico nei confronti della madre; di guisa che non vi sarebbe alcun danno risarcibile. Né sarebbe possibile concludere diversamente – ad avviso della Corte – «ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima», ossia la vita sana, seppure il medico avesse correttamente informato la madre, «non ci sarebbe stata». Benché ad altro riguardo, meramente ricostruttivo, le notazioni della Corte sembrano richiamare la più tradizionale nozione giuridica di danno, indotta dalla c.d. teoria differenziale e risalente a F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetsshke Braunschweig, 1855, che, in un primo momento, fu accolta pressoché dalla unanimità della dottrina italiana (cfr., per

nascita con malformazioni, per converso, non è prospettabile alcuna valutazione comparativa, tra un prima e un dopo, rispetto all'illecito; e l'alternativa alla nascita indesiderata sarebbe la "non vita", la quale costituisce una perdita assoluta³⁵.

In fine, la valutazione di evitabilità la quale, in tanto, ha ragione di proporre l'aborto, in quanto la prospettiva dell'azione è quella della madre; la prospettiva del nascituro, al contrario, ignora la soluzione dell'interruzione della gravidanza (negazione della propria esistenza) e propone la ricerca di rimedi, per alleviare sofferenze o disagi; o, tutt'al più, la ricerca di un responsabile che abbia provocato o non impedito lo stato di infermità e, dunque, che gli abbia reso impossibile una vita sana e dignitosa.

5. La tesi positiva: l'errore diagnostico come causa di lesione della libertà di autodeterminazione della madre e come fatto illecito produttivo di conseguenze dannose nella sfera giuridica del concepito. Dal danno da malformazione al danno derivante dallo stato funzionale di infermità: l'impedimento ad un'esistenza idonea a consentire il pieno sviluppo della personalità umana. La presunta analogia con il danno procurato al feto da azione o da omissione del medico. La tutela codicistica in ipotesi di disposizione a favore di nascituri

Il panorama giurisprudenziale, dunque, pur in un momento storico caratterizzato dalla massima apertura, anche ideologica e socio-culturale,

tutti, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, II, Bocca, Torino, 1906, *passim*, in part. 417), fino alla svolta impressa da F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, 14, nella cui elaborazione il danno viene concepito come lesione di interesse, così da poter consentire la risarcibilità anche di quei danni che non sono patrimonialmente valutabili. Per una ricostruzione degli sviluppi successivi, C. SALVI, *op. cit.*, 1203.

³⁵ Così, ancora Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

verso la piena protezione della salute della persona umana, lasciava insoddisfatta la domanda di tutela avanzata dal nato, con menomazione³⁶; e ciò, anche là dove si fosse trattato di menomazione grave, al punto da non consentire una vita autonoma, di pari dignità sociale.

Riguardata dal punto di vista del menomato, la situazione avrebbe potuto continuare a sollecitare legittime perplessità³⁷, giacché un argomento formale (difetto di legittimazione attiva) era risultato vincente su un argomento, per così dire, sostanziale, qual è l'invocata tutela della salute, in tutti i suoi aspetti, soprattutto, esistenziali, in relazione alle pesanti limitazioni prodotte dallo stato di infermità.

Si deve considerare che – là dove si tratti di vita dipendente dalla necessaria assistenza di altri e, comunque, non idonea a consentire la piena e libera esplicazione della personalità umana, in condizioni di dignità – la nascita indesiderata è, sicuramente, fonte di pregiudizio e di significativi danni psico-fisici oltre che patrimoniali³⁸.

³⁶ *Supra*, par. 4.

³⁷ Al riguardo, le notazioni di F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza normativa*, cit., in part. 147-153. Nel commento a Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit., questa dottrina aveva preconizzato (e forse auspicato) un *revirement*, quanto alla legittimazione del figlio. In fatti, in virtù del richiamo agli artt. 2 e 32 cost., la Corte aveva riconosciuto, per la prima volta, la responsabilità del sanitario nei confronti non soltanto della paziente e del marito, ma anche del figlio stesso nato con malformazioni, reputando configurabile, in capo al nascituro, un «diritto a nascere sano»; il quale sarebbe stato appunto leso dalla condotta del sanitario, consistente, nella specie, in un'omessa informazione circa le proprietà teratogene di un farmaco che lui stesso aveva in precedenza somministrato alla donna, al fine di agevolare l'ovulazione.

³⁸ Come appare intuibile, il ragionamento giuridico è chiamato a districarsi lungo un crinale costituito da prospettive eterogenee e, fors'anche, refrattarie ad una soluzione appagante, già soltanto a voler condividere la specificità del contesto di riferimento (logico-giuridico o etico-sociale). Tuttavia, per meglio inquadrare la questione, in ciascuno di questi contesti, occorre considerare che la prospettiva, qui indagata, resta quella del nato malformato; e già sul piano pre-giuridico (di una valutazione, cioè, non informata a canoni formali, astrattamente desumibili da fonti normative), il desiderio di non nascere o la constatazione di malformazioni tali da rendere indesiderata la futura

Senonché, quando il pregiudizio è lamentato dai parenti del nato, il danno risarcibile non può mai essere costituito dalla malformazione e dalle conseguenze esistenziali, da questa prodotte, sulla vita del nato, bensì dai riflessi (anche in ordine agli obblighi di solidarietà e di assistenza, morale e materiale) che la vita malformata può avere, con riferimento all’inserimento del disabile nel nucleo familiare.

Si delinea, dunque, una situazione finale nella quale, per una colpa medica, non sia stato possibile evitare una nascita “indesiderata”, con conseguenti danni ai parenti, ma soprattutto con danni esistenziali al nato: i primi, però, possono contare su validi argomenti per essere reputati risarcibili; i secondi, al contrario, sono destinati a restare del tutto sforniti di ogni, benché minima, tutela.

A suscitare perplessità, in ogni caso, non è soltanto l’argomento formale, in sé (difetto di legittimazione del nato disabile, per difetto di capacità giuridica del suo pregresso stato di concepito³⁹), quanto, piuttosto, la situazione finale nella quale un nato malformato, per colpa medica, si vede disconosciuta la tutela risarcitoria, nella sua qualità di presunto danneggiato, benché in via indiretta, dall’omissione o dall’errata diagnosi del medico.

Posta in questi termini, la questione avrebbe potuto sollecitare un più approfondito percorso argomentativo, capace di interrogare quelle differenti valutazioni assiologiche nelle quali la salute rinviene il veicolo della massima tutela dell’integrità psico-fisica, come strumento e fine della più compiuta realizzazione della personalità umana, nelle sue varie estrinsecazioni.

nascita costituiscono ipotesi di lavoro che preludono ad un esercizio logico dai dubbi risultati.

³⁹ La domanda di tutela, in fatti, è promossa da un soggetto dotato di capacità giuridica e lo stato di concepito viene in considerazione, soltanto *per relationem*, in quanto disegna il tempo, all’interno del quale potrebbero maturare i presupposti per l’interruzione volontaria della gravidanza in presenza della corretta diagnosi medica.

Sta in fatto che la Suprema Corte, in una pronuncia con motivazione molto ampia e articolata⁴⁰ ha inteso dar voce alla insistente domanda di tutela così, riconoscendo la legittimazione attiva e, quindi, il diritto al risarcimento del danno, al minore, portatore di grave disabilità, nato a séguito di mancata o inesatta diagnosi medica, la quale – in ragione della errata informazione – aveva precluso alla madre l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza.

La Corte ha conferito un limitato, se non, addirittura, marginale rilievo alla questione sulla capacità giuridica del nascituro; di fatto, pervenendo alla soluzione per la quale la tutela del nascituro non postula che, allo stesso, sia riconosciuta la soggettività giuridica: nel senso, cioè, che l'astratta legittimazione del nato ad agire per il risarcimento di un danno verificato o, comunque, prodotto da un fatto anteriore alla sua nascita, non presuppone il preventivo riconoscimento della soggettività giuridica, in capo al nascituro⁴¹.

⁴⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit. Seppure con argomentazioni diverse, parte della dottrina aveva già posto in evidenza l'opportunità di riconoscere, al figlio nato con minorazioni, la legittimazione ad agire, nei confronti del sanitario, per il risarcimento del danno da nascita indesiderata: cfr. 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?*, cit., 295 ss.; A. GUARNERI, *Wrongful life, bebè prèjudice e il discusso diritto a nascere sano... o a non nascere*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 499 ss., in part. 508; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, Ipsoa, 2009, 297 ss.; G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto*, cit.

⁴¹ La Suprema Corte, richiamandosi alle posizioni della dottrina, nonché a pregressi arresti della giurisprudenza, ha ritenuto possibile pervenire alla tutela del nascituro senza dover anticipare l'acquisto di soggettività giuridica, ad un momento anteriore all'evento nascita. L'evoluzione del dibattito dottrinale relativo alla soggettività del concepito ha conosciuto alterne e discusse vicende, a procedere da G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1982, 499; ID., *Declino del soggetto e ascesa della persona*, *ivi*, 1/2002, 82; P. ZATTI, *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, *ivi*, 2/1997, 107; ID., *Il duttile rigore: l'approccio di Giorgio Oppo al diritto della vita nascente*, in *Nuova giur. civ.*, 1/2010, 457; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, *ivi*, 1/2004, 53. Quanto alla giurisprudenza, non si può non richiamare: Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur.*

In tale direzione, la Corte separa, logicamente, l'oggetto della tutela (interesse del nascituro) dalla titolarità della situazione giuridica (diritto alla salute del neonato) la quale può legittimare l'esercizio di quella tutela.

In vero, nella ricostruzione argomentativa della Corte, la lesione della libertà di autodeterminazione della madre – quanto alla scelta di interrompere la gravidanza – costituisce fatto illecito, produttivo di conseguenze dannose (danno futuro⁴²) nella sfera giuridica del concepito stesso⁴³.

La diretta risarcibilità del danno, subito dal nato, si giustificerebbe in ragione della propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito, costituito dalla violazione di quel diritto alla procreazione cosciente e responsabile di cui è titolare la madre del disabile: in altri termini, «la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad

cost., 1975, 117 ss., la quale ha posto in evidenza il «fondamento costituzionale» della «tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.)» ed ha riconosciuto un «interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito», riconducibile ai diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 cost. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, cit. Sempre in giurisprudenza, nel senso che alla tutela del nascituro si può giungere, senza doverne supporre la soggettività, bensì considerandolo oggetto di tutela: Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, in *Resp. civ.*, 4/2012, 276 ss., con nota di S. MASTROIANNI, *La risarcibilità in favore del concepito quale "vittima secondaria" dell'illecito*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5881, in *Danno e resp.*, 2/2001, 169 ss., con nota di A. D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*.

⁴² Così Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., alludendo a quei danni che «al tempo della consumazione della condotta illecita non si sono ancora (o non si sono del tutto) prodotti pur in presenza di elementi presuntivi idonei a ritenere che il pregiudizio si produrrà». Ciò in quanto, nella specie, il danno (ossia la vita afflitta da handicap) si verificherebbe in séguito alla nascita, dunque in un momento successivo alla condotta illecita del sanitario (ovverosia in un tempo distante dall'omessa diagnosi della malformazione).

⁴³ E, cioè, del futuro nato con handicap, il quale, al tempo in cui azionerà la tutela sarà, certamente, titolare della capacità giuridica, secondo una rappresentazione che, già da questa iniziale descrizione, preannuncia significative difficoltà ermeneutiche.

agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto»⁴⁴.

Non risulta agevole ipotizzare e, ancor più, individuare il danno lamentato dal concepito, nel momento e per effetto dell'impedimento all'esercizio, da parte della madre, del diritto di interrompere la gravidanza giacché il concepito, per effetto di questo illecito, semplicemente, verrà ad esistenza: di qui, l'ipotesi suggestiva del danno da vita indesiderata, come supposta conseguenza della contestuale e coesenziale lesione del diritto del concepito a non nascere, se non sano.

La questione non pare, direttamente, affrontata dalla sentenza; anzi, è elusa, ma è in qualche modo prefigurata, là dove la Corte passa a determinare i contenuti del danno risarcibile, il quale non viene identificato con la malformazione in sé considerata, bensì con lo stato funzionale di infermità: di quest'ultimo, il medico dovrebbe essere chiamato a rispondere, non diversamente che nelle altre ipotesi di responsabilità per danno da nascita indesiderata⁴⁵.

E – possiamo aggiungere – non diversamente di quanto è dato costatare, secondo i canoni tradizionali della tutela codicistica predisposta per il patrimonio economico, nelle altre ipotesi di responsabilità –

⁴⁴ Così, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁴⁵ Questo argomento seleziona un profilo decisivo, quanto alla irrilevanza di ogni questione involgente la capacità giuridica del nascituro, per i fatti dannosi che si siano verificati durante la gravidanza. La Suprema Corte (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.) ha, infatti, testualmente affermato: «Qui la particolarità risiederebbe nel fatto che il medico sia, in ipotesi, l'autore mediato del danno, per aver privato la madre di una facoltà riconosciuta dalla legge, tramite una condotta omissiva che si ponga in rapporto diretto di causalità con la nascita indesiderata; e la soluzione verrebbe, in tal modo, ad essere identica alla diversa ipotesi della responsabilità del medico verso il nato disabile per omessa comunicazione ai genitori della pericolosità di un farmaco somministrato per stimolare l'attività riproduttiva (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.), o di una malattia della gestante suscettibile di ripercuotersi sulla salute del feto».

contrattuale o aquiliana – generate durante la fase di pendenza di disposizioni negoziali, a favore di nascituri⁴⁶.

⁴⁶ Si tratta di ipotesi, del tutto analoghe e involgenti identica questione, in realtà, mai sollevata, in questo differente ambito. Il riferimento corre ai casi di donazione (784 c.c.) o di disposizione testamentaria (462 c.c.), a favore di nascituri [concepiti (art. 462 c.c.) ovvero non ancora concepiti, ma figli di una determinata persona vivente (artt. 462, comma 3, e 785 c.c.) al tempo della donazione o dell'apertura della successione], nelle quali l'efficacia finale della disposizione (trasferimento del diritto o esigibilità dell'obbligazione) è condizionata alla nascita del beneficiario. Già durante la fase di pendenza e fino all'avveramento dell'evento nascita, la situazione giuridica del nascituro gode di una tutela preliminare e strumentale all'acquisto finale (in relazione alle attività di amministrazione: artt. 643 e 784, in part. comma 3, c.c.), con la configurazione di una situazione di aspettativa giuridica (su cui, cfr. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941 (rist. Esi, Camerino, 1979), 210 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, in *Dir. giur.*, 1945, 145 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 226 ss.; A.C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Utet, Torino, 1987, 465 ss.; R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, 1 ss.). Or bene, qualora – durante la fase di pendenza e, cioè, prima dell'evento nascita – il disponente o un terzo avesse recato pregiudizio o reso impossibile o, in fine, vanificato la soddisfazione delle future ragioni del nascituro-beneficiario (deteriorando o distruggendo il bene), una volta che si sia verificato l'evento nascita, il diritto alla tutela (risarcitoria), conseguente alla disposizione negoziale o testamentaria, entra, definitivamente, a far parte del patrimonio del nato e ben può essere esercitato, nonostante il fatto dannoso si fosse verificato in un momento antecedente alla nascita del beneficiario. La piana soluzione, appena richiamata, con riguardo ai profili dell'efficacia e dell'esecuzione delle disposizioni negoziali, a favore di nascituri, può ancor meglio chiarire l'equivoco nel quale è incorso l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il difetto di capacità giuridica del nascituro avrebbe determinato l'inconfigurabilità di una tutela del nato, a fronte di fatti illeciti verificatisi prima della nascita: sul punto specifico, pare pienamente conferente l'argomentazione addotta dalla Suprema Corte, quanto all'ininfluenza della capacità giuridica sulla questione involgente la risarcibilità del danno, direttamente, in capo al nato con malformazioni. Come è stato anticipato, nel testo (*supra*, par. 4), il problema non è la nascita del diritto alla tutela risarcitoria, in capo al nato, quanto piuttosto la stessa configurabilità del danno lamentato dal nato con malformazioni.

In realtà – e ciò, già sulla base di conquiste scientifiche o di argomenti condivisi da precedenti orientamenti – se appaiono superabili le obiezioni che traggono dalla presunta interferenza con la (negazione di) soggettività del nascituro ovvero dalla ipotizzabile estraneità del nascituro al rapporto contrattuale instaurato tra il medico e la madre del nato malformato, la configurabilità di un danno risarcibile, direttamente in capo al nato, espone maggiori difficoltà ermeneutiche e di ricostruzione; pur nella prospettiva propensa a utilizzare la massima espansione assiologica del sistema normativo.

Come anticipato, la soluzione proposta dalla sentenza, qui analizzata, propone una variante argomentativa, resa necessaria dalla più agevole confutabilità, alla quale va incontro la tesi che invoca la tutela, attraverso l'istanza di risarcibilità del danno da malformazioni, non provocate da azione o da omissione del medico: il danno consisterebbe non nella malformazione, in sé considerata, bensì nello stato funzionale di infermità, nella «condizione evolutiva della vita handicappata»⁴⁷, indirettamente provocata dalla colpa del medico e impeditiva di quella piena realizzazione della personalità umana che il disegno costituzionale propone come valore giuridico assoluto.

Secondo la Corte, nei confronti del nascituro, in fatti, risulterebbe violato l'art. 32 cost., nella misura in cui la salute viene in rilievo non tanto o non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psico-fisico (art. 1 lett. o) d.lgs. n. 81 del 2008); sarebbe violata, altresì, la norma contenuta nell'art. 2 cost., per la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo, sia come partecipe della vita dei

⁴⁷ Così, testualmente, Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., la quale distingue tra «infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica)», e «stato funzionale di infermità», intendendo con tale ultima espressione «la condizione evolutiva della vita handicappata», concepita come «proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata».

corpi intermedi e delle formazioni sociali; sarebbe violato, in fine, sia l'art. 3 cost., nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona, sia degli artt. 29, 30 e 31, giacché l'inserimento del minore in una dimensione familiare "alterata" impedirebbe o renderebbe più ardua la concreta attuazione dei diritti-doveri dei genitori, sanciti dal dettato costituzionale; anche, là dove tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, dell'educazione e del mantenimento dei figli⁴⁸.

Sì che, alla luce della valutazione normativa veicolata da una lettura sistematica e assiologicamente orientata della Costituzione, l'interesse giuridicamente protetto, attraverso il rilievo accordato allo stato funzionale di infermità, sarebbe espresso nella finalità di consentire al minore di «alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente»⁴⁹.

Così, anche da questa angolazione prospettica, trae conforto la conclusione secondo la quale la tutela diretta del nato malformato, per mancata o errata diagnosi da parte del medico, non suppone il riconoscimento della capacità giuridica del concepito⁵⁰.

⁴⁸ Così, ancora Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., secondo la quale «l'arrivo del minore in una dimensione familiare "alterata" (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli».

⁴⁹ Il virgolettato è riferito ancora a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

⁵⁰ Secondo la Corte (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.), in conclusione, «non assume [...] alcun rilievo "giuridico" la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all'interruzione della gravidanza. Se l'esercizio di questo diritto fosse stato assicurato alla gestante, la

Sullo sfondo, resta il ricorso ad una significativa variante, quale raffinato argomento che colpisce l'immaginario del giurista, pregiudizialmente, propenso a tributare la massima tutela alla posizione del nato con malformazioni: il danno risarcibile non è costituito dal danno da vita indesiderata, per lesione del diritto a non nascere (o a nascere sano) bensì dal danno da vita limitata dalle malformazioni ovvero dal danno da impossibilità di vivere un'esistenza sana e dignitosa.

6. La composizione del contrasto giurisprudenziale per intervento delle Sezioni Unite della Cassazione tra riproposizione di argomenti e invito al rispetto della legalità. Superamento del limite posto dalla carenza di soggettività giuridica e risarcibilità del danno al malformato a condizione che sia causato da azione o omissione del medico

La sentenza, appena analizzata, ha affrontato una pluralità di questioni, tradizionalmente, iscritte nel più ampio contesto del c.d. danno da vita indesiderata, per presunta lesione del diritto a non nascere, se non sano.

La voce giurisprudenziale dissonante, introdotta in un dibattito già molto vivace in dottrina, espone una evoluzione argomentativa, maturata, nell'ambito della stessa sezione terza della Suprema Corte⁵¹, là dove ad una

dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica».

⁵¹ Un primo mutamento di indirizzo, proposto da Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, cit., si era limitato a porre le necessarie premesse e le più congrue – oltre che condivisibili – soluzioni, quanto alla presunta e contestata interferenza tra soggettività del nascituro e titolarità del nato, in ordine alla risarcibilità dei danni, subiti durante la gravidanza. La Suprema Corte, accogliendo la richiesta risarcitoria nei confronti dell'omicida, avanzata dal figlio della vittima, concepito al tempo del reato, aveva rilevato che i principi di diritto sanciti in quell'occasione fossero idonei a consentire una soluzione diversa, altresì, nell'ambito della questione concernente la responsabilità del sanitario per omessa

significativa apertura, in tema di legittimazione del nato a pretendere il danno dal medico (e dalla struttura sanitaria), ha fatto da contraltare, una posizione più restrittiva, in tema di prova specifica della volontà interrottiva della gravidanza, in presenza di adeguata informazione sulle malformazioni del feto⁵².

Entrambe le questioni di diritto, nelle precedenti pronunce di legittimità, erano oggetto di contrasto di giurisprudenza⁵³.

La pronuncia delle Sezioni Unite merita di essere segnalata ed analizzata⁵⁴, non tanto o non soltanto, per gli argomenti che ha reputato di

diagnosi nei confronti del figlio nato con malformazioni. La Corte ha affermato che, una volta esclusa l'esigenza di ravvisare la soggettività giuridica del concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato, la differente costruzione, ritenuta allora corretta dal Collegio, avrebbe consentito di «riconoscere il diritto al risarcimento anche al nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori»; ciò perché era apparso «del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale» che fosse esteso al feto «lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico»; e che, come del resto accadeva per il padre, il diritto al risarcimento potesse essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si dovrebbe, in realtà, «non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse nato)».

⁵² A questa tematica, pur interessante, abbiamo inteso dedicare solo uno spazio informativo giacché, per le specifiche finalità di questo scritto, ci è parso opportuno delimitare l'indagine al solo profilo della legittimazione attiva del nato malformato (*supra*, nota 2).

⁵³ Contrasto rilevato da Cass., ord., 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Dir. civ. cont.* 1/2015, con nota di commento di G. CRICENTI, *Il danno da nascita indesiderata rimesso alle Sezioni Unite (per le ragioni sbagliate)*; e in *Danno e resp.*, 7/2015, 693 ss., con commento di C. MADONIA, *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*.

⁵⁴ Avendo, in apertura, inteso delimitare il campo di indagine alla legittimazione del nato disabile, sarà trascurata la prima parte della sentenza, là dove risolve un delicato contrasto di giurisprudenza, sul tema riguardante l'oggetto della prova della volontà di interrompere la gravidanza (v. *supra*, nota 2); e là dove si intrattiene sul diritto di autodeterminazione e sui principi in materia di aborto, ribadendo pregresse posizioni dottrinali.

dover interrogare, al fine di sanare il contrasto giurisprudenziale, giacché gli argomenti addotti non presentano una carica di peculiare innovatività; quanto, piuttosto, per il monito da reprimenda, nei confronti di quella tendenza giurisprudenziale, incline a confortare soluzioni di c.d. giustizia sostanziale⁵⁵, con argomenti, non sempre supportati da previsioni normative, pur auspicabilmente interpretate secondo quel ragionamento analogico capace di massimizzare le potenzialità assiologiche, veicolate dall'isolato enunciato linguistico, là dove coordinato, in una ricostruzione coerente con il complessivo sistema ordinamentale.

Per quanto strettamente attinente al tema d'analisi, viene ribadita l'inconferenza di ogni questione involgente la capacità giuridica del nascituro, ai fini della legittimazione attiva⁵⁶; e, quindi, del diritto del nato malformato, quanto alla responsabilità per danni, azionabile nei confronti del medico, per un fatto illecito, pur anteriore alla nascita.

Su questo versante, la sentenza ripercorre e conferma itinerari argomentativi, già confortati da arresti pregressi⁵⁷ e, per altro, allineati e coerenti con forme di tutela del patrimonio del nascituro, predisposte da disposizioni codicistiche.

Non sembra, per tanto, contestabile⁵⁸ la conclusione secondo la quale tutti i danni procurati al nascituro, dalla fase del concepimento⁵⁹

⁵⁵ Appare significativo il seguente passaggio della decisione: «Anche se debba escludersi un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – che appartiene al legislatore: spettando, per contro, al giudice l'interpretazione della disciplina vigente, sia pure nel più completo approfondimento delle potenzialità evolutive in essa insite – non è seriamente contestabile che sulla giurisprudenza pregressa, anche straniera, abbiano influito, ben oltre l'ordinario, considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di speciali circostanze» (Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.).

⁵⁶ *Supra*, parr. 4 e 5.

⁵⁷ *Supra*, nota 52.

⁵⁸ Il lamentato contrasto di giurisprudenza è solo imputabile ad equivoci, indotti da una sorta di inversione del giudizio sillogistico da precomprensione giudiziale e condizionati

all'intero periodo di gestazione, conferiscono legittimazione attiva al nato, il quale potrà pretenderne la piena risarcibilità.

Ovviamente, «il problema senza dubbio, più delicato e controverso»⁶⁰ è la configurabilità di un diritto del nato malformato «al risarcimento del danno per l'impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa»⁶¹; e cioè, di una protezione del nato malformato, anche all'esito della variante proposta dalla pronuncia che ha segnato il contrasto di giurisprudenza⁶².

Dunque, da un lato, la necessità logica di individuare i presupposti in presenza dei quali rinviene giustificazione e fondamento il diritto (del malformato), di cui si intende discutere; dall'altra, l'esigenza di protezione (del malformato) la quale quel diritto è in grado di accogliere nella sua funzione.

Si potrà discutere di meritevolezza di tutela della seconda e, quindi, dell'ampiezza della risarcibilità del danno, per quanto più strettamente attinente alla questione qui analizzata, soltanto all'esito positivo della fondabilità giuridica del primo.

E il diritto capace di accogliere nella sua funzione quell'esigenza di protezione consente di interrogare l'alternativa tra responsabilità

dalla ricerca di argomenti *ad abundantiam* che potessero contrastare la risarcibilità del danno da malformazione, direttamente in capo al nato.

⁵⁹ Si pensi a quei danni cagionati dalla condotta del ginecologo, consistente nella errata informazione su un farmaco, prescritto alla madre, il quale abbia avuto effetti negativi sulla salute del concepito (è questo il caso deciso da Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, cit.).

⁶⁰ Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

⁶¹ Il virgolettato ancora in Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

⁶² Il riferimento è a Cass., 2 ottobre 2012, n. 14488, cit., la quale aveva rilevato un equivoco nel ragionamento della giurisprudenza antecedente, là dove questa aveva negato la legittimazione del nascituro, sulla base della inconfigurabilità di un diritto a non nascere se non sano. Come riferito, con la pronuncia del 2012, il Supremo collegio ha puntualizzato che, nell'ipotesi di omessa diagnosi, la lesione riguarda non un tale preteso diritto a non nascere bensì lo stesso diritto alla salute del soggetto nato con malformazioni.

contrattuale e aquiliana, dal momento che è evidente – e forse anche banalizzante – che il riscontro dei presupposti per l’insorgere di una delle due forme di responsabilità è l’antecedente logico per la soddisfazione dell’esigenza di protezione.

Or bene, secondo le Sezioni Unite, quando il danno da malformazioni non è causato da un’azione o da un’omissione del medico, ne resta esclusa la risarcibilità, tanto nella opzione/variante del c.d. danno da vita indesiderata, per lesione del diritto a non nascere, se non sano, quanto nella opzione/variante del danno da vita limitata dalle malformazioni.

In entrambi i casi, il diritto la cui lesione potrebbe giustificare la risarcibilità del danno, sarebbe pur sempre il diritto a non nascere; diritto reputato inconfigurabile giacché la sua realizzazione richiederebbe il perseguimento di un valore negativo, qual è la “non vita” dello stesso suo titolare⁶³ o un supposto interesse a non nascere, la cui concreta soddisfazione sarebbe rimessa alla decisione unilaterale dei genitori del nascituro⁶⁴.

Il paradosso è confermato anche dalle conseguenze giuridiche che dovrebbero essere prodotte dalla sua eventuale lesione e che sono espresse dal concetto di danno-conseguenza (art. 1223 c.c.), altrimenti sintetizzabile «con espressione empirica, nell’*aver meno*, a séguito dell’illecito»; sì che, il

⁶³ Anche volendo riferirsi all’interesse o al bene della vita, alla cui salvaguardia o perseguimento un diritto deve essere funzionalmente indirizzato, ci si imbatterebbe in un paradosso argomentativo, richiamato dalla Corte, là dove precisa che «la non vita non può essere un bene della vita; *per la contraddizion che nol consente*» giacché «la vita – e non la sua negazione – è sempre stato il bene supremo protetto dall’ordinamento» sì da poter concludere che «l’ordinamento non riconosce [...] il diritto alla non vita» (Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.).

⁶⁴ Il rilievo è ancora in Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit., ove si sottolinea che, in tal guisa, i genitori dovrebbero costituire gli interpreti esclusivi della volontà del nascituro, di voler rifiutare una vita segnata dalla malattia.

danno sarebbe costituito dalla vita del bambino, mentre l'assenza di danno dalla sua morte o, comunque, dalla sua mancata venuta ad esistenza⁶⁵.

Il concetto di danno, espresso dall'art. 1223 – continua la Suprema Corte – suppone, dunque, una comparazione tra prima e dopo l'illecito; e nel caso di malformazioni congenite – a differenza delle ipotesi di malformazioni e patologie provocate o evitabili dal medico – a séguito della mancata o inesatta diagnosi, la condizione del nascituro resta inalterata e non subisce quel peggioramento il quale, solo, avrebbe consentito la configurazione di un danno risarcibile.

In definitiva, anche l'assenza di nesso di causalità tra condotta del medico ed evento dannoso concorre a confortare la conclusione che nega la risarcibilità del danno lamentato dal nato con malformazioni genetiche, nei confronti del medico il quale, per una mancata o inesatta diagnosi, non abbia consentito alla madre la valutazione della possibilità di interruzione della gravidanza.

7. Conclusioni. Dal diritto a nascer sano alla tutela dell'interesse ad una vita sana e dignitosa. Opzione di metodo e suo ruolo decisivo nella formazione della regola di governo della responsabilità medica

Lo stato dell'arte ha consentito di ricostruire gli esiti di una travagliata evoluzione, neppure scevra da interventi vivaci e, in qualche caso, anche polemici, confluita in una soluzione equilibrata e, soprattutto, rispettosa dei canoni ermeneutici, più ampiamente condivisi; canoni fors'anche preferibili, là dove il supporto argomentativo possa essere individuato in disposizioni normative, dal contenuto regolamentare e non già, soltanto, in principi e clausole generali.

Pare opportuno rammentare, ancor qui, che l'intervento delle Sezioni Unite si è limitato, semplicemente, a confermare una soluzione la

⁶⁵ Ancora Cass., SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, cit.

quale, anche con maggiore dovizia argomentativa, già poteva apparire la più fedele espressione della razionalità assiologica del sistema normativo; e che, per altro, era stata confortata da un arresto giurisprudenziale di ben undici anni prima⁶⁶.

Tuttavia, l'innovativa pronuncia della Suprema Corte, n.16754 del 2012, lungi dal proporsi alla stregua di un fulmine a ciel sereno, aveva rappresentato il momento di emersione dell'istanza di *revirement* giurisprudenziale, accompagnato dal consenso di una parte della dottrina⁶⁷; ed era maturato all'interno della stessa terza sezione della Suprema Corte⁶⁸ la quale, fino al 2009⁶⁹, era rimasta ancorata a soluzione ben differente: un'evoluzione ermeneutica, maturata all'interno di una stessa sezione della Cassazione, lasciava intendere l'apertura ad un'opera di revisione, riveniente da una rivalutazione di più pressanti opzioni assiologiche, reputate deluse, dal precedente impianto argomentativo.

L'ambito della responsabilità medica ha fornito ampia testimonianza di come il diritto civile sia, tradizionalmente, in grado di rinnovare le regole giuridiche di governo dei conflitti e di ospitare soluzioni evolutive, pur in assenza di modifiche nelle fonti normative. Ciò, innanzitutto, perché l'operazione ermeneutica, rimessa alla sensibilità del civilista, è essenzialmente strutturata secondo i tratti costanti di un "ragionamento analogico", in quanto deputata ad assolvere la «funzione pratica di adattamento e adeguazione della formula legislativa alla concretezza del caso proposto dall'esperienza»; sì che, in auspicio, il «fondamentale compito dell'interprete» è lo sviluppo e l'integrazione

⁶⁶ Il riferimento è a Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.

⁶⁷ *Supra*, nota 37.

⁶⁸ Si allude a Cass., 3 maggio 2011, n. 9700, cit. (cfr. *supra*, nota 51)

⁶⁹ Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 14 luglio 2006, n. 16123, cit., Cass., 11 maggio 2009, n.10741, cit.

dell'«immanente portata storica, logica ed assiologica implicita nell'astratta ipotesi normativa»⁷⁰.

Quali siano gli antecedenti logici ed ideologici di questa opzione di metodo e di modello argomentativo è ormai storia del nostro pensiero giuridico. Essa, tuttavia, bene esprime i canoni ai quali si è informata l'esperienza giuridica consumata dalla nostra giurisprudenza degli ultimi due decenni, anche in materia di responsabilità medica⁷¹.

⁷⁰ La ricostruzione e il virgolettato sono tratti da L. CAIANI, *Analogia, b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 354.

⁷¹ In tale ambito, è stato fatto largo ricorso alla teoria del contatto sociale per affermarne la natura contrattuale, discendente dalla violazione di una «obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; sull'obbligazione senza prestazione, doveroso il rinvio a C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.). Le origini della categoria del contatto sociale risalgono agli anni Quaranta del secolo scorso, rinvenendosi traccia di essa nella celebre prolusione di Günter Haupt, del 1941 (cfr. G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, trad. it. di G. Varanese, Giappichelli, Torino, 2012, 50 ss.), ove l'autore si soffermava su quelle peculiari ipotesi rispetto alle quali si riscontrava una dissociazione tra la fonte (diversa dal contratto) e l'effetto (assimilabile invece a un rapporto contrattuale). Nella configurazione offerta da Haupt, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto non ha avuto largo séguito, mentre hanno avuto una maggiore risonanza costruzioni più raffinate, elaborate nei decenni successivi (il riferimento è alla c.d. «teoria dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico», su cui cfr. K. LARENZ e C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II - Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage*, München, 1994, 399 ss.). A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso la giurisprudenza ha dimostrato una rinnovata attenzione verso il contatto sociale, reputato quale fonte di un'obbligazione senza prestazione, facendo leva sull'art. 1173 c.c.. L'inizio di questo corso può essere fatto risalire a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., la quale si riallaccia alla riflessione di un'autorevole dottrina, giunta a rivedere la tipicità di una terza categoria di fonti dell'obbligazione, fino ad ammettere che il rinvio agli altri atti o fatti consente di reputare idonee a produrre obbligazioni tanto fattispecie espressamente disciplinate quanto fattispecie non individuate (il riferimento è al pensiero di M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, in *Nov. dig.*, XI, Utet, Torino, 1968, 604; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 151; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario c.c.* Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 171). Da qui, un

La disposizione gerarchica della pluralità di fonti normative, che compongono il sistema giuridico civilistico; la condivisione sulla priorità assiologica di tutela dei valori esistenziali e/o personalistici, di rilievo costituzionale; il progressivo carattere precettivo attribuito alle clausole generali e il loro coesenziale ruolo nell'opera ermeneutica di "formazione e individuazione" della regola giuridica applicabile al caso concreto⁷² – così, tanto per sintetizzare, pur superficialmente, il nuovo corso del diritto civile – hanno decretato l'abbandono di un'interpretazione e applicazione della legge come "pura tecnica", limitata alla individuazione della valenza semantica di singole disposizioni legislative, in favore della costante valutazione delle *rationes iuris* dei dettati normativi, ovviamente, da

processo di espansione che ha visto la teoria del contatto sociale affermarsi in molteplici campi, là dove si presta a sottrarre diverse ipotesi al terreno della responsabilità aquiliana, per ricondurle all'ambito contrattuale: dalla responsabilità della banca girataria per l'incasso (Cass., 6 ottobre 2005, n. 19512, in *Giur. it.*, 4/2006, 749), alla responsabilità dell'insegnante per i danni cagionati a se stesso dal minore (Cass., SS.UU., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Danno e resp.*, 1/2003, 46) alla responsabilità del mediatore (Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Corr. giur.*, 2/2010, 206), nonché alla questione del preliminare del preliminare (Cass., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Contratti*, 6/2015, 545) ed al problema della natura della responsabilità della P.A. e della responsabilità precontrattuale (Cons. Stato, 2 maggio 2017, n. 1979, in *Pluris Cedam* 2017).

⁷² Dei fattori sopra richiamati, il passaggio dalla considerazione delle clausole generali da disposizioni normative meramente riassuntive delle singole ipotesi precettive (tipicamente, previste) a disposizioni immediatamente ed autonomamente precettive è la conquista di più significativa valenza, nella teoria dell'argomentazione giuridica. In questa direzione, le clausole generali assurgono a fattispecie a struttura aperta, le quali autorizzano l'interprete a "creare" la regola del caso concreto; ovviamente, non nel senso di creare una nuova fonte normativa bensì nel senso di condurre alla formulazione di un giudizio di valore che è il risultato dell'"attualizzazione" dell'astratto enunciato normativo, in virtù di un "ragionamento analogico" (nel significato offerto, tra gli altri, da L. CAIANI, *Analogia*, cit., 357 ss.). Questa significativa conquista scientifica è maturata in tempi relativamente recenti e ha rappresentato un fattore di veloce autorinnovamento del sistema giuridico: per una ricostruzione, sia consentito il rinvio a G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, Napoli, 1995, 27 ss., spec. 35 ss.

prospettare come risultato di un'elaborazione coerente con il complessivo sistema giuridico; e, dunque, coerente con quella gerarchia normativa, sopra richiamata.

Il recupero all'operazione ermeneutica del fine della tutela giuridica è all'origine delle importanti conquiste scientifiche, in materia di responsabilità civile; a partire da quella stagione inaugurata, negli anni '60 del secolo scorso, con la quale la disposizione dell'art. 2043 dismetteva la funzione di norma puramente sanzionatoria (mera conseguenza, cioè, della violazione delle singole norme attributive di diritti) per divenire, essa stessa, la norma primaria (dunque, immediatamente precettiva), giacché la clausola generale di ingiustizia del danno assurgeva ad autonomo precetto giuridico e la sua permeabilità ai valori costituzionali avrebbe posto le più solide basi per una rivoluzione che – con l'atipicità dell'illecito – avrebbe consentito la risarcibilità dei danni da lesione di interessi costituzionalmente rilevanti⁷³.

Una rivoluzione che ha, certamente, consentito e che continua ad agevolare il processo di costante adeguamento del diritto (nella sua limitata accezione di sistema delle fonti normative) alle effettive esigenze di protezione, poste dalle particolarità oggettive e/o soggettive dei fatti regolati e dei conflitti da questi denunciati; ma – una volta acquisita la priorità della tutela dei valori costituzionali – l'opera di individuazione degli interessi costituzionalmente rilevanti deve scontare un maggior grado di incertezza⁷⁴.

⁷³ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 84 ss.

⁷⁴ La conclusione in ordine all'assoluta priorità di tutela da assicurare agli "interessi costituzionalmente rilevanti" è divenuta affermazione la quale rischia di esprimere, in sé, il dogma dell'autodimostrazione; là dove sembra indicare l'inferenza più ovvia della gerarchia delle fonti. In realtà, quella espressione rischia di funzionare come premessa maggiore del sillogismo giuridico, in misura aprioristica, là dove la sequenza logica fosse, in ipotesi, così esemplificativamente, sintetizzabile: premesso che questo è interesse costituzionalmente rilevante; premesso che Tizio ha leso questo interesse; deve essere accordato questo risarcimento. In realtà, quella premessa maggiore espone già il risultato

A ciò si devono aggiungere i risultati rivenienti dall'operatività del mobile tasso di precomprensione giudiziale, il quale – inevitabilmente – accompagna le decisioni dei giudici.

L'importante *revirement*, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento⁷⁵ ma, soprattutto, le vicende che hanno accompagnato l'affermazione giurisprudenziale, prima, e la strenua difesa, poi, della teoria del contatto sociale⁷⁶ danno conto dell'incidenza determinante del ruolo dell'interprete, nell'opera di ricostruzione della responsabilità medica ma già, più in generale, del sistema giuridico civilistico.

ermeneutico di una valutazione assiologica (del contenuto normativo di una pluralità di disposizioni costituzionali), ma nulla indica (nel senso che non è argomento sufficiente), quanto alla situazione giuridica, al diritto; e cioè, quanto allo strumento tecnico di tutela predisposto dal sistema normativo, per la protezione di quell'interesse. La soluzione in ordine alla concreta risarcibilità del danno dovrà, necessariamente, essere integrata dal concreto riscontro dei presupposti per l'operatività di una responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

⁷⁵ Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, variamente commentata, tra gli altri, da V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss.; da G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707 ss.; da U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 118 ss.; da G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2003, 903 ss.; da A. CARLI, *Alla ricerca di un criterio generale in tema di ripartizione fra le parti dell'onere di allegazione e dell'onere della prova*, *ivi*, 2002, 1000 ss.

⁷⁶ V. *supra*, note 9 e 71. Merita di essere, qui, ricordata la tendenza giurisprudenziale a perseverare nel ricorso alla teoria del contatto sociale, pur di affermare la responsabilità contrattuale del medico, dipendente di presidio ospedaliero, anche dopo la c.d. riforma Balduzzi: cfr. App. Campobasso, 27 ottobre 2016; Trib. Monza, 18 dicembre 2012; Trib. Bologna, 23 settembre 2013; Trib. Roma, 27 novembre 2013, tutte consultabili in www.leggiditaliaprofessionale.it.

In entrambi i casi – e la soluzione, pur sbrigativa, ci pare incisivamente comunicativa del risultato ermeneutico perseguito – tra le differenti opzioni astrattamente fondabili, la “sensibilità assiologica”⁷⁷ dell’interprete ha sospinto verso la soluzione che pareva offrire più congrua realizzazione del fine della tutela (interesse o bene della vita), là dove il paziente è portatore dell’esigenza di protezione del valore salute, costituzionalmente rilevante.

Questa diretta e prioritaria considerazione del fine della tutela è resa possibile anche là dove si voglia accordare piena operatività allo schema classico del sillogismo giudiziale giacché nella individuazione e formazione della premessa maggiore⁷⁸, la valutazione di congruenza, in relazione alle peculiarità del conflitto di interessi, proposto dalla questione concreta (premissa minore), è rimessa alla discrezionalità del giudice⁷⁹.

⁷⁷ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954, 5 ss. e 211.

⁷⁸ E cioè – volendo optare per il riferimento alla sequenza classica – l’opera di selezione delle fonti normative dalle quali il giudice “deve” ricavare la regola applicabile ovvero il giudizio di valore normativo.

⁷⁹ La critica alla rigidità del sillogismo giudiziale e il suo sostanziale declino, nella storia del pensiero giuridico, si può reputare una conquista scientifica maturata, già intorno agli anni ’70-’80 del secolo scorso (per una sintesi, ci permettiamo di rinviare a G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., 27 ss.). In questa sede, per l’incisività dell’analisi, quanto alle ricadute sugli schemi e sulle categorie civilistiche, reputiamo opportuno richiamare anche solo l’elaborazione di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 52 ss., nella parte in cui critica l’automaticità del procedimento, rilevando che la confezione della premessa maggiore e della premessa minore sono il risultato dell’attività valutativa del giudice, e dunque sia la comprensione e l’interpretazione della norma giuridica, sia la ricostruzione della circostanza di fatto (*ivi*, 52). Secondo questa dottrina, è la presunta esattezza logica del procedimento a dover essere messa in discussione là dove si consideri che la formulazione della premessa maggiore e la valutazione della circostanza di fatto rappresentano giudizi che il legislatore non può offrire in modo preconfezionato, sì che l’interprete è chiamato a costruirli in una forma adatta per il significato dell’ordinamento; è chiamato, cioè, a ricostruire il giudizio di valore che è a fondamento della norma, ricostruzione che implica,

In attuazione di tali canoni – dettati dalla logica inferenziale classica – la giurisprudenza ha reputato che il riscontro di talune circostanze concrete fosse sufficiente a configurare un «fatto idoneo a [produrre la nascita di un’obbligazione] in conformità dell’ordinamento giuridico» (art. 1173 c.c.)⁸⁰; là dove è evidente che la valutazione assiologica di conformità all’ordinamento si confermava antecedente decisivo, per confortare la nascita di un diritto di credito, con tutte le conseguenze di più congrua tutela, assicurata dai meccanismi operativi della responsabilità contrattuale. Con l’emanazione della c.d. riforma Balduzzi e, successivamente, della c.d. legge Gelli-Bianco, non si è espunta la teoria del contatto sociale quale possibile fonte di obbligazioni, bensì, più limitatamente, il c.d. contatto sociale tra paziente e medico dipendente di struttura ospedaliera non è più valutabile alla stregua di un «fatto idoneo a [produrre la nascita di un’obbligazione] in conformità dell’ordinamento giuridico».

Allo stesso modo, nella distribuzione dei carichi di prova, l’imposizione, al debitore, dell’onere di provare l’esatto adempimento della

appunto, una necessaria valutazione (*ivi*, 54); per concludere nel senso che l’interprete orienta il suo ragionamento sillogistico secondo quella valutazione di congruenza tra circostanze di fatto e fattispecie legale che reputa corretta e adeguata a risolvere il caso (cfr. in tal senso, *ivi*, 74-75); ma nel senso che la c.d. premessa maggiore è essa stessa frutto di scelta dell’interprete orientata dalla situazione di fatto, già T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*, in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, 142 ss.; ID., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, *ivi*, 178, nota 11. È evidente che una valutazione di assoluta sufficienza di una clausola generale o di un principio, ai fini della nascita di una pretesa o di un obbligo, è in grado di comunicare seri rischi di incertezza del diritto giacché molto esposta alla variabilità delle opzioni soggettive del singolo interprete e, giocoforza, sottratta a quella valutazione critica, articolata e composita, condotta sulla base di canoni ermeneutici, che è caratteristica del ragionamento giuridico.

⁸⁰ *Supra*, note 9 e 71.

prestazione medica⁸¹ anziché al creditore/paziente dell'onere di provare l'inesatto adempimento⁸² – in presenza di referenti legislativi immutati – costituisce mero risultato ermeneutico, sopraggiunto all'opposto orientamento, ormai consolidato, sin dalla promulgazione del codice civile⁸³.

Entrambe le ipotesi, confermano l'apporto decisivo che una "sensibilità assiologica" dell'interprete – condivisibilmente, orientata alla massima attuazione della gerarchia delle fonti normative (e della conseguente gerarchia dei valori) che informa il nostro sistema ordinamentale – è in grado di offrire, in termini di adeguamento della astratta previsione normativa alle peculiarità dei fatti e degli interessi coinvolti.

Nell'evoluzione giurisprudenziale, sopra richiamata, la massima attuazione del valore "salute", in ragione del suo rilievo costituzionale, ha sospinto l'interprete alla ri-formulazione della premessa maggiore, attribuendo una differente valenza semantica agli enunciati linguistici contenuti nelle disposizioni normative o attingendo, direttamente, a una clausola generale di tutela; l'una e l'altra, in quanto reputate più idonee, al fine di offrire la più congrua protezione e/o realizzazione del valore costituzionale⁸⁴.

Il fatto è che anche questa esigenza di massima protezione del valore, nel diritto civile, è soddisfatta attraverso l'attribuzione, di un potere o di un dovere, di una pretesa o di un obbligo; e, dunque, all'esito del

⁸¹ Ovvero che la mancata guarigione o l'aggravamento delle condizioni di salute del paziente sia derivata da causa non imputabile al debitore.

⁸² E, quindi, la più difficoltosa prova del difetto di diligenza da parte del medico.

⁸³ Per una ricostruzione, nei termini anticipati nel testo, ci sia consentito rinviare a G. ROMANO, *Spunti in tema di regime probatorio, per le ipotesi di inesatto adempimento*, in *Le Corti Calabresi*, 3/2014, 89-107.

⁸⁴ Per un approfondimento, in materia di ripartizione dell'onere e dei temi di prova dell'inesatto adempimento nonché della valutazione di idoneità della prova, quanto alla responsabilità medica, ancora G. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

riscontro dei presupposti per la configurazione di una situazione giuridica soggettiva: o, altrimenti – per usare una declinazione neo-dommatica – attraverso la formulazione del giudizio di valore che l'interprete ricava da un sistema di fonti normative, mercé un'operazione ermeneutica motivata dalla risoluzione di un conflitto di interessi o, ancora, di una questione giuridica⁸⁵.

Il proficuo cammino, sin qui sperimentato dal civilista, ha costantemente denunciato la pericolosa distanza tra i due momenti logici; giacché non si possono sottacere i rischi e le fughe in avanti di una rivalutazione assiologica, in chiave evolutiva del diritto civile e dei suoi istituti, la quale non proceda da una separazione logica tra strumento di tutela (diritto o situazione giuridica soggettiva) e fine della tutela (l'interesse o bene della vita reputato meritevole di protezione).

Questo schema è stato rispettato negli esempi, sopra richiamati, dell'interpretazione dell'art. 1173 c.c., da un lato, e dell'art. 2697 c.c., dall'altro, anche attraverso una lunga elaborazione di pensiero scientifico che ha potuto fornire il consolidamento della soluzione, così, conferendole un maggior tasso di persuasività.

Come riferito, l'evoluzione in tema di responsabilità per danni da c.d. vita indesiderata ha percorso analoghi itinerari ed è stata informata alla stessa opzione ermeneutica e di metodo: l'art. 32 cost. ha fornito il dato di maggior peso assiologico, per giustificare la soluzione di massima tutela per il paziente, al servizio dell'interesse ad una vita sana e dignitosa.

Tuttavia e diversamente, anche nella variante innovativa proposta dall'orientamento giurisprudenziale che individuava il danno da malformazione risarcibile, nell'impossibilità di una esistenza sana e dignitosa (condivisibilmente, collocata all'apice della gerarchia dei valori

⁸⁵ Per una sintesi di questa opzione di modello argomentativo, G. ROMANO, *Interessi del debitore*, cit., 27 ss.

che la Costituzione propone di attuare)⁸⁶, l'opzione argomentativa sovrapponeva due piani d'indagine, logicamente distinti benché complementari: il piano del diritto o situazione giuridica soggettiva (a rigore: lo strumento tecnico-formale) e il piano del bene della vita o dell'interesse tutelato, i quali delineano il fine della tutela.

Il primo (cioè, la situazione giuridica soggettiva), è il risultato dell'operazione ermeneutica sopra richiamata; il secondo (bene della vita o interesse) individua la *ratio* della tutela che costituisce il fondamento giuridico della nascita del primo.

Sembrerà banale, ma la sussistenza dei presupposti per l'operatività di una responsabilità contrattuale o aquiliana del medico è l'antecedente logico che l'operazione ermeneutica deve riscontrare, prima di poter reputare accolte le esigenze di protezione di beni, di interessi o la realizzazione di valori⁸⁷, che è destinata a dare contenuti al danno risarcibile.

Soltanto all'esito positivo di tale preliminare riscontro, dunque, l'analisi potrà procedere a determinare il danno eziologicamente correlato alla condotta assunta in violazione della regola contrattuale o extracontrattuale.

Nessun dubbio che anche l'errore diagnostico (nelle ipotesi di errata o mancata diagnosi di patologia) possa essere causa di danni risarcibili, sia ai fini della responsabilità aquiliana, sia ai fini della responsabilità contrattuale del medico, purché, ovviamente, ricorrano presupposti normativi del differente tipo di responsabilità: quell'errore può aver precluso o ritardato l'adozione di una terapia o di un protocollo medico, idonei a condurre alla guarigione o, addirittura, a salvare la vita del

⁸⁶ Il riferimento è a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., più ampiamente analizzata, *supra*, par. 5.

⁸⁷ Benché di natura esistenziale e, dunque, pur assolutamente irrinunciabili e meritevoli di incondizionata tutela, in astratto.

paziente o anche, soltanto, ad allungare le possibilità di sopravvivenza, ad alleviare il dolore, a rendere l'esistenza più dignitosa.

Dunque, là dove la corretta diagnosi avrebbe potuto consentire azioni idonee ad evitare un pregiudizio ovvero a conseguire un risultato positivo o, comunque, un giovamento per la salute della persona protetta dalla regola contrattuale o extracontrattuale, il pregiudizio evitabile e/o il risultato positivo conseguibile potranno costituire i contenuti del danno risarcibile.

Per le considerazioni che hanno indotto a reputare irrilevante il difetto di capacità giuridica⁸⁸, il quadro appena prospettato non muta, se le indicate voci di danno risarcibile fossero riferibili ad un nascituro; e ciò, anche qualora si fosse in presenza di patologia ereditaria o di malformazione genetica: un giovamento o un miglioramento delle condizioni psico-fisiche, non conseguiti – o non conseguibili – a causa di un errore diagnostico, costituiscono dati rilevanti ai fini della determinazione di un danno risarcibile, direttamente nei confronti del nato; quantomeno, nei limiti di configurabilità di una perdita di *chance*⁸⁹.

⁸⁸ *Supra*, par. 5.

⁸⁹ Il mancato sfruttamento di un'occasione, di un'opportunità di conseguire un vantaggio o un risultato favorevole è il significato più prossimo ai contenuti della *chance* perduta. In ambito di attività medica, la possibilità di guarigione o anche di miglioramento della qualità della vita o soltanto di allungamento della sopravvivenza (pur in presenza di patologia incurabile) hanno offerto temi di discussione, ai fini della quantificazione del danno risarcibile, in presenza di errore diagnostico o anche di diagnosi tardiva. La perdita di *chance* ha rappresentato argomento per conferire ristoro a queste possibilità ma anche a soccorrere il paziente, in ipotesi nelle quali non risulti, rigorosamente, provato il nesso di causalità giuridica fra evento e danno. In tali ipotesi di responsabilità medica, la giurisprudenza di legittimità ha indicato nella *chance* una «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato», che non costituisce «una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita di una possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale»: così, Cass., 4 marzo

Tuttavia, quando il presunto pregiudizio lamentato è la stessa venuta ad esistenza, si da ipotizzare come “indesiderata” la nascita, ciò che osta all’accoglimento delle ragioni del nato è l’inconfigurabilità di un danno risarcibile, in quanto, direttamente, identificato nella patologia ereditaria o nella malformazione genetica, le quali non sono, in alcun modo, eziologicamente collegabili alla imperizia del medico⁹⁰; del resto, l’incidenza del fattore ereditario non consente di prospettare una loro evitabilità, da parte del medico accorto, si da ipotizzare quel confronto tra

2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, 1403, ripresa, sempre in tema di responsabilità medica da omissione terapeutica, da Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35, ed anche da Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Corr. giur.*, 2013, 729. Tale soluzione ermeneutica, in realtà, era già stata avanzata, da V. ZENO ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Cedam, Padova, 1994, 27, il quale evidenziava il ruolo compensativo della perdita di *chance* ai fini della quantificazione del danno risarcibile; analogamente, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, *Eur. dir. priv.*, 2008, 322 ss.; ID., *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *ivi*, 2010, 33, nonché M. PUCCELLA, *La causalità incerta*, Giappichelli, Torino, 2007, 143. Per una riflessione complessiva in tema di perdita di *chance* e sulle applicazioni giurisprudenziali, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Cedam, Padova, 2012, 45-119, 157-181 e 185-202. Nel riscontro concreto, non è difficile constatare che l’uso giurisprudenziale del danno da perdita della *chance* di guarigione, frequentemente, costituisce mero strumento argomentativo, per sollevare il paziente dalle conseguenze processuali del difetto di prova del nesso di causalità; e, quindi, ancor qui, è dato riscontrare un’ulteriore applicazione di un modello di precomprensione, al servizio della diretta tutela del bene/valore salute, senza la rigorosa mediazione delle categorie logiche del più rigido ragionamento sillogistico, come tradizionalmente accreditato dalla dommatica giuridica. Tuttavia, nel nostro caso, là dove, in ipotesi futuristica, fosse consentito giungere, attraverso manipolazione genetica o altra avveniristica procedura di ingegneria genetica, alla eliminazione della malformazione o anche alla sua preventiva evitabilità, l’eventuale errore diagnostico ben potrà rilevare ai fini della responsabilità medica, per danni al nato malformato.

⁹⁰ *Supra*, par. 4.

esistenza con e senza la patologia o le malformazioni, quale unico dato utile, ai fini della determinazione di un danno risarcibile.

Diversamente, il medico è da reputare, certamente, responsabile nei diretti confronti del nato, là dove abbia provocato o non evitato⁹¹ la patologia o la malformazione o, ancora, abbia provocato o non evitato un danno all'embrione o al feto; e in questo caso, sarà l'evento dannoso (patologia, malformazione, danno all'embrione o al feto) a disegnare i confini del danno risarcibile.

Ed è evidente che, a questi differenti fini, condivisibilmente, può operare la soluzione che identifica il danno non con la malformazione in sé considerata, bensì con lo stato funzionale di infermità, in ragione delle conseguenze negative, degli ostacoli e degli impedimenti che l'infermità è destinata a produrre su quella piena realizzazione della personalità umana che la Costituzione colloca all'apice della gerarchia dei valori giuridici⁹².

Questa richiamata impostazione, quanto al danno risarcibile, è comune a tutte le ipotesi di lesione di danno alla persona e consegue al confronto tra le differenti qualità dell'esistenza: con e senza lo specifico pregiudizio arrecato (nel caso ipotizzato: malformazione, patologia, danno all'embrione o al feto).

Nel caso di c.d. danno da vita indesiderata, quel che difetta non è né il danno, né l'interesse, costituzionalmente rilevante: è il riscontro dei presupposti – quanto all'individuazione del soggetto giuridicamente responsabile – per l'inconfigurabilità della situazione giuridica soggettiva, protetta dall'ordinamento.

L'esigenza di costruire un diritto a non nascere (o a nascere sano), pur in presenza di non trascurabili rischi di incongruenza argomentativa,

⁹¹ Là dove sia a ciò obbligato, secondo le regole di diligenza medica o, comunque, si tratti di evitabilità, sempre secondo lo stesso canone di valutazione della condotta debitoria, appena richiamato. In altri termini, là dove la regola contrattuale o extracontrattuale lo imponesse al servizio dell'interesse del nato ad una vita sana e dignitosa.

⁹² Come riferito, è la soluzione prospettata da Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

per i sostenitori della tesi positiva, ha prefigurato una necessità dommatica, per sopperire alla delineata carenza.

Come già riferito, le confutazioni addotte dalla pronuncia delle Sezioni Unite ripercorrono l'analogo itinerario, già seguito in pronunce anteriori di oltre un decennio, salvo ad aggiungere, *ad abundantiam*, qualche ulteriore profilo di analisi e qualche argomento di persuasione.

Tuttavia, l'enfasi retorica, utilizzata nel contestare la fondabilità di un diritto a non nascere, consente di desumere che si è trattato di un puro esercizio dommatico giacché, ai fini del *thema demonstrandum*, oltre che sovrabbondante, quella confutazione doveva apparire anche inutile e, certamente, non decisiva; al punto che le pur incisive osservazioni della Corte sembrano orientate da un fine ulteriore e differente, rispetto a quello proprio della opposizione critica: il richiamo al rispetto del principio di legalità e di certezza delle situazioni soggettive.

Se il nato malformato può agire contro il medico che – con azione imperita sull'embrione o sul feto – gli abbia provocato la malformazione, ciò non deriva dalla lesione di un suo presunto diritto a nascere sano (o a non nascere, se non sano). Non si comprende, allora, l'utilità e, soprattutto, la congruenza dell'inferenza inversa, sottesa al ragionamento proposto dalle Sezioni Unite, secondo il quale l'irrisarcibilità del danno lamentato dal nato malformato, per ragioni ereditarie, dovrebbe discendere dall'inconfigurabilità di un diritto a non nascere, se non sano.

In realtà, la conclusione si giustifica, semplicemente, perché nell'un caso – a differenza che nell'altro – è sorto un credito da rapporto contrattuale o extracontrattuale, una situazione giuridica soggettiva al servizio del perseguimento o della salvaguardia dell'interesse ad una esistenza sana e dignitosa; corollario, quest'ultimo, delle disposizioni costituzionali, dettate in tema di tutela della salute nonché delle forme di realizzazione e di estrinsecazione della persona umana: quindi, innanzitutto, dell'art. 32, ma anche degli artt. 2, 3, e 29-31 Cost.

Né deve apparire singolare che queste stesse disposizioni siano state richiamate a supporto della soluzione confutata dalle Sezioni Unite⁹³ giacché il problema non è il giudizio di valore che queste disposizioni consentono di confortare, al servizio della finalità di tutela da esse prefigurata, bensì il riscontro dei presupposti per la configurabilità di un credito da fattispecie contrattuale o extracontrattuale.

La necessità di costruire un diritto a nascere sano (o, meglio, a non nascere, se non sano) deriva dalla circostanza che, nelle ipotesi che ci occupano, la corretta diagnosi avrebbe, semplicemente, informato su un reale stato dei fatti, attestante la irrimediabile lesione dell'interesse ad un'esistenza sana e dignitosa; dunque, attestante l'impossibilità di tutela di quell'interesse.

Il danno, in concreto, risarcibile non è la lesione di questo interesse bensì dell'interesse all'autodeterminazione della gestante tutelato dal c.d. diritto all'aborto il quale, per converso, non è situazione soggettiva preordinata alla protezione dell'interesse del nascituro ad una esistenza sana e dignitosa: di quell'interesse, cioè, la cui tutela ha assiologicamente giustificato il *revirement* giurisprudenziale.

La questione giuridica, enunciata all'avvio di questa ricostruzione (violazione del diritto di autodeterminazione della madre, come causa mediata dello stato di infermità del figlio, in quanto evitabile se egli non fosse nato), dunque, è affetta da un vizio logico e sarebbe superficiale, forse, anche banalizzante liquidarla come una questione mal posta.

In realtà, quella questione è posta nei termini necessitati dal rispetto (apparente) della logica sillogistica, perché unici, nella loro strumentalità al servizio della risarcibilità del danno da nascita indesiderata.

E questo costituisce, un po', il rischio indotto dall'operatività, in fatto, della precomprensione, la quale pure è preordinata ad apportare un

⁹³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

significativo contributo nell'individuazione della razionalità che presiede alla valutazione giudiziale.

Nel richiamato modello di argomentazione, come riferito⁹⁴, la valutazione anticipata dei risultati ermeneutici assolve alla funzione di verificare la congruenza della regola, in concreto, applicabile alle particolarità della questione controversa, di guisa da assicurare la rispondenza della valutazione giudiziale alla razionalità del sistema normativo, di là dal mero rispetto di canoni letterali e/o formali. Tuttavia, se nella direzione auspicata, fornisce l'utile apporto ad una migliore comprensione del problema concreto risolto nella disposizione normativa, là dove miri unicamente a recuperare all'operazione ermeneutica la dicotomia tra «giustizia e ingiustizia», la ingiustificata sovraesposizione verso l'interesse reputato meritevole di protezione rischia di promuovere l'elaborazione di «concetti che stravolgono aprioristicamente la fattispecie»; di guisa che «il risultato che si vuole ottenere, sotto forma di decisione, o che si vuol presentare come 'bene' o 'giusto', viene immesso già nelle premesse che poi sono introdotte nella fattispecie. Quel che non va d'accordo con queste premesse non viene preso in considerazione»⁹⁵.

Con tutti i limiti del richiamo ad una categoria ormai logora, come la fattispecie, e con la consapevolezza che il ragionamento giuridico conserva un carattere deduttivo senza, per ciò solo, coincidere con una neutrale applicazione del sillogismo, a noi pare che la pronuncia n. 16754 del 2012, della Cassazione, per le ragioni enunciate, sia una testimonianza di questi eccessi e di questo pericoloso sviamento dell'argomentazione giuridica; in relazione ai quali, le Sezioni Unite si sono prodigate in una serie di richiami al rispetto del principio di legalità.

In realtà, questo principio, il quale vuole il giudice subordinato alla legge (art. 101 Cost.), non è violato da una corretta precomprensione

⁹⁴ V. *supra*, note 12 e 79.

⁹⁵ Il virgolettato è tratto da R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Frankfurt a.M., 1968, tr. it. di L.R. Amirante, Laterza, Roma-Bari, 1975, 11.

giudiziale, anzi, ne esce esaltato, nella misura in cui la precomprensione miri a valorizzare la razionalità finalistica del dettato normativo, in relazione alle particolarità del problema concreto; e ciò, come riferito, hanno potuto dimostrare le evoluzioni giurisprudenziali in tema di teoria del contatto sociale, come fonte di obbligazione, e in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

Allo stesso modo, le alterne vicende del danno da vita indesiderata e del c.d. diritto a non nascere, se non sano (come equivoca e giustapposta proiezione del diritto a nascere sano) costituiscono una testimonianza di un diritto civile, come sistema complesso, risultato di un'esperienza giuridica, nel significato offerto da Giuseppe Capograssi e da Riccardo Orestano. Anche al fine di lasciar conseguire il maggior grado di persuasività, corsi e ricorsi contribuiscono a consolidare l'innovazione delle regole giuridiche, realizzata in virtù della sola opzione ermeneutica (là dove, le fonti normative siano rimaste inalterate).

Sta in fatto, per converso, che l'intervento delle Sezioni Unite sembra, pericolosamente, preclusivo di ogni risarcibilità nei confronti diretti del nato, ogni qualvolta la malformazione non consenta interventi medici rimediali.

Questa chiusura rischia, dunque, se non di precludere, quantomeno di condizionare, pesantemente, l'analisi delle possibili conseguenze giuridiche dei risultati scientifici dello studio del fattore di rischio teratogenico, connesso alla somministrazione dei farmaci (durante la gravidanza ovvero in funzione di incentivazione della fertilità o di una gravidanza), giacché l'effetto teratogenico produce una malformazione degli organi; e, dunque, prefigura una situazione assai simile – benché, per le ragioni esposte, non identica – a quella trattata in queste pagine.

A noi pare che lo spostamento dell'analisi da un inconfidente diritto a nascere sano (o a non nascere, se non sano) alla tutela dell'interesse ad una esistenza sana e dignitosa – diversamente che nel caso dell'errore diagnostico, quanto a malformazioni genetiche – possa costituire il giusto

n. 2/2019

viatico per impostare su più solide e persuasive basi assiologiche il problema del risarcimento del danno al nato malformato, per l'effetto teratogenico di un farmaco: un medico che non abbia fornito adeguate informazioni su questo effetto ben potrà esser chiamato a rispondere del danno da impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa, per una malformazione, eventualmente, provocata da quel farmaco.